

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY130002-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-
Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Weibel.

Urteil vom 29. April 2013

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

substituiert durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsteller und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Z. _____

betreffend **Ehescheidung / vorsorgliche Massnahmen (Mitwirkung)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen
Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen vom 29. Januar 2013; Proz. FE120005**

Rechtsbegehren:

des Gesuchstellers und Berufungsbeklagten (act. 7/91 S. 1):

- "1. Es sei die Gesuchstellerin zu verpflichten, innerhalb von 20 Tagen ab Zustellung der gerichtlichen Verfügung die notwendigen Mitwirkungshandlungen vorzunehmen, damit die auf der Liegenschaft der Parteien lastende Hypothek bei der C. _____ AG um den Betrag von Fr. 40'000.– erhöht werden kann. Die Gesuchstellerin sei insbesondere zu verpflichten, gegenüber den zuständigen Personen die erforderlichen Willensäusserungen abzugeben.
2. Es sei die Gesuchstellerin zu verpflichten, von den erhältlich gemachten Fr. 40'000.– unverzüglich nach Empfang Fr. 30'000.– dem Gesuchsteller als Prozesskostenvorschuss und Fr. 10'000.– an die Bezirksgerichtskasse Meilen zur Sicherstellung des Barvorschusses für das Beweisverfahren zu überweisen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuern zulasten der Gesuchstellerin."

der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (act. 7/107 S. 1):

"Die Begehren des Beklagten vom 26. November 2012 seien abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten."

Verfügung des Bezirksamtes Meilen vom 29. Januar 2013:

Das Einzelgericht verfügt:

1. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, innerhalb von **20 Tagen ab Zustellung dieser Verfügung** die notwendigen Mitwirkungshandlungen vorzunehmen, damit die auf der Liegenschaft der Parteien an der D. _____-Strasse ... in E. _____ lastende Hypothek bei der C. _____ AG um den Betrag von CHF 30'000.– erhöht werden kann. Die Gesuchstellerin wird insbesondere verpflichtet, gegenüber den zuständigen Personen die erforderlichen Willensäusserungen abzugeben.
2. Die übrigen Begehren des Gesuchstellers werden abgewiesen.
3. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen werden dem Endentscheid überlassen.

4./5. Mitteilung / Rechtsmittel.

(act. 4 S. 12)

Berufungsanträge:

der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (act. 2 S. 2):

- "1. Die angefochtene Verfügung des Bezirksgerichts Meilen vom 29. Januar 2013 (Geschäfts-Nr. FE120005) sei aufzuheben;
2. das Gesuch des Gesuchstellers um Mitwirkung der Gesuchstellerin bei der Erhöhung der Hypothek zur Finanzierung seines Prozesskostenvorschusses sei abzuweisen;
evtl. seien die Akten zur Neu Beurteilung des Falles an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Dem vorliegenden Rechtsmittel sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Gesuchstellers."

des Gesuchstellers und Berufungsbeklagten (act. 15 S. 2):

"Es sei die Berufung vollumfänglich abzuweisen unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuern zulasten der Klägerin."

Erwägungen:

I.

(Sachverhalt und Prozessgeschichte)

1.1 Die Parteien stehen seit dem 17. Januar 2012 am Bezirksgericht Meilen im Scheidungsverfahren (act. 7/1). Mit Eingabe vom 10. Februar 2012 beantragte der Gesuchsteller und Berufungsbeklagte (nachfolgend Berufungsbeklagte) es sei ihm die Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses abzunehmen und es sei die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Berufungsklägerin) zur

verpflichten, ihm einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 15'000.– zu bezahlen (act. 7/14). Am 29. Februar 2012 stellte der Berufungsbeklagte in Ergänzung zum bereits einverlangten Prozesskostenvorschuss unter anderem den Antrag, die Berufungsklägerin sei zur Zahlung eines (weiteren) Vorschusses von Fr. 12'000.– zu verpflichten (act. 7/19). Die Vorladung auf den 15. Mai 2012 betr. Anhörung/Einigungsverhandlung/freigestellte Klagebegründung/-antwort/VSM wurde auf Gesuch hin den Parteien abgenommen (act. 7/15; act.7/ 53 u. 54). Anlässlich der Verhandlung vom 23. Oktober 2012 schlossen die Parteien eine Teilvereinbarung über die Scheidungsfolgen (act. 7/73 u. 74). Offen blieben die Zuteilung der elterlichen Sorge und das Güterrecht. Mit Schreiben vom 1. November 2012 zog der Berufungsbeklagte die Anträge auf Zahlung eines eherechtlichen Prozesskostenvorschusses zurück (act. 7/83 S. 2). Mit Verfügung vom 21. November 2012 entschied die Vorinstanz über die verbliebenen Anträge um Erlass vorsorglicher Massnahmen (act. 7/90). Mit Eingabe vom 26. November 2012 stellte der Berufungsbeklagte das eingangs erwähnte Rechtsbegehren betreffend Mitwirkungspflicht der Berufungsklägerin (act. 7/91). Die Berufungsklägerin nahm dazu mit Eingabe vom 21. Dezember 2012 Stellung (act. 7/107). Unter dem Datum des 29. Januar 2013 hiess der Vorderrichter die Anträge des Berufungsbeklagten teilweise gut und verpflichtete die Berufungsklägerin die notwendigen Mitwirkungshandlungen vorzunehmen, damit die Hypothek auf der im Miteigentum der Parteien stehenden Liegenschaft um Fr. 30'000.– erhöht werden kann (act. 4).

1.2 Dagegen erhob die Berufungsklägerin mit Eingabe vom 15. Februar 2013 (Datum Poststempel) entgegen der Rechtsmittelbelehrung (vgl. act. 4 S. 12 u. act. 5 S. 2) richtigerweise innert Frist Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich (act. 2). Im Hauptantrag verlangt sie die Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung vom 29. Januar 2013. In prozessualer Hinsicht beantragte die Berufungsklägerin die Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 2 f.). Mit Verfügung der Kammer vom 20. Februar 2012 wurde der Berufungsklägerin Frist angesetzt zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 2'000.–. Der Berufungsbeklagte wurde mit derselben Verfügung aufgefordert zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung Stellung zu nehmen (act. 5). Der

Kostenvorschuss ging am 26. Februar 2013 bei der Gerichtskasse ein (act. 10). Mit Verfügung vom 27. Februar 2013 wurde der Berufung die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 11). Die Berufungsantwort ging fristgerecht am 25. März 2013 (Datum Poststempel) ein (act. 15) und sie wurde der Berufungsklägerin zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 16). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II. (Formelles)

1.1 Die Berufungsklägerin hält dafür, der Berufungsbeklagte habe am 1. November 2012 ein erstes Begehren um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses zurückgezogen. Damit habe mit Bezug auf die Problematik Prozesskostenvorschuss gewissermassen ein unbegründeter Zustand bestanden, da mit dem Rückzug des Begehrens auch die Begründung zurückgezogen worden sei. Im neuen Begehren vom 26. November 2012 habe sich der Berufungsbeklagte sodann nicht auf seine früheren Ausführungen vor Vorinstanz berufen und er habe diese nicht zum integrierenden Bestandteil seiner neuen Eingabe erklärt. Stattdessen habe er sich mit einer dreizeiligen Kürzestbegründung ohne jede Substantiierung begnügt (vgl. act. 7/91 S. 3). Nach Rückzug seines ersten Begehrens sei es dem Berufungsbeklagten auf jeden Fall verwehrt gewesen, dem Gericht den gleichen Sachverhalt ein weiteres Mal zur Beurteilung zu unterbreiten. Er hätte sein Begehren neu und in die Zukunft begründen müssen. Das Begehren sei vor Vorinstanz ungenügend begründet worden und schon deswegen abzuweisen. Die Heranziehung der zurückgezogenen Parteiargumente vom 23. Oktober 2012 in die angefochtene Verfügung durch die Vorinstanz sei unter diesem Gesichtspunkt zudem ein offensichtlicher prozessualer Fehler, der zur Rückweisung des Falls an die Vorinstanz führen müsse, damit ein korrektes Verfahren durchgeführt werden könne (act. 2 S. 5 f.).

1.2 Der Berufungsbeklagte brachte zu den formellen Vorbringen einzig vor, es sei nicht ersichtlich, weshalb die Vorinstanz die bei den Scheidungsakten liegenden Eheschutzakten nicht hätte verwenden dürfen, zumal die

Bedarfszahlen im Scheidungsprozess wegen der erfolgten Unterhaltsregelung nicht vorzutragen gewesen seien (act. 15).

2. Die Vorinstanz verpflichtete die Berufungsklägerin im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen gestützt auf die eheliche Beistandspflicht gemäss Art. 159 ZGB zur Vornahme der Mitwirkungshandlung. Dieser Entscheid basiert auf den Anträgen gemäss Eingabe des Berufungsbeklagten vom 26. November 2012 (act. 7/91).

3.1 Für eine Gutheissung der Anträge müssen in materieller Hinsicht dem ansprechenden Ehegatten die Mittel fehlen und der angesprochene Ehegatte muss demgegenüber die Beistandsleistung erbringen können. Ferner muss diese ihm zumutbar sein (act. 4 S. 5; act. 7/77 S. 4 f.). Für das Verfahren über vorsorgliche Massnahmen sind die Bestimmungen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sinngemäss anwendbar (Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 271 ff. ZPO). Die Anforderungen an ein entsprechendes Gesuch richten sich grundsätzlich nach den Bestimmungen zum summarischen Verfahren im Sinne von Art. 252 ff. ZPO (vgl. dazu Annette Dolge, DIKE-Komm-ZPO, Art. 276 N 15, Online-Stand 18. November 2012; ZK ZPO, 2. Auflage 2013, Art. 276 N 41). Betreffend Belange der Ehegatten untereinander gilt die Dispositionsmaxime (Stefanie Pfänder Baumann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 272 N 15, Online-Stand 18. Oktober 2011). Art. 272 ZPO schreibt für eherechtliche Verfahren nach Art. 271 ZPO vor, dass das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat. Dabei handelt es sich jedoch im Gegensatz zu Art. 296 Abs. 1 ZPO um eine sog. eingeschränkte Untersuchungsmaxime (soziale Untersuchungsmaxime). Auch im summarischen Verfahren ist in analoger Anwendung von Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO der relevante Sachverhalt grundsätzlich darzustellen (vgl. ZK ZPO, a.a.O., Art. 252 N 8).

3.2 Der Berufungsbeklagte begründete seinen Antrag in der Eingabe vom 26. November 2012 damit, dass die Berufungsklägerin auf sein Schreiben vom 1. November 2012 (vgl. act. 7/92), worin sie aufgefordert worden sei bei der Erhöhung der Hypothek mitzuwirken, nicht reagiert habe. Zur eigenen Leistungsfähigkeit gab er an, er sei nicht in der Lage, für die zu erwartenden

Prozesskosten aufzukommen. Angesichts der bereits bestehenden Verschuldung sei eine weitere Darlehensaufnahme nicht möglich. Da die Kosten schon bald anfallen würden, sei auch eine Abzahlung in monatlichen Raten mit dem ihm nach Bezahlung der Unterhaltsbeiträge verbleibenden Restlohn nicht innert einem vernünftigen Zeitraum möglich (act. 7/91).

Der Berufungsbeklagte begnügte sich damit, in drei Sätzen pauschal anzugeben, dass er nicht leistungsfähig sei. Überdies verwies er nicht auf bereits eingereichte Belege. Schliesslich unterliess er es, die zurückgezogenen Eingaben zum eherechtlichen Prozesskostenvorschuss (act. 7/14 u. 19) zum integrierenden Bestandteil seiner Eingabe vom 26. November 2012 zu erklären. Darin spricht der Berufungsbeklagte zwar von Restlohn, welcher nicht ausreiche, um die zu erwartenden bzw. anfallenden Anwaltskosten ratenweise in einem vernünftigen Zeitraum zurückzuzahlen. Wie hoch dieser sein soll und gestützt auf welche Einkommenszahlen er berechnet werden soll, legt der Berufungsbeklagte indes nicht dar. Der Berufungsklägerin ist insofern beizupflichten, als dass die Substantiierungsdichte der Eingabe in Verfahren mit Verhandlungsmaxime den rechtlichen Anforderungen nicht genügen würde. In solchen mit sozialer Untersuchungsmaxime verhält es sich jedoch anders.

3.3 Die Vorinstanz setzte richtigerweise keine Nachfrist nach Art. 132 ZPO an zur Verbesserung von inhaltlichen Mängeln (vgl. dazu ZR 111/2012 S. 218). Stattdessen begründete sie ihren Entscheid gestützt auf die Akten. Die Vorinstanz zog damit von Amtes wegen die entscheidrelevanten Tatsachen heran. Dieses Vorgehen ist mit Blick auf die soziale Untersuchungsmaxime nicht zu beanstanden. Das Gericht hat hierbei den Sachverhalt zwar nicht von Amtes wegen zu erforschen, aber immerhin festzustellen. Daher dürfen die vorhandenen Akten für die Entscheidungsfindung vom Gericht uneingeschränkt verwendet werden. Ob die Aktenlage in materieller Hinsicht für die Gutheissung des Begehrens ausreichend war, wird nachfolgend zu prüfen sein. Möglicherweise wäre das Vorgehen der Vorinstanz anders zu würdigen gewesen, falls sie von Amtes wegen den Berufungsbeklagten aufgefordert hätte, Beilagen einzureichen. Die richterliche

Fragepflicht sollte eben nicht angewendet werden, um prozessuale Nachlässigkeiten auszugleichen oder gar die Auswirkungen bewussten Verhaltens einer Partei rückgängig zu machen, wo sich dieses nachträglich als nachteilig auswirkt (BGer 5P.147/2001 Urteil vom 30. August 2001). Die Vorinstanz ist somit zu Recht auf das Gesuch des Berufungsbeklagten eingetreten.

III. (Materielles)

1. Die Vorinstanz kam zusammengefasst zum Schluss, dem Berufungsbeklagten verbleibe kein genügender Freibetrag, mit welchem er den Prozess finanzieren könne. Überdies habe der Berufungsbeklagte durch die Einreichung von Urkunden belegt, dass er – abgesehen von seinem Miteigentumsanteil an der ehelichen Liegenschaft – über keinerlei nennenswerte Vermögenswerte verfüge. Damit stehe fest, dass er nicht über genügend Barmittel zur Finanzierung des Prozesses verfüge. Ferner sei es der Berufungsklägerin zumutbar, die notwendigen Mitwirkungshandlungen bei der Erhöhung der Hypothek vorzunehmen. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die güterrechtliche Auseinandersetzung im vorliegenden Fall eine gewisse Schwierigkeit aufweise, seien Gerichtskosten, Kosten für die Parteientschädigung sowie Kosten für den eigenen Rechtsvertreter im Umfang von über Fr. 30'000.– zu erwarten, wobei ein Teil der Gerichtskosten aus dem von der Berufungsklägerin bereits geleisteten Kostenvorschuss bezogen werden könne. Um den genannten Betrag sei die Hypothek daher zu erhöhen (act. 4).

2.1 Die Berufungsklägerin bringt in erster Linie vor, der Berufungsbeklagte sei nicht mittellos, sondern er habe sein Vermögen in einem noch nicht offengelegten Firmenkonstrukt angelegt und er könne über diese Mittel verfügen. Die Vorinstanz habe ihre diesbezüglichen Behauptungen ignoriert, sie nicht dazu befragt und stattdessen eine aktenwidrige bzw. willkürliche Feststellung des Sachverhalts getroffen. Ferner betrage das monatliche Netto-Einkommen des Berufungsbeklagten ab 1. Oktober 2012 nicht Fr. 14'000.– sondern Fr. 14'902.88,

so dass nach Abzug seines Bedarfs von Fr. 5'950.– ein Freibetrag von Fr. 2'150.– verbleibe (act. 2 S. 6 f.).

2.2 Unbestrittenermassen bezog der Berufungsbeklagte von seinem früheren Arbeitgeber von Januar bis Juni 2012 ein monatliches Netto-Einkommen inkl. Kinderzulagen von Fr. 4'577.80 und von Juli bis September 2012 ein solches von Fr. 3'977.80 (act. 7/15/7; act. 7/70/12). Gemäss Vorinstanz war damit belegt, dass der Berufungsbeklagte im besagten Zeitraum keinen seinen Bedarf deckenden Lohn erzielen konnte. Umstritten ist hingegen, ob der Berufungsbeklagte während dieser Zeit zusätzliches Einkommen aus den Firmen F. _____ AG in G. _____ und H. _____ AG in I. _____ generiert hat. Ferner erwog die Vorinstanz, der Berufungsbeklagte verdiene mit seiner neuen Stelle ab 1. Oktober 2012 monatlich netto Fr. 14'000.–. Nach Abzug der geschuldeten Unterhaltsbeiträge von insgesamt Fr. 6'500.– und seines Bedarfs von Fr. 6'350.– würde ihm sogar zuzüglich der Autospesen ein Freibetrag von nur Fr. 1'150.– verbleiben. Daraus müsse der Berufungsbeklagte jedoch noch die rückwirkend mit Wirkung ab 1. April 2012 bis Ende September 2012 auf Fr. 2'250.– reduzierten Unterhaltsbeiträge bezahlen. Damit stehe fest, dass ihm in den folgenden Monaten kein Freibetrag verbleibe, mit welchem er den vorliegenden Prozess finanzieren könne. Zudem verfüge er neben dem hälftigen Miteigentumsanteil über keine nennenswerten Vermögenswerte (act. 4 S. 4 f.).

2.3 Die Berufungsklägerin hält dafür, das effektive monatliche Einkommen des Berufungsbeklagten seit 1. Oktober 2012 betrage netto Fr. 14'902.88 und nicht Fr. 14'000.–. Gemäss Arbeitsvertrag (act. 7/70/1) betrage das Jahressalär Fr. 180'000.– in zwölf monatlichen Raten. Das Spesenreglement der J. _____ (J. _____) sei integrierender Bestandteil des Arbeitsvertrags. Gemäss der "... Lohnabrechnung" betrage der Monatslohn aus zunächst unbekanntem Gründen brutto nur Fr. 14'050.– zuzüglich eine Autoentschädigung von Fr. 1'650.–, total also brutto Fr. 15'700.–. Dazu kämen Fixspesen von Fr. 950.–, womit man unfiskalisch wieder bei den vertraglich vereinbarten Fr. 15'000.– sei (act. 2 S. 9). Der Berufungsbeklagte äusserte sich nicht zur Höhe seines monatlichen Einkommens (act. 15 S. 2 f.; act. 7/91).

2.4 Gemäss Arbeitsvertrag vom 12. bzw. 13. Juni 2012 beträgt das Jahressalär des Berufungsbeklagten Fr. 180'000.–, ausbezahlt in 12 Raten à Fr. 15'000.– (act. 7/70/1). Gestützt auf das Spesenreglement beinhaltet dieses Einkommen Fixspesen von jährlich Fr. 11'400.– bzw. monatlich Fr. 950.–. Der Monatslohn beträgt daher gemäss Lohnabrechnung vom 25. Oktober 2012 richtigerweise Fr. 14'050.– (act. 7/70/2). In Auslegung des Spesenreglements (act. 7/70/3 Ziff. 6) erscheint glaubhaft, dass es sich bei den Fixspesen um tatsächlich anfallende Spesen handelt, welche nicht Lohnbestandteil sind. Hinsichtlich der Autoentschädigung von monatlich Fr. 1'650.– lässt sich weder aus dem Arbeitsvertrag noch aus dem Spesenreglement etwas entnehmen. Aus letzterem geht lediglich hervor, dass für Fahrten mit dem Privatfahrzeug bis 100 Kilometer Fr. 0.70/km bezahlt würden und längere Fahrten bewilligt werden müssten. Die Vorinstanz ging deshalb richtigerweise von einem monatlichen Netto-Einkommen von rund Fr. 14'000.– (inklusive Autospesen Fr. 1'650.–; exklusive Fixspesen Fr. 950.–) aus, was seitens des Berufungsbeklagten in seiner Berufungsantwort unbestritten blieb (vgl. act. 15).

3.1 Die Berufungsklägerin moniert weiter, die Vorinstanz habe zu Gunsten des Berufungsbeklagten willkürlich Korrekturen in seinem Bedarf vorgenommen, obwohl er seinen Bedarf in der Gesuchsbegründung nicht dargelegt und insbesondere keinen höheren Grundbetrag und keine höhere Krankenkassenprämie beansprucht habe. Wenn die Vorinstanz mangels ausreichender Begründung und mangels Antrags einer Partei schon deren Eheschutzzahlen heranziehen wolle, müsse sie dies ohne die nicht nachgewiesenen Änderungen tun oder ansonsten die gerichtsblichen Beträge im Bedarf einsetzen. Der neue Bedarf belaufe sich daher in Abzug des um Fr. 400.– reduzierten Mietzinses maximal auf Fr. 5'950.– (act. 2 S. 9 f.). Der Berufungsbeklagte bringt dazu vor, es sei kein Grund ersichtlich, weshalb die Vorinstanz die bei den Scheidungsakten liegenden Eheschutzakten nicht hätte verwenden dürfen, zumal die Bedarfszahlen im Scheidungsprozess wegen der erfolgten Unterhaltsregelung nicht vorzutragen gewesen seien (act. 15 S. 3).

3.2. Nach Art. 159 Abs. 3 ZGB schulden die Ehegatten einander Treue und Beistand. Aus dieser ehelichen Beistandspflicht leitet sich ab, ob ein Ehegatte dem anderen insbesondere bei der Finanzierung von Prozessen beizustehen hat (ZK-Bräm/Hasenböhler, N 130 zu Art. 159 ZGB m.w.H.). Für die Entstehung der Beistandspflicht müssen dem ansprechenden Ehegatten in erster Linie die Mittel fehlen, um für den Prozess aufkommen zu können. Analog zur Prüfung der Mittellosigkeit bei Gesuchen um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist die gesamte wirtschaftliche Situation im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuches zu betrachten (BGE 124 I 1 E. 2a S. 2). Der Berufungsbeklagte stellte sein Gesuch betreffend Mitwirkungshandlung am 26. November 2012 (act. 7/91), nachdem er jenes um Gewährung eines eherechtlichen Prozesskostenvorschusses vom 10. bzw. 29. Februar 2012 am 1. November 2012 zurückgezogen hatte. Grundsätzlich ist folglich auf die wirtschaftliche Situation des Berufungsbeklagten am 26. November 2012 abzustellen und die entsprechenden aktuellen Bedarfszahlen wären unabhängig davon vorzubringen gewesen, ob im eigentlichen Scheidungsprozess die Bedarfszahlen Prozessthema waren oder nicht.

3.3 Zum aktuellen Bedarf des Berufungsbeklagten erwog die Vorinstanz, weder die Berufungsklägerin noch der Berufungsbeklagte hätten dazu im vorliegenden Verfahren detaillierte Angaben gemacht. Es sei deshalb davon auszugehen, dass sich der Bedarf seit Erlass des Eheschutzentscheids nicht wesentlich verändert habe und nach wie vor Fr. 6'350.– betrage. Etwas anderes lasse sich aus den vorliegenden Akten auch nicht herleiten (Hinweis auf act. 7/15/10-16). Die Berufungsklägerin bringe zwar vor, die Miete des Berufungsbeklagten habe sich seit 2009 leicht vermindert. Dies könne aber, wenn berücksichtigt werde, dass sich sowohl die Grundbeträge als auch die Krankenkassenprämien seit Mitte 2009 erhöht hätten, keine wesentliche Veränderung des Bedarfs des Gesuchstellers begründen (act. 4 S. 6).

Der Vorinstanz ist insofern beizupflichten, als dass zum Bedarf des Berufungsbeklagten keine vollständigen aktuellen Belege (Stichtag 26. November 2012) vorliegen bzw. eingereicht worden sind. Einzig die monatlichen Kosten für

die Wohnungsmiete von neu Fr. 2'300.– (act. 7/70/6), jene der Krankenkasse von Fr. 295.– (act. 7/15/15) und der Haushaltsversicherung von Fr. 40.– (act. 7/15/15) lassen sich belegen. Aus dem Umstand, dass keine aktuellen Belege vorliegen, folgerte die Vorinstanz, die Bedarfswahlen hätten sich seit dem Eheschutzentscheid vom 7. September 2009 nicht wesentlich verändert. Eine solche Schlussfolgerung erscheint willkürlich und lässt sich auch nicht belegen. Gemäss Eheschutzentscheid betrug der damalige Bedarf des Berufungsbeklagten Fr. 6'350.– (inkl. Steuern, ohne Auto; act. 7/6/15 S. 4). Die dazugehörige Bedarfstabelle (act. 7/6/14) fehlt in den Akten. Die Bedarfswahlen lassen sich deshalb bis auf den damals geltenden Grundbetrag von Fr. 1'100.– und die Mietkosten von Fr. 2'700.– (act. 7/15/12) nicht rekonstruieren. Insbesondere lässt sich nicht feststellen, ob sich die Krankenkassenprämien tatsächlich erhöht haben. Wie zu zeigen sein wird, kann letztlich aber offen bleiben, ob der aktuelle Bedarf des Berufungsbeklagten tatsächlich tiefer als Fr. 6'350.– wäre.

3.4 Die Vorinstanz erwog, dem Berufungsbeklagten verbleibe nach Abzug seines Bedarfs von Fr. 6'350.– und den zu bezahlenden Unterhaltsbeiträgen von Fr. 6'500.– ein Freibetrag von Fr. 1'150.–. Der Berufungsbeklagte sei jedoch in Abänderung des Eheschutzentscheides mit Verfügung vom 21. November 2012 bzw. 21. Januar 2013 (act. 7/90 u. 111) verpflichtet worden, mit Wirkung ab 1. April 2012 bis Ende September 2012 reduzierte Kinderunterhaltsbeiträge von Fr. 2'250.– (zuzüglich Kinderzulagen) zu bezahlen. In diesen Verfügungen sei aufgrund der Erwerbssituation des Berufungsbeklagten während des Zeitraums vom 1. Januar 2012 bis im September 2012 darauf hingewiesen worden, dass er diese Kinderunterhaltsbeiträge aus seinem Vermögen zu leisten habe. Damit stehe fest, dass dem Berufungsbeklagten in den folgenden Monaten kein Freibetrag verbleibe, mit welchem er den vorliegenden Prozess finanzieren könne (act. 4 S. 6). Dazu ist Folgendes festzuhalten: Der Berufungsbeklagte musste für die Monate Januar bis September 2012 insgesamt Unterhaltsbeiträge von Fr. 41'100.– leisten (3 x Fr. 6'500.–; 6 x Fr. 2'250.–; zzgl. Kinderzulagen Fr. 8'100.–). Demgegenüber erzielte er in diesen Monaten ein Einkommen von total Fr. 39'400.– inkl. Kinderzulagen (act. 7/15/7; act. 7/70/12). Zusätzlich erhielt

der Berufungsbeklagte im Jahr 2012 von seinen Eltern zwei Darlehen von insgesamt Fr. 65'000.– (act. 7/70/9 u. 10). Das heisst, er verfügte bis September 2012 über liquide Mittel in der Höhe von Fr. 104'400.–. Der Berufungsbeklagte machte nicht geltend, er müsse diese Darlehen derzeit zurückbezahlen. Ebenso wenig brachte er vor, die Unterhaltsbeiträge seien noch nicht bezahlt worden. Im Gesuch vom 26. November 2012 erwähnte er vielmehr selber einen Restlohn, der ihm aber nicht zur Begleichung der Prozesskosten ausreiche (vgl. act. 7/91 S. 2 f.). Werden folglich von den Fr. 104'400.– Unterhaltsbeiträge von Fr. 41'100.– abgezogen, verbleiben Fr. 63'300.–. Das wiederum ergibt einen monatlichen dem Berufungsbeklagten zur Verfügung gestandenen Betrag von rund Fr. 7'000.–. Sein Bedarf betrug aber lediglich Fr. 6'350.–. Folglich wären dem Berufungsbeklagten bereits damals bis im September 2012 monatlich Fr. 650.– zur Begleichung von Rechtsanwaltskosten verblieben. Fazit ist, dass der Berufungsbeklagte den ab Oktober 2012 errechneten Freibetrag von Fr. 1'150.– nicht zur Deckung von früheren Unterhaltspflichten braucht, sondern diesen zur Zahlung von Anwaltskosten- und Gerichtskosten nutzen kann. Vor diesem Hintergrund kann auch offen bleiben, ob ihm aus den beiden genannten Unternehmen liquide Mittel zugeflossen sind.

4. Schliesslich bleibt zu prüfen, ob der Freibetrag zur Deckung der laufenden Gerichts- und Anwaltskosten ausreichen wird. Kosten, welche erst mit der Ausfällung des Scheidungsurteils entstehen (allfällige Prozessentschädigungen; nicht durch Kostenvorschüsse gedeckte weitere Gerichtskosten), sind nicht zu berücksichtigen. In Scheidungsverfahren beträgt die Gerichtsgebühr in der Regel Fr. 300.– bis Fr. 13'000.– (§ 6 i.V.m. § 5 GebV OG). Die Vorinstanz verlangte von den Parteien einen Kostenvorschuss von je Fr. 3'000.–, welchen schliesslich die Berufungsklägerin gesamthaft leistete (act. 7/8 u. 18). Mit der Ansetzung eines Vorschusses von Fr. 6'000.– ging die Vorinstanz von einem mittelmässig aufwändigen Scheidungsverfahren aus. Anhaltspunkte dafür, dass sie einen weiteren Vorschuss einzuholen beabsichtigt, bestehen nicht. Überdies wies die Vorinstanz den Antrag des Berufungsbeklagten, worin er die Überweisung von Fr. 10'000.– für ein (mutmassliches) Beweisverfahren beantragt hatte, mit der Begründung ab, es werde erst in einem späteren Zeitpunkt entschieden, ob und in

welchem Umfang ein Beweisverfahren durchgeführt werden müsse. Ob im laufenden Gerichtsverfahren noch Kostenvorschüsse bzw. Beträge für Barauslagen geleistet werden müssen, ist demnach offen. Im Übrigen ist nicht gesetzlich vorgeschrieben, dass die Vorinstanz weitere Vorschüsse je hälftig von den Parteien einfordern müsste. Es steht ihr bei einem Scheidungsverfahren auf gemeinsames Begehren frei, weiterhin nur von der Berufungsklägerin einen Vorschuss zu verlangen.

Die Freibeträge stehen damit vollumfänglich dem Berufungsbeklagten zur Deckung seiner Anwaltskosten zur Verfügung. Bei einem mittelmässig aufwendigen Verfahren ist von einer Grundgebühr von rund Fr. 8'000.– auszugehen (§ 6 i.V.m. § 5 Abs. 1 AnwGebV OG), wobei dieser Betrag unter Berücksichtigung der Zuschläge verdoppelt werden und damit bis Fr. 16'000.– betragen kann (§11 Abs. 1 AnwGebV OG). Mit Blick auf die Rechtsprechung, wonach der monatliche Überschuss der gesuchstellenden Partei ermöglichen sollte, die Prozesskosten bei weniger aufwendigen Prozessen innert eines Jahres und bei anderen innert zwei Jahren zu tilgen (vgl. z.B. BGer 5P.218/2001 vom 3. September 2001), erscheinen die Freibeträge ausreichend. Wird vorderhand mit mutmasslichen Anwaltskosten von maximal Fr. 16'000.– gerechnet, wären diese Kosten innert rund 14 Monaten (Fr. 16'000.– ./ Fr. 1'150.–) abbezahlt.

5. Im Sinne dieser Erwägungen ist die Berufung der Berufungsklägerin gutzuheissen und der vorinstanzliche Entscheid vom 29. Januar 2013 ist aufzuheben.

6. Ausgangsgemäss wird der Berufungsbeklagte kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidgebühr beträgt Fr. 2'000.– (vgl. act. 5). In Anwendung von § 4 Abs. 1, § 9, § 11 Abs. 1 und § 13 AnwGebV hat der Berufungsbeklagte die Berufungsklägerin mit Fr. 2'000.– zzgl. 8 % MwSt zu entschädigen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung wird Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Meilen vom 29. Januar 2013 aufgehoben und das Begehren um Verpflichtung der Berufungsklägerin zur Mitwirkungshandlung wird abgewiesen.
1. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt, dem Berufungsbeklagten auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Der Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Berufungsklägerin den geleisteten Vorschuss von Fr. 2'000.– zu ersetzen.
2. Der Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Berufungsklägerin eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.– zuzüglich 8 % MwSt zu bezahlen.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Bezirksgericht Meilen, je gegen Empfangsschein.

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

4. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. M. Weibel

versandt am: