

**Etendue de l'obligation d'assistance entre époux.** La partie qui ne dispose pas des moyens suffisants pour assumer les frais d'un procès, comme par exemple l'avance de frais, mais dont le conjoint est en mesure de prendre en charge ces frais, ne peut pas requérir de l'Etat l'octroi de l'assistance judiciaire. Le devoir de l'Etat d'accorder l'assistance judiciaire à une partie indigente dans une cause non dénuée de chances de succès est subsidiaire par rapport aux obligations d'assistance et d'entretien découlant du droit de la famille (consid. 2.1).

**Besetzung**

Bundesrichter von Werdt, Präsident,  
Bundesrichterin Escher, Bundesrichter Schöbi,  
Gerichtsschreiber Bettler.

**Verfahrensbeteiligte**

X. (Ehefrau),  
vertreten durch Rechtsanwältin Claudia Giusto,  
Beschwerdeführerin,

**gegen**

Z. (Ehemann),  
vertreten durch Rechtsanwalt Michael S. Tremp,  
Beschwerdegegner.

**Gegenstand**

Vorsorgliche Massnahmen während des Scheidungsverfahrens (Prozesskostenvorschuss),

Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zug, II. Zivilabteilung, vom 27. Dezember 2012.

**Sachverhalt:**

**A.**

X. (geb. 1969; Ehefrau) und Z. (geb. 1966; Ehemann) heirateten im April 1987. Sie wurden Eltern von zwei mittlerweile volljährigen Kindern (geb. 1988 und 1994). Seit April 2009 leben die Ehegatten getrennt.

Die Folgen des Getrenntlebens mussten gerichtlich geregelt werden (Verfügungen des Kantonsgerichts Zug vom 15. April 2010 und 9. Februar 2011). Das Kantonsgericht verpflichtete den Ehemann insbesondere zu Unterhaltsbeiträgen an seine Ehefrau von Fr. 2'900.-- pro Monat und für das jüngere Kind von Fr. 1'200.-- pro Monat.

**B.**

B.a Mit Klage vom 9. Juni 2011 und verbesserter Eingabe vom 30. Juni 2011 leitete X. beim Kantonsgericht Zug das Scheidungsverfahren ein.

B.b Gleichzeitig verlangte sie, ihr Ehemann sei im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme zu verpflichten, ihr einen Prozesskostenvorschuss von mindestens Fr. 25'000.-- für das

Scheidungsverfahren zu bezahlen. Eventualiter ersuchte sie um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung.

Z. widersetzte sich dem Gesuch um Leistung eines Prozesskostenvorschusses (Stellungnahme vom 10. Januar 2012).

Mit Entscheid vom 15. Juni 2012 verpflichtete das Kantonsgericht (Verfahrensnummer ES 2011 464) Z. seiner Ehefrau einen Prozesskostenvorschuss von einstweilen Fr. 25'000.-- für das Scheidungsverfahren zu bezahlen.

C.

Dagegen erhob Z. am 22. Juni 2012 Berufung an das Obergericht des Kantons Zug. Mit Urteil vom 27. Dezember 2012 hiess das Obergericht die Berufung gut, hob den kantonsgerichtlichen Entscheid vom 15. Juni 2012 auf und wies das Gesuch ab.

Gestützt auf diesen Entscheid forderte das Kantonsgericht X. mit Schreiben vom 22. Januar 2013 auf, innerhalb von zehn Tagen einen Vorschuss von Fr. 15'000.-- für das anhängig gemachte Scheidungsverfahren zu leisten.

D.

Dem Bundesgericht beantragt X. (nachfolgend Beschwerdeführerin) in ihrer subsidiären Verfassungsbeschwerde vom 1. Februar 2013, das obergerichtliche Urteil vom 27. Dezember 2012 sei aufzuheben und Z. (nachfolgend Beschwerdegegner) zu verpflichten, ihr einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 25'000.-- für das Scheidungsverfahren zu bezahlen.

Zudem ersucht sie um aufschiebende Wirkung und verlangt die unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung für das bundesgerichtliche Verfahren. Der Beschwerdegegner und das Obergericht haben sich dem Gesuch um aufschiebende Wirkung nicht widersetzt (Schreiben vom 13. und 15. Februar 2013). Der Präsident der II. zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts hat der Beschwerde mit Verfügung vom 19. Februar 2013 die aufschiebende Wirkung in dem Sinne zuerkannt, als das Kantonsgericht von der Beschwerdeführerin während des bundesgerichtlichen Verfahrens keine Gerichtskostenvorschüsse einverlangen darf.

Das Bundesgericht hat die Vorakten, in der Sache jedoch keine Vernehmlassungen eingeholt.

Erwägungen:

1.

Angefochten ist der Entscheid eines oberen Gerichts, das auf Rechtsmittel hin kantonal letztinstanzlich (Art. 75 BGG) über einen Prozesskostenvorschuss (sog. *provisio ad litem*) im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme nach Art. 276 ZPO entschieden hat. Es handelt sich um einen Endentscheid (Art. 90 BGG; BGE 134 III 426 E. 2.2 S. 431) in einer Zivilsache gemäss Art. 72 Abs. 1 BGG in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit. Da der Streitwert von Fr. 25'000.-- die gesetzliche Streitwertgrenze nicht erreicht und die Beschwerdeführerin keine Ausnahme vom Streitwerterfordernis geltend macht (Art. 74 BGG; BGE 136 II 489 E. 2.6 S. 493 f.), ist ihre Eingabe - wie beantragt - als subsidiäre Verfassungsbeschwerde entgegen zu nehmen (Art. 113 ff. BGG; vgl. zum Ganzen Urteil 5A\_826/2008 vom 5. Juni 2009 E. 1.2).

2.

**2.1 Wer selbst nicht über ausreichend Mittel für die Kosten des Scheidungsverfahrens verfügt, hat Anspruch auf einen Prozesskostenvorschuss von seinem Ehegatten, sofern dieser zu dessen Bezahlung in der Lage ist. Die Grundlage dieser Pflicht - Art. 159 Abs. 3 oder Art. 163 ZGB - ist umstritten, wobei diese Frage nicht von Belang ist für die Voraussetzungen, unter denen ein solcher Prozesskostenvorschuss geschuldet ist (BGE 138 III 672 E. 4.2.1 S. 674; Urteil 5A\_448/2009 vom 25. Mai 2010 E. 8.1, in: FamPra.ch 2010 S. 664).**

**Die Pflicht des Staates, der mittellosen Partei für einen nicht aussichtslosen Prozess die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, ist subsidiär gegenüber der familienrechtlichen Unterhalts- und Beistandspflicht. Der Anspruch auf einen Prozesskostenvorschuss gegenüber dem Ehegatten geht demnach dem Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege vor (BGE 138 III 672 E. 4.2.1 S. 674).**

2.2 Die Leistung eines Prozesskostenvorschusses unter Ehegatten setzt unter anderem voraus, dass der ansprechende Ehegatte nicht selbst über die nötigen Mittel verfügt, um das Verfahren zu führen. Vorausgesetzt ist demnach eine tatsächliche Bedürftigkeit (Urteile 5A\_447/2012 vom 27. August 2012 E. 1.4; 5P.346/2005 vom 15. November 2005 E. 4.4).

Ob die Kriterien zur Bestimmung der Bedürftigkeit zutreffend gewählt wurden, ist eine Rechtsfrage. Demgegenüber handelt es sich um eine Tatfrage, wenn es um die Höhe oder den Bestand einzelner Aufwendungen oder Einnahmen geht (BGE 135 I 221 E. 5.1 S. 223; 120 Ia 179 E. 3a S. 181).

3.

Das Obergericht hat den Anspruch der Beschwerdeführerin auf einen Prozesskostenvorschuss vom Beschwerdegegner abgewiesen, weil sie nicht bedürftig sei.

Ihrem Einkommen von netto Fr. 4'440.-- pro Monat stehe ein Bedarf von Fr. 3'742.-- pro Monat gegenüber, so dass monatlich ein Überschuss von Fr. 700.-- resultiere. Dieser Überschuss reiche zwar nicht ganz, um die mutmasslichen Prozesskosten innerhalb der von der Rechtsprechung (vgl. BGE 135 I 221 E. 5.1 S. 224 und ausdrücklich zum Prozesskostenvorschuss Urteil 5P.441/2005 vom 9. Februar 2006 E. 1.2, in: Pra 2006 S. 987) vorgegebenen Frist von zwei Jahren bei aufwändigeren Verfahren abzuführen, wobei es sich bei dieser Frist ohnehin nur um eine Richtlinie handle.

Jedoch komme hinzu, dass die Beschwerdeführerin über Ersparnisse verfüge: Sie habe im Berufungsverfahren zurecht nicht bestritten, in der Vergangenheit relativ hohe Barbezüge von ihrem Bankkonto getätigt zu haben. Sie mache geltend, diese Bezüge seien für die Bestreitung der Lebenshaltungskosten für sich und ihre Tochter verwendet worden und demnach verbraucht. Das Obergericht hat festgestellt, die Beschwerdeführerin habe von ihrem Bankkonto im Januar 2010 Fr. 8'700.-- und im Dezember 2010 Fr. 11'900.-- bar abgehoben, während in den übrigen Monaten des Jahres 2010 die Bezüge ungefähr zwischen Fr. 4'000.-- und Fr. 7'000.-- (durchschnittlich Fr. 5'500.--) pro Monat betragen hätten. Auch im November und Dezember 2011 seien hohe Einzelbarbezüge erfolgt. Es falle in der Tat auf, dass die Beschwerdeführerin offenbar namentlich dann hohe Barbezüge vorgenommen habe, wenn der Kontosaldo einen fünfstelligen Betrag anzunehmen drohte. Wenn die Beschwerdeführerin keine substantiierten Erklärungen zur Verwendung dieser Beträge abgebe, sondern sich mit der pauschalen Behauptung beschränke, diese Gelder seien für den Lebensunterhalt verbraucht worden, müsse sie sich die Annahme gefallen lassen, sie habe mit diesen Bezügen mindestens "teilweise Ersparnisse gebildet". Auf dieses Vermögen könne sie zur Finanzierung des Scheidungsverfahrens zurückgreifen.

Der Beschwerdeführerin sei es deshalb möglich, mit dem Überschuss von Fr. 700.-- pro Monat und ihren Ersparnissen die mutmasslichen Kosten des Scheidungsverfahrens innerhalb einer Frist von zwei Jahren zu bezahlen (Ziff. 3.2 des angefochtenen Urteils).

4.

4.1

4.1.1 Die Beschwerdeführerin rügt die obergerichtliche Beweiswürdigung, wonach sie über Vermögen verfüge, als willkürlich (Art. 9 BV). Es gehe nicht an, ihr ein Vermögen, das sie nicht habe, "rein spekulativ anzurechnen". Mit den von ihr getätigten Barbezügen habe sie seit der Aufnahme des Getrenntlebens keineswegs über ihren Verhältnissen gelebt, zumal ihr monatlich für sich persönlich rund Fr. 7'500.-- (Einkommen und Ehegattenunterhalt) zur Bestreitung der Lebenshaltungskosten zustehen sollten.

4.1.2 Die Sachverhaltsfeststellung beziehungsweise Beweiswürdigung erweist sich als willkürlich (Art. 9 BV), wenn das Gericht Sinn und Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkannt hat, wenn es ohne sachlichen Grund ein wichtiges und entscheidungswesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen oder wenn es auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen hat (BGE 137 III 226 E. 4.2 S. 234).

Das Bundesgericht kann die Verletzung eines Grundrechts (einschliesslich der Willkür bei der Sachverhaltsfeststellung) nur insofern prüfen, als eine solche Rüge in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist (Art. 117 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG; Rügeprinzip). Es prüft nur klar und detailliert erhobene und, soweit möglich, belegte Rügen (BGE 136 I 332 E. 2.1 f. S. 334; 133 III 439 E. 3.2 S. 444 f.). Auf rein appellatorische Kritik an der vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung oder Beweiswürdigung tritt das Bundesgericht nicht ein (BGE 137 II 353 E. 5.1 S. 356).

4.1.3 Die Beschwerdeführerin vermag diesen Begründungsanforderungen nicht zu genügen und auf ihre Rüge ist nicht einzutreten.

Sie begnügt sich mit appellatorischer Kritik, stellt den Sachverhalt aus ihrer Sicht dar und beschränkt sich auch vor dem Bundesgericht auf den pauschalen Hinweis, die bezogenen Mittel für den Lebensunterhalt verwendet zu haben. Mit der massgebenden Erwägung des Obergerichts, wonach die hohen Barbezüge in den Monaten Januar und Dezember 2010 und November und Dezember 2011 erheblich von den in den übrigen Monaten getätigten Bezügen (durchschnittlich Fr. 5'500.-- pro Monat) abweichen, die Beschwerdeführerin diese höheren Bezüge aber nicht erklären könne und deshalb davon auszugehen sei, dass mit diesen Bezügen zumindest teilweise Ersparnisse gebildet worden seien, setzt sich die Beschwerdeführerin nicht auseinander.

4.2

4.2.1 Weiter rügt die Beschwerdeführerin, das Obergericht verfallte in Willkür (Art. 9 BV), wenn es ihr Gesuch um einen Prozesskostenvorschuss gegenüber ihrem Ehemann abweise. Würde dieser seinen Unterhaltspflichten gemäss dem Eheschutzurteil nachkommen, wäre sie ohne Weiteres in der Lage, selbst für die Prozesskosten des Scheidungsverfahrens aufzukommen. Da aber der Beschwerdegegner keinen Unterhalt leiste und sich in das Ausland abgesetzt habe, sei es in stossendem Widerspruch zum Gerechtigkeitsgedanken, ihr nun einen Prozesskostenvorschuss zu verwehren (Ziff. 5 und 6 der Beschwerde). Die Verweigerung eines Prozesskostenvorschusses könne zum vollständigen Verlust ihrer berechtigten Ansprüche führen (Ziff. 8 der Beschwerde).

Aus den Scheidungsakten ergebe sich eindeutig das Bild, dass der Beschwerdegegner mit allen Mitteln versuche, sie um ihre Rechte zu bringen und er seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse zu verheimlichen versuche. Wenn nun das Obergericht davon ausgehe, dass sie gegenüber dem Beschwerdegegner unberechtigte Ansprüche erhebe, sei dies willkürlich (Ziff. 9 der Beschwerde).

4.2.2 Der Prozesskostenvorschuss unter Ehegatten setzt wie erwähnt die Bedürftigkeit des ansprechenden Ehegatten voraus (vgl. E. 2.2 oben). Ist das Obergericht nach dem Gesagten in tatsächlicher Hinsicht und damit für das Bundesgericht verbindlich (Art. 118 Abs. 1 BGG) zum Ergebnis gelangt, die Beschwerdeführerin verfüge über genügend Mittel (Einkommensüberschuss und Vermögen), um die mutmasslichen Prozesskosten innerhalb von zwei Jahren selber zu bezahlen, hat es zu Recht die Bedürftigkeit der Beschwerdeführerin verneint. Die Beschwerdeführerin macht im Übrigen nicht geltend, das Obergericht sei von einem falschen Begriff der Bedürftigkeit ausgegangen.

Die allgemein gehaltenen Einwände der Beschwerdeführerin, wonach die Abweisung des Gesuchs eine Verletzung des Willkürverbots darstelle, gehen demnach am angefochtenen Entscheid vorbei. Darauf ist nicht einzutreten.

4.3

4.3.1 Schliesslich beanstandet die Beschwerdeführerin, das Obergericht äussere sich im angefochtenen Entscheid auch zu ihrem vor dem Kantonsgericht (eventualiter gestellten) Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung, obwohl dieses gar nicht Gegenstand des

Berufungsverfahrens gewesen sei. Das Kantonsgericht habe nämlich das Verfahren auf unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung (Verfahrensnummer UP 2011 89) mit Verfügung vom 7. Juli 2011 bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheids betreffend Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch den Beschwerdegegner sistiert (Beschwerdebeilage 2).

4.3.2 Sowohl der kantonsgerichtliche Entscheid vom 15. Juni 2012 als auch der angefochtene Entscheid des Obergerichts vom 27. Dezember 2012 hatten einzig die Prozesskostenvorschusspflicht des Beschwerdegegners zum Gegenstand.

Die Beschwerdeführerin legt zutreffend dar, dass sich das Obergericht trotzdem nebenbei in zwei Sätzen zu der vor dem Kantonsgericht beantragten unentgeltlichen Rechtspflege und Verbeiständung äussert (Ziff. 4 S. 7 des obergerichtlichen Urteils, wonach auch der vor dem Kantonsgericht "gestellte Eventualantrag um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege wegen der fehlenden Bedürftigkeit offensichtlich scheitern" müsse). Diese Erwägungen ändern aber nichts daran, dass das obergerichtliche Urteil einzig die Prozesskostenvorschusspflicht betrifft und das obergerichtliche Dispositiv den kantonsgerichtlichen Entscheid dazu aufhebt und nur dieses Gesuch (um einen Prozesskostenvorschuss) abweist.

Demnach dürfte das Kantonsgericht - nach dem Gesagten und was die Verfügung vom 7. Juli 2011 erahnen lässt - über das eventualiter gestellte Gesuch der Beschwerdeführerin um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung nunmehr noch zu entscheiden haben.

4.3.3 Soweit die Beschwerdeführerin gegen die obergerichtlichen Erwägungen zu ihrem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung Rügen erhebt (Ziff. 7 der Beschwerde), ist nach dem Gesagten darauf nicht einzutreten, da dies nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist. Die nebenbei erfolgten Darlegungen des Obergerichts zum Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung sind blosser Erwägungen, die keine Beschwer bedeuten (BGE 130 III 321 E. 6 S. 328).

5.

Aus den dargelegten Gründen ist auf die Beschwerde nicht einzutreten. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird das Kantonsgericht der Beschwerdeführerin eine neue Frist zur Leistung des Kostenvorschusses anzusetzen haben (vgl. BGE 138 III 672 E. 4.2.1 S. 673 f. zum Verhältnis zwischen Gesuch um provisorio ad litem und Kostenvorschuss). Jedoch dürfte das Kantonsgericht zuerst noch über das eventualiter gestellte Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung zu entscheiden haben (vgl. E. 4.3.2 oben), weshalb BGE 138 III 163 E. 4.2 S. 165 f. (zum Verhältnis zwischen Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Kostenvorschuss) zu beachten ist.

Die Beschwerdeführerin wird kosten-, nicht hingegen entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG). Ihrem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung für das bundesgerichtliche Verfahren kann nicht entsprochen werden, verdeutlichen doch die vorstehenden Erwägungen, dass die gestellten Begehren von Beginn an keinen Erfolg haben konnten (Art. 64 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.

Das Gesuch der Beschwerdeführerin um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung für das bundesgerichtliche Verfahren wird abgewiesen.

3.

Die Gerichtskosten von Fr. 1'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Obergericht des Kantons Zug, II. Zivilabteilung, und dem Kantonsgericht Zug, Einzelrichter, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 15. April 2013

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: von Werdt

Der Gerichtsschreiber: Bettler