

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY200012-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie Gerichtsschreiber lic. iur. R. Pfeiffer

Urteil vom 23. April 2020

in Sachen

A. _____,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung (Art. 114 ZGB) / vorsorgliche Massnahmen (Prozesskostenvorschuss)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen vom 27. Februar 2020; Proz. FE190019

Rechtsbegehren:

(act. 4 S. 2)

Der Ehefrau:

Es sei der Ehemann zu verpflichten, der Ehefrau einen Prozesskostenbeitrag in der Höhe von Fr. 16'000.– zuzüglich Mehrwertsteuer zu leisten.

Der Ehemannes:

...

2. Es sei der Antrag der Ehefrau auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 16'000.– zuzüglich Mehrwertsteuer abzuweisen.
- 2.1 Es sei den Parteien Frist anzusetzen, um die im Miteigentum stehende Liegenschaft C._____-Strasse ..., D._____, bis zum 30. Juni 2020 zu verkaufen.
- 2.2 Eventualiter sei der Ehefrau ein Prozesskostenvorschuss von Fr. 5'000.– inkl. Mehrwertsteuer zuzusprechen und im Massnahmenentscheid festzuhalten, dass der bezahlte Prozesskostenvorschuss als Akontozahlung an die güterrechtlichen Ansprüche der Ehefrau bezahlt wird.

...

Verfügung Vorinstanz:

(act. 4 S. 9 ff.)

1. Der Antrag der Ehefrau um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages wird abgewiesen.
- ... (Editionsbegehren)
5. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen wird dem Endentscheid vorbehalten.
- ... (Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung)

Berufungsanträge:

Der Ehefrau (act. 2):

Es sei Ziffer 1 der Verfügung des Bezirksgerichts Meilen vom 27. Februar 2020 aufzuheben und es sei der Ehemann zu verpflichten, der Ehefrau einen Prozesskostenbeitrag von Fr. 16'000.– zu entrichten.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Ehemannes (zuzüglich MwSt.).

Erwägungen:

1. Sachverhaltsübersicht und Prozessgeschichte

1.1. Die Parteien (nachfolgend Ehemann und Ehefrau) stehen in einem Scheidungsverfahren, nachdem der Ehemann mit Klageschrift vom 5. Februar 2019 (act. 5/1) die Scheidung der Ehe unter Regelung der Nebenfolgen begehrte.

1.2. Die Ehefrau wurde mit Verfügung vom 3. April 2019 (act. 5/15) aufgefordert, verschiedene Unterlagen einzureichen. Sie stellte daraufhin mit Eingabe vom 30. April 2019 (act. 5/17) den obgenannten Antrag, den Ehemann zur Leistung eines Prozesskostenbeitrages von Fr. 16'000.– (zzgl. MwSt.) zu verpflichten, und hielt in ihrer Klageantwort vom 11. November 2019 (act. 5/63 S. 3) an diesem Antrag fest.

1.3. Der Ehemann beantragte mit Eingabe vom 18. Dezember 2019 (act. 5/71), den Antrag der Ehefrau, ihn zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses zu verpflichten, abzuweisen (S. 2 Antrag 2).

1.4. Ob die Leistung, die die Ehefrau vom Ehemann verlangte, als Prozesskosten*beitrag* oder als Prozesskosten*vorschuss* bezeichnet werden muss (vgl. dazu die Vorbringen des Ehemannes in act. 5/71 S. 5 f. Rz. 15 und OGer RE130016 Erw. II.3.c), spielt keine Rolle. Es ergibt sich aufgrund der Eingabe der Ehefrau, mit der sie *vorsorgliche Massnahmen* verlangte (act. 5/17 S. 2 und act. 5/63 S. 3), dass sie beantragte, den Ehemann zur Leistung eines Geldbetrages *vor dem* Endentscheid über die Scheidung und die Nebenfolgen zu verpflichten (zum Verständnis eines Rechtsbegehrens vgl. Art. 50 ZPO und OGer RE130016 Erw. II.3.d). In diesem Sinne wird im Folgenden allein der Begriff des Prozesskostenvorschusses verwendet.

1.5. Mit Verfügung vom 27. Februar 2020 (act. 5/77 = 3/1 = 2) wies das Einzelgericht des Bezirksgerichts Meilen den Antrag der Ehefrau auf Zusprechung

eines Prozesskostenvorschusses ab (S. 9 Dispositiv-Ziffer 1). Gegen diesen Entscheid führt die Ehefrau mit Eingabe vom 12. März 2020 (act. 2) fristgerecht (Art. 314 Abs. 1 ZPO, vgl. act. 5/78/1) Berufung. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (vgl. act. 5/1–78). Das Verfahren ist spruchreif.

2. Erwägungen des Einzelgerichts

2.1. Das Einzelgericht erwog zunächst allgemein, die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses setze Mittellosigkeit voraus, die dann nicht vorliege, wenn durch Belehnung oder Verkauf einer Liegenschaft die notwendige Liquidität erreicht werden könne, wobei es notorisch sei, dass eine Belehnung bis zu 80% des Verkehrswertes möglich sei (act. 4 S. 3 ff. Erw. 2.1).

2.2. Konkret erwog das Einzelgericht (act. 4 S. 6 f. Erw. 2.3.1 f.), das Grundstück der Ehefrau – ein hälftiger Miteigentumsanteil an der ehelichen Liegenschaft mit einem Verkehrswert von 3.2 und einer hypothekarischen Belastung von 1.3 Millionen Franken – sei nur zu rund 40% belehnt, weshalb es zumutbar sei, die darauf lastende Hypothek zu erhöhen. Sollte das, zum Beispiel mangels Tragbarkeit (sprich aufgrund des zu geringen Einkommens der Ehefrau) nicht möglich sein, wäre die Liegenschaft zu verkaufen. Der Ehemann stelle sich einem Verkauf nicht entgegen und es sei zumutbar, dass dieser nicht wie von der Ehefrau beantragt erst per Rechtskraft der Ehescheidung – sie beantragte allerdings, die Liegenschaft sei *nach Rechtskraft* der Ehescheidung zu verkaufen (act. 2 S. 4 Rz. 9) –, sondern bereits davor veräussert werde. Die Ehefrau habe damit nicht sämtliche Mittel zur Finanzierung des Verfahrens ausgeschöpft, weshalb ihr Antrag auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses abzuweisen sei (act. 4 S. 7 Erw. 2.3.3 und S. 9 Dispositiv-Ziffer 1).

3. Beanstandungen der Ehefrau

3.1. *Ausgangslage*

Die Ehefrau beantragt, es sei Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Einzelgerichts aufzuheben und der Ehemann sei zu verpflichten, ihr einen Prozesskostenbeitrag von Fr. 16'000.– (zzgl. MwSt.) zu bezahlen (act. 2 S. 2), wobei auch hier klar ist,

dass es sich um einen Prozesskostenvorschuss handelt. Sie verlangt mithin einen reformatorischen Entscheid (Art. 318 Abs. 1 lit. b ZPO).

3.2. *Mittellosigkeit der Ehefrau*

3.2.1. Die Ehefrau bringt zunächst vor, es sei vor Einzelgericht unbestritten geblieben, dass sie über kein Einkommen verfüge und dass der Ehemann (ob zu Recht oder zu Unrecht ist hier nicht zu entscheiden) seit dem 1. September 2019 keinen Unterhalt mehr leiste, da er dies aus seiner AHV-Rente nicht vermöge (act. 2 S. 3 Rz. 5). Der Ehemann anerkannte, dass die Ehefrau über kein Einkommen verfügt (act. 5/71 S. 6 Rz. 18 am Anfang), bestritt allerdings, dass sie mittellos sei, da sie ihr Grundstück belehnen oder veräussern könne (act. 5/71 S. 6 f. Rz. 17 ff.).

3.2.2. Ob jemand mittellos ist, hängt grundsätzlich auch von seinem Bedarf ab. Der Ehemann machte geltend, die Ehefrau habe ihren Bedarf nicht genügend behauptet und glaubhaft gemacht (act. 5/71 S. 8 f. Rz. 29 ff.). Da, wie sich zeigen wird, die Ehefrau über Mittel verfügt, die ihren Bedarf weit übersteigen (vgl. vorn Erw. 2.2 und nachfolgend Erw. 3.4.3), kommt es auf ihren Bedarf nicht im Detail an.

3.3. *Zur Belehnung der Liegenschaft*

Die Ehefrau beanstandet, es sei ihr schon aufgrund der einschlägigen bankregulatorischen Bestimmungen nicht möglich, ihr Grundstück weiter zu belehnen (act. 2 S. 3 Rz. 6). Dies muss im Folgenden nicht geprüft werden, da das Bezirksgericht die Mittellosigkeit der Ehefrau jedenfalls schon deshalb zu Recht verneinte, weil die Ehefrau durch einen Verkauf der Liegenschaft zu ausreichenden liquiden Mitteln kommen kann.

3.4. *Zum Verkauf der Liegenschaft*

3.4.1. Die Ehefrau beanstandet die weitere Erwägung des Einzelgerichts, wonach sie ihr Grundstück veräussern könnte oder die Ehegatten gemeinsam die eheliche Liegenschaft veräussern könnten (act. 2 S. 4 f. Rz. 8 ff.), weshalb sie nicht

mittellos sei. Das Einzelgericht verwies auf einen Entscheid des Bundesgerichts im Zusammenhang mit der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 4 S. 5 Erw. 2.1.4 am Ende; vgl. auch die Zusammenstellung der Rechtsprechung bei Bühler, Berner Kommentar ZPO, Art. 117 N 85 ff.).

3.4.2. Die Ehefrau beanstandet, das Bezirksgericht habe diesbezüglich zu Unrecht die Rechtsprechung zur unentgeltlichen Rechtspflege herangezogen (act. 2 S. 4 f. Rz. 10). Es mag zutreffen, dass das Mass der Zumutbarkeit ein anderes ist, wenn eine Partei zur Finanzierung ihres Prozesses ihren Ehegatten heranziehen will, der ihr durch die grundsätzlich sehr enge eheliche Beistandspflicht (Art. 159 Abs. 3, 163 Abs. 3 ZGB) verbunden ist, oder den Staat und die Allgemeinheit. Dennoch muss die Heranziehung des anderen Ehegatten zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses (insbesondere in einem Scheidungsverfahren, in dem es nicht mehr um die Fortführung der ehelichen Gemeinschaft und damit eigentlich um Unterhalt, sondern gerade um die Auflösung dieser Gemeinschaft geht) die Ausnahme sein, wenn der eine Ehegatte über ausreichend eigene Mittel verfügt.

3.4.3. Dass die Ehefrau grundsätzlich über ausreichende Mittel verfügt – nämlich einen hälftigen Miteigentumsanteil an einer Liegenschaft mit einem Wert von 3.2 und einer Belastung von 1.3 Millionen Franken (act. 4 S. 6 Erw. 2.3.1; zur grundsätzlich hälftigen güterrechtlichen Beteiligung vgl. act. 5/58 S. 3 Antrag 4.a) –, stellt sie in ihrer Berufung nicht in Abrede (act. 2 S. 4 f. Rz. 8 ff.). Es geht allein um die Frage, ob es ihr zuzumuten ist, die Liegenschaft zu veräussern und so zu *liquiden* Mitteln zu kommen. Vor Einzelgericht beantragten beide Parteien den Verkauf der Liegenschaft (act. 5/71 S. 2 Antrag 2.1, S. 7 Rz. 24; act. 5/63 S. 2 Antrag 6). Uneinig waren sie sich lediglich hinsichtlich des Zeitpunktes. Es geht also nicht darum, der Ehefrau zu ermöglichen, das Haus auf Dauer zu behalten und damit ihren Bedarf (Miete etc.) tief zu halten oder einen Teil ihrer Altersvorsorge abzusichern (wofür der Ehemann jedenfalls insoweit, als er zu Unterhaltszahlungen verpflichtet wäre [Art. 125 ZGB], Hand bieten müsste). Aus der ehelichen Beistandspflicht ergibt sich aber nicht die Pflicht des Ehemannes, der Ehefrau zu Lasten seiner eigenen Altersvorsorge (vgl. nachfolgend Erw. 3.5)

durch einen Prozesskostenvorschuss zu ermöglichen, noch so lange wie möglich im ohnehin zu verkaufenden Haus zu wohnen; dies erst recht nicht, wenn die Auflösung der Ehe (und damit das Ende der ehelichen Beistandspflicht) bevorsteht. Angesichts der grundsätzlich übereinstimmenden Anträge der Parteien ist eine zeitnahe Veräusserung durchaus zumutbar.

3.4.4. Der Ehemann stellte vor Einzelgericht ein "Eventual-Widerbegehren", wonach für den Fall, dass er zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses verpflichtet werden sollte, die Parteien zum Verkauf des Hauses zu verpflichten seien (act. 5/71 S. 2 Antrag 2.1). Da der Antrag um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses abzuweisen ist, ist dieses Begehren hinfällig.

3.5. *Mittel des Ehemannes*

3.5.1. Die Ehefrau verweist auf die ausreichenden Mittel des Ehemannes (act. 2 S. 6 Rz. 13), insbesondere auf einen kürzlich erfolgten teilweisen Barbezug seines BVG-Altersguthabens von rund Fr. 380'000.–. Nachdem die Ehefrau über genügend eigene Mittel verfügt und ihr der Verkauf der Liegenschaft zumutbar ist, kommt es darauf nicht an.

3.5.2. In ausserordentlichen Fällen, in denen ein Ehegatte über erhebliches freies Vermögen verfügt, mag es unzumutbar sein, wenn er den anderen Ehegatten faktisch zur "Versilberung" von dessen nicht liquidem Vermögen zwingt. Der Ehemann ist jedoch bereits pensioniert, erwirtschaftet also kein neues Vermögen mehr, sondern bezieht eine AHV-Rente von Fr. 2'370.– pro Monat (act. 5/71 S. 6 Rz. 18 am Ende und S. 9 Rz. 34). Und das Barvermögen von rund Fr. 380'000.– kann bei einem erst am Anfang des Rentenalters stehenden Rentner nicht als grosses Vermögen bezeichnet werden. Andere (liquide) Vermögenswerte des Ehemannes macht die Ehefrau in ihrer Berufungsschrift nicht geltend.

4. Ergebnis

Das Einzelgericht hat den Antrag der Ehefrau, den Ehemann zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses zu verpflichten, zu Recht abgewiesen. Die Berufung

ist deshalb abzuweisen und Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung des Bezirksgerichts Meilen, Einzelgericht, vom 27. Februar 2020, zu bestätigen.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. *Entscheidgebüür*

5.1.1. Der Prozesskostenvorschuss wird als (behauptete) Voraussetzung für den Zugang zum Recht in der Sache verlangt. Der Streitwert ist daher nicht derjenige des verlangten Vorschusses (so wenig wie bei einem Vorschuss nach Art. 98 ZPO), sondern grundsätzlich derjenige der Hauptsache, respektive diese ist wie die Scheidung nicht vermögensrechtlich (Dike-Komm ZPO-Diggelmann, N. 7 zu Art. 91 ZPO mit Verweisungen). Die Scheidung selbst ist nach § 5 GebV OG mit Fr. 300.-- bis Fr. 13'000.-- tarifiert. Da es um einen prozessleitenden Entscheid geht, ist die Spanne nach § 9 GebV OG allerdings Fr. 100.-- bis Fr. 7'000.--, und zusätzlich gilt die Reduktion unter dem Titel summarisches Verfahren (§ 8 GebV OG). Die Gebühr ist auf Fr. 1'300.-- festzusetzen.

5.1.2. Die Entscheidgebüür ist ausgangsgemäss (Art. 106 Abs. 1 ZPO) der Ehefrau (Berufungsklägerin) aufzuerlegen. Es wurde kein Kostenvorschuss verlangt, weshalb die Entscheidgebüür von ihr zu beziehen sein wird.

5.2. *Parteientschädigung*

Es sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen. Der Ehefrau nicht, weil sie unterliegt, dem Ehemann nicht, weil ihm im Berufungsverfahren keine zu entschädigenden Umtriebe entstanden sind.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung des Bezirksgerichts Meilen vom 27. Februar 2020 bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebüür wird auf Fr. 1'300.-- festgesetzt und der Berufungsklägerin auferlegt. Sie wird von ihr bezogen.

3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten unter Beilage eines Doppels der act. 2 und 3/1–4, sowie an das Bezirksgericht Meilen (FE190019/Z09), je gegen Empfangsschein.

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

5. 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.
Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. R. Pfeiffer

versandt am: