

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC140023-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichter Prof. Dr. I. Jent-Sørensen
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Beschluss und Urteil vom 12. August 2014

in Sachen

A. _____,

Beklagte und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Kläger und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung / Kostenvorschuss / unentgeltliche Rechtspflege**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen vom 26. Mai 2014; Proz. FE130167

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien heirateten am tt. März 1996 und leben seit dem 15. November 2009 getrennt (act. 4/3; Prot. Vi S. 5). Mit Eingabe vom 25. September 2013 machte der Kläger und Beschwerdegegner (fortan Kläger) eine Scheidungsklage gegen die Beklagte und Beschwerdeführerin (fortan Beklagte) am Bezirksgericht Meilen, Einzelgericht im ordentlichen Verfahren, anhängig (Geschäfts-Nr. FE130167-G; act. 4/1). Am 3. Oktober 2013 erhob auch die Beklagte eine Scheidungsklage am Bezirksgericht Meilen (Geschäfts-Nr. FE130187-G; act. 4/20/1). Mit Verfügung vom 6. Februar 2014 wurde der Prozess-Nr. FE130187-G in den Prozess-Nr. FE130167-G überwiesen und die Klage der Beklagten darin als Widerklage entgegengenommen, unter Abschreibung des Prozesses-Nr. FE130187-G (act. 4/18 = act. 4/20/41).

2. Am 26. Mai 2014 erliess die Vorinstanz folgende Verfügung (act. 4/41 S. 7 f. = act. 5 S. 7 f.).

- "1. Der Beklagten wird eine **Frist von 20 Tagen** ab Zustellung dieser Verfügung angesetzt, um für die Gerichtskosten bei der Bezirksgerichtskasse Meilen (Postkonto 80-7340-5) einen Kostenvorschuss von CHF 15'000.– zu leisten. Bei Säumnis wird auf ihr Rechtsbegehren betreffend Forderungen aus einer einfachen Gesellschaft im Zusammenhang mit den Gesellschaften C. _____ AG sowie mit der D. _____ AG nicht eingetreten.
[...]

2./3. Schriftliche Mitteilung/Rechtsmittel".

Dagegen erhob die Beklagte mit Eingabe vom 12. Juni 2014 fristgerecht Beschwerde mit folgendem Rechtsbegehren (act. 2 S. 2 f.):

- "1. In Gutheissung der Beschwerde sei die Verfügung vom 26. Mai 2014 des Bezirksgerichts Meilen vollumfänglich aufzuheben und es sei der Beschwerdeführerin für das vorinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, namentlich sei die Beschwerdeführerin von der Bezahlung von Vorschuss- und Sicherheitsleistungen, sowie von der Zahlung von Gerichtskosten zu befreien und es sei ihr in der Person des Unterzeichneten mit kanzleiinterner Substitutionsbefugnis ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

2. Eventualiter sei die Beschwerdeführerin von der Bezahlung eines Kostenvorschusses in der Höhe von CHF 15'000.00 zu befreien.
3. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegner."

prozessualer Antrag:

"Es sei der Beschwerdeführerin für das vorliegende Beschwerdeverfahren vor Obergericht die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, namentlich sei die Beschwerdeführerin von der Bezahlung von Vorschuss- und Sicherheitsleistungen, sowie von der Zahlung von Gerichtskosten zu befreien und es sei ihr in der Person des Unterzeichneten mit kanzleiinterner Substitutionsbefugnis ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu gewähren".

3. Mit Verfügung der Kammer vom 27. Juni 2014 wurde der Beschwerde, soweit sie sich gegen die Auferlegung des Kostenvorschusses richtet, einstweilen die aufschiebende Wirkung erteilt und es wurde Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ Frist angesetzt, um die Beschwerdeschrift vom 12. Juni 2014 ordnungsgemäss zu unterzeichnen (act. 6 S. 3). Dieser Aufforderung kam er mit Eingabe vom 30. Juni 2014 fristgerecht nach. Zudem reichte er betreffend die Mittellosigkeit der Beklagten die Verfügung der Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich vom 24. Juni 2014 in Ergänzung zur Beschwerde vom 12. Juni 2014 nach (act. 8-10).

4. Mit Verfügung der Kammer vom 18. Juli 2014 wurde dem Kläger Frist zur Beantwortung der Beschwerde angesetzt (act. 12). Wird ein Prozesskostenvorschuss erhoben und wird dieser angefochten, so ist der nicht pflichtigen Gegenpartei keine Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, weil sie davon nicht betroffen ist. Bezüglich der unentgeltlichen Rechtspflege sieht Art. 119 Abs. 3 ZPO eine fakultative Anhörung vor. Im vorliegenden Fall steht die Frage eines eherechtlichen Prozesskostenvorschusses im engen Zusammenhang mit der unentgeltlichen Rechtspflege, ja geht dieser vor und wird Letztere erst bewilligt, wenn es keine anderweitige Prozessfinanzierung gibt, was den Einbezug des Klägers rechtfertigt.

Der Kläger erstattete die Beschwerdeantwort fristgerecht und stellte das folgende Rechtsbegehren (act. 14 S. 2):

- "1. Die Beschwerde der Beklagten und Beschwerdeführerin vom 12. Juni 2014 sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beklagten und Beschwerdeführerin (inkl. MWSt.)."

II.

1. Bei dem angefochtenen Entscheid der Vorinstanz vom 26. Mai 2014 handelt es sich um eine prozessleitende Verfügung über die Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 15'000.–, welche selbständig mit Beschwerde anfechtbar ist (Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO i.V.m. Art. 103 ZPO). Zur Beurteilung anderer Fragen des vorinstanzlichen Verfahrens ist die Kammer im Rahmen der vorliegenden Beschwerde nicht befugt. Weil das Konzept des erstinstanzlichen Verfahrens jedoch Auswirkungen auf die hier zu beurteilende Kostenvorschussfrage hat, indem der Beklagten für die Nichtleistung des Vorschusses im Rahmen der Widerklage Nichteintreten auf ihr Rechtsbegehren betreffend Forderungen aus einer einfachen Gesellschaft im Zusammenhang mit den Gesellschaften C._____ AG sowie mit der D._____ AG angedroht wird, kann die Behandlung der eigenen Scheidungsklage der Beklagten durch die Vorinstanz dennoch nicht völlig ausser Acht gelassen werden.

2. Der Kläger hat am 25. September 2013 (Eingang: 26. September 2013) vor Vorinstanz eine Scheidungsklage gemäss Art. 114 ZGB eingeleitet (act. 4/1) und die Regelung der Nebenfolgen verlangt (eheliche Wohnung, gegenseitiger Verzicht auf Unterhaltsbeiträge, güterrechtliche Auseinandersetzung, Teilung der Pensionskassenbeiträge). In der Folge wurde mit Verfügung vom 1. Oktober 2013 (act. 4/5) bei ihm ein Kostenvorschuss von Fr. 6'000.– erhoben, welchen er geleistet hat (Vermerk auf act. 4/10).

3. Mit Eingabe vom 3. Oktober 2013 – und damit einige Tage nach Klageeinleitung durch den Kläger – machte die Beklagte ihrerseits eine Scheidungsklage mit dem Rechtsbegehren anhängig (act. 4/20/1):

- "1. Die Ehe der Parteien sei gestützt auf Art. 114 ZGB zu scheiden.

2. Die eheliche Wohnung an der ...-Strasse sei der Klägerin zuzuweisen.
3. Es sei die güter- und gesellschaftsrechtliche Auseinandersetzung zu vollziehen.
4. Die Pensionskassenguthaben beider Parteien seien gemäss Art. 122 Abs. 1 ZGB hälftig zu teilen.
5. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin angemessenen Unterhalt gemäss Art. 125 ZGB zu bezahlen.
6. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten".

Weiter stellte sie ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen.

Die Anträge in der Scheidungsklage der Beklagten wurden – auf gerichtliche Aufforderung hin (act. 4/20/4) – verbessert und substantiiert (act. 4/20/35). Insbesondere wurde die ursprüngliche Ziff. 3 ("der Beklagte sei im Rahmen der ehelichen Auseinandersetzung [güterrechtlich und gesellschaftsrechtlich] zu verpflichten, 50 % der Inhaberaktien der C._____ AG mit Sitz in ... sowie 50 % der Inhaberaktien der D._____ AG mit Sitz in ... an die Klägerin auszuhändigen. Definitive Bezifferung erfolgt nach Beweisergebnis") präzisiert bzw. neu mit Ziff. 4 ergänzt ("Eventualiter zu Ziff. 3 hiervor sei der Beklagte unter Vorbehalt des Nachklagerechts zu verpflichten, der Klägerin CHF 198'243.30 sowie CHF 91'204.00 zu bezahlen. Definitive Bezifferung erfolgt nach Beweisergebnis") sowie der Unterhaltsbeitrag der ursprünglichen Ziff. 5 ("der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin einen nahehelichen Unterhalt gemäss Art. 125 ZGB in der Höhe von CHF 8'295.00 ab Klageeinreichung vom 3. Oktober 2013 bis zum ordentlichen Eintritt der Klägerin in die AHV-Berechtigung zu bezahlen") betragsmässig beziffert.

Die Vorinstanz auferlegte der Beklagten auf Grund deren eigenen Klage vom 3. Oktober 2013 mit Verfügung vom 22. Oktober 2013 (act. 4/20/4) unter anderem ebenfalls einen Kostenvorschuss von Fr. 6'000.– und drohte ihr an, dass bei Säumnis die Vorladung zur Einigungsverhandlung unterbleibe. Die Auflage dieses Kostenvorschusses führte am 31. Oktober 2013 zu einem Gesuch der Beklagten um Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch den Kläger in der Höhe von Fr. 6'000.– sowie eventualiter um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege (unentgeltliche Prozessführung/unentgeltliche Rechtsvertretung; act. 4/20/6). Die Frist zur Leistung des Kostenvorschusses wurde der Beklagten mit Verfügung vom 18. November 2013 (act. 4/20/12) abgenommen.

4. Mit Verfügung vom 6. Februar 2014 entschied die Vorinstanz Folgendes (act. 4/18 = act. 4/20/41):

- "1. Der Prozess Nr. FE130187-G wird an das Einzelgericht im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichts Meilen überwiesen und im Prozess Nr. FE130167-G als Widerklage entgegengenommen. Der Prozess Nr. FE130187-G wird als dadurch erledigt abgeschrieben.

[...]"

Sie wies in diesem Zusammenhang darauf hin, dass bei Anhängigmachung einer Scheidung eine "Einrede des unlösbaren Sachzusammenhanges" begründet werde, bei bereits bestehender Rechtshängigkeit sei auf eine zweite Klage nicht einzutreten (act. 4/18 S. 2 f.). Bei Scheidungsklagen bestehe die Besonderheit, dass dort, wo die Klage zuerst anhängig gemacht werde, ein Gerichtsstand des Sachzusammenhanges bestehe, und das Erstgericht habe die zweite Klage als Widerklage entgegenzunehmen. Das gelte auch, wenn die zweite Scheidungsklage beim gleichen Gericht eingereicht werde (act. 4/18 S. 3). In Dispositiv-Ziff. 3 wurde (u.a.) der Entscheid über die Leistung eines Prozesskostenvorschusses des Klägers an die Beklagte (sowie eventualiter der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege) dem Verfahren FE130167 vorbehalten (act. 4/20/41). Zu dem bei der Beklagten erhobenen und sistierten Prozesskostenvorschuss wird nichts gesagt.

Mit Verfügung vom 14. April 2014 (act. 4/32, in der begründeten Fassung act. 4/43) wurde über das Begehren der Beklagten um vorsorgliche Massnahmen entschieden. In Dispositiv-Ziff. 9 wurde der Antrag der Beklagten um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses sowie in Dispositiv-Ziff. 10 wurde der Antrag um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abgewiesen. Aus der Begründung (act. 4/43 S. 22 f.) ist ersichtlich, dass auf Grund des resultierenden Freibetrages der Beklagten die erforderliche Mittellosigkeit zur Beanspruchung eines Prozesskostenvorschusses vom Kläger sowie zur Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege fehle. Dispositiv-Ziff. 9 und 10 dieser Verfügung wurden am 13. Juni 2014 (Eingang 17. Juni 2014) von der Beklagten mit Berufung bei der Kammer angefochten. Die Berufung ist noch pendent (Proz. Nr. LY140026, act. 2).

5. In der Verfügung vom 26. Mai 2014 (act. 4/41 = act. 3/1) – es handelt sich dabei um das Anfechtungsobjekt des vorliegenden Beschwerdeverfahrens – wird zunächst als Widerklagebegehren der Beklagten (sinngemäss) Folgendes wiedergegeben: "Der Kläger sei im Rahmen der eherechtlichen Auseinandersetzung zu verpflichten, 50% der Inhaberaktien der C._____ AG mit Sitz in ... sowie 50% der Inhaberaktien der D._____ AG mit Sitz in ... an die Beklagte auszuhändigen. Definitive Bezifferung erfolgt nach Beweisergebnis. Eventualiter sei der Kläger unter Vorbehalt des Nachklagerrechts zu verpflichten, der Beklagten CHF 198'243.30 sowie CHF 91'204.00 zu bezahlen. Definitive Bezifferung erfolgt nach Beweisergebnis" (act. 3/1 S. 2). Diesbezüglich weist die Vorinstanz darauf hin, dass die Parteien mit beurkundetem Ehevertrag vom 18. März 2003 dem Güterstand der Gütertrennung unterständen. Zur Begründung der Widerklage bringe die Beklagte vor, beide Parteien hätten danach eine einfache Gesellschaft im Sinne von Art. 530 ff. OR, mithin eine Ehegattengemeinschaft mit hälftiger Teilung von Gewinn und Verlust, gegründet, so dass die Beklagte Anspruch auf die Hälfte habe (act. 3/1 S. 3 f.). Der Wert der Inhaberaktien der beiden Gesellschaften würde heute rund Fr. 600'000.– ausmachen. Der Kläger bestreite dies, weil immer klar gewesen sei, dass es sich bei den beiden Firmen um seine Gesellschaften gehandelt habe (act. 3/1 S. 4). Die Aussagen der Beklagten sowie die Handelsregisterauszüge würden zeigen – so die Vorinstanz –, dass im Jahre 2004 keine einfache Gesellschaft bestanden haben könne. Nach Art. 98 ZPO sei von der widerklagenden Beklagten ein Prozesskostenvorschuss zu leisten; es gehe um einen Forderungsbetrag von rund Fr. 270'000.– (angeblicher Anspruch am Liquidationserlös). Dabei handle es sich um einen in den Scheidungsprozess integrierten, vorfrageweise zu klärenden Forderungsanspruch, welcher nur einen indirekten Bezug zum Scheidungsverfahren aufweise. Bei vermögensrechtlichen Rechtsbegehren im Rahmen des Scheidungsverfahrens könne die Gerichtsgebühr bis zum Betrag erhöht werden, der für die vermögensrechtliche Streitigkeit allein gelte (§ 6 Abs. 1 i.V.m. § 5 Abs. 2 GerGebV). Bei einem Streitwert von Fr. 270'000.– sei in Anwendung von § 6 Abs. 1 i.V.m. § 5 Abs. 2 sowie § 4 Abs. 1 GerGebV eine Grundgebühr von Fr. 15'000.– festzusetzen. Die Beklagte habe vom Kläger die Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses von mindestens Fr. 6'000.– verlangt sowie

eventualiter die unentgeltliche Rechtspflege. Bei Armenrechtsgesuchen oder Gesuchen um Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses sei zunächst zu prüfen, ob der Prozess aussichtslos erscheine. Aus den Erwägungen ergebe sich, dass die Prozesschancen der Beklagten äusserst gering seien. Wegen Aussichtslosigkeit sei daher weder ein Prozesskostenvorschuss zuzusprechen noch die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren. Daher wurde die Beklagte in Dispositiv-Ziff. 1 – wie bereits erwähnt – zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 15'000.– verpflichtet mit der ebenfalls bereits erwähnten Säumnisandrohung, dass auf die Rechtsbegehren im Zusammenhang mit den beiden mehrfach erwähnten Firmen nicht eingetreten werde (act. 3/1 S. 7 f.).

6. Die Vorinstanz behandelt die Klage der Beklagten als Widerklage, allerdings, wie sich aus dem Rechtsbegehren in act. 3/1 S. 2 ergibt, offenbar nicht die ganze Klage, wie sich aus der Überweisungsverfügung (6. Februar 2014; act. 4/18) vermuten liesse, sondern nur die Ziffern 3 und 4 der erweiterten bzw. berichtigten Anträge, die den Anteil der Beklagten am Liquidationserlös bzw. ihre Abfindung betreffen. Fraglich ist, ob es überhaupt zulässig war, die Klage der Beklagten (vollständig oder nur betreffend das Teilhabebegehren) als Widerklage zur vorgängig eingereichten Scheidungsklage des Klägers zu behandeln. Die Vorinstanz hat sich in diesem Zusammenhang auf zwei Quellen gestützt, nämlich DIKE-Komm-ZPO-Müller-Chen, N. 35 zu Art. 64 sowie BGer 5C.249/2001 E. 4. Müller-Chen bezieht sich seinerseits auf BGE 116 II 14, auf Marcel Leuenberger in FamKomm Scheidung, N. 11 zu Art. 135 und Frank/Sträuli/Messmer, N. 14 zu § 107. In BGer 5C.249/2001 wird für den Fall von Scheidungsklagen je an anderen Orten von einem zwingenden bundesrechtlichen Gerichtsstand des Sachzusammenhangs auch für die Klage des anderen Ehegatten gesprochen, die dann als Widerklage zu behandeln sei. BGE 116 II 14 betrifft Scheidungsklagen je im In- und im Ausland und verweist den "Zweitkläger" auf eine Widerklage am Gericht der Erstklage und Frank/Sträuli/Messmer weisen a.a.O. darauf hin, dass widersprechenden Urteilen in Scheidungsangelegenheiten nur mit dem Gerichtsstand des Sachzusammenhangs begegnet werden könne. Dass nicht parallele Verfahren zur Scheidung der nämlichen Ehe geführt werden können, leuchtet unmittelbar ein. Fraglich ist jedoch, ob die Zweitklage als Widerklage behandelt

werden muss oder ob auf die Zweitklage – wegen Rechtshängigkeit der Erstklage – gar nicht einzutreten ist, weil in der Scheidungsklage als actio duplex auch die beklagte Partei eigene Anträge stellen kann.

7. Mit Inkrafttreten der schweizerischen ZPO sind im 6. Titel (Art. 271 ff. ZPO) Bestimmungen zu besonderen eherechtlichen Verfahren erlassen worden. Art. 285 ff. betrifft die Scheidung auf gemeinsames Begehren, Art. 290 ff. ZPO die Scheidungsklage. Art. 292 ZPO regelt den Übergang, wenn der beklagte Ehegatte der Scheidung nach Einleitung des Klageverfahrens zustimmt (vgl. z.B. KuKo ZPO-van de Graaf, N. 1 zu Art. 292). Im Zusammenhang mit Art. 292 ZPO wird darauf hingewiesen, dass das Einverständnis sich auch aus einer Widerklage der beklagten Partei ergeben könne (CHK-Rumo-Jungo, 2. Aufl., N. 4 zu Art. 116 ZGB; vgl. FamKomm Scheidung/Fankhauser, N. 4 zu Anh. ZPO Art. 292; KuKo ZPO-van de Graaf, N. 4 zu Art. 292).

Was die Erhebung einer Widerklage als solche anbelangt, erwähnen Thomas Sutter/Dieter Freiburghaus (Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, N. 22 zu Art. 116 aZGB; vgl. auch a.a.O., N. 6 und 14 zu Art. 114) dass eine Klage gestützt auf Art. 114 ZGB von der Gegenpartei grundsätzlich nur mit Begehren um Abweisung oder Gutheissung der Scheidungsklage beantwortet werden könne. Eine selbständige Widerklage, ebenfalls nach Art. 114, sei von der Sache her ein Widerspruch in sich selbst, weil damit die Tatsache der Dauer des Getrenntlebens nicht bestritten, sondern vielmehr ausdrücklich zugestanden werde. In einem solchen Fall sei auf eine selbständige Widerklage mangels Rechtsschutzinteresses nicht einzutreten. Zur Wahrung der berechtigten Interessen der beklagten Partei genügt es, wenn sie die Abweisung der Klage mangels Vorliegens der Scheidungsvoraussetzungen verlangen könne. Eine eventuelle Widerklage gestützt auf Art. 114 sei zulässig, falls die beklagte Partei mit einem Eventualbegehren verhindern wolle, dass bei Klagerückzug das Verfahren vorzeitig ohne Sachurteil beendet wird (vgl. a.a.O., N. 22 zu Art. 116). Zulässig sei es indessen, dass die beklagte Partei Abweisung der Klage gemäss Art. 114 ZGB beantrage und selbst Widerklage oder eventuelle Widerklage wegen Unzumutbarkeit nach Art. 115 ZGB erhebe. Gegen die Zulassung einer Widerklage spricht

sich auch Bähler (DIKE-Komm-ZPO-Bähler, N. 9 zu Art. 292) aus, wenn er darauf hinweist, dass – wenn der Scheidungsgrund feststehe und nur noch über die Folgen gestritten werde – der beklagte Ehegatte (eigene) Forderungen stellen könne (actio duplex). Gleiches vertreten auch ZK ZPO-Sutter-Somm/Lazic, die bei feststehendem Scheidungsgrund nach Art. 114 ZGB die Widerklage als grundsätzlich unzulässig bezeichnen; für den Fortgang des Verfahrens hinsichtlich der streitigen Scheidungsfolgen sei Art. 291 Abs. 3 ZPO anwendbar (ZK ZPO-Sutter-Somm/Lazic, N. 10 zu Art. 292; FamKomm Scheidung/Fankhauser, N. 7 zu Anh. ZPO Art. 292).

Als Einverständnis zur eingeleiteten Scheidung der Gegenpartei hat das Bundesgericht in BGE 137 III 421 = Pra 2012 Nr. 18 E. 5.3. die Einreichung einer eigenen Scheidungsklage (im Ausland) angesehen. Erwähnenswert ist schliesslich BGE 139 III 482, in dem sich der beklagte Ehegatte der Scheidung gestützt auf Art. 114 ZGB widersetzte (weil die zweijährige Trennungsfrist noch nicht abgelaufen sei), hingegen an einem anderen Gericht gestützt auf Art. 114 ZGB eine eigene Scheidungsklage einreichte.

In der vorliegenden Konstellation (beide Ehegatten klagen innerhalb ganz kurzer Zeit beim gleichen Gericht auf Scheidung gemäss Art. 114 ZGB; die Parteien sind schon seit weit mehr als zwei Jahren getrennt), wäre es an sich naheliegend, das Verfahren als ein solches auf gemeinsames Begehren gemäss Art. 285 ff. ZPO zu behandeln und allenfalls die strittigen Nebenfolgen zu regeln (Art. 288 Abs. 2 ZPO). Dass dies im vorliegenden Fall nicht geschehen kann, geht auf die Regelung von Art. 292 Abs. 2 ZPO zurück. Für die in den beiden Klagen beantragte Regelung der Nebenfolgen bedarf es allerdings keiner förmlichen Widerklage, ja diese wird von den zitierten Autoren für unzulässig gehalten, weil die Regeln der sog. actio duplex jeder Partei erlauben würden, bezüglich Nebenfolgen eigene Begehren zu stellen, auch ohne selber geklagt zu haben. Eine eigene Scheidungsklage der Beklagten könnte in dieser Situation nur noch insofern eine Bedeutung haben, als damit das Scheidungsverfahren weitergeführt werden kann, wenn die zuerst klagende Partei ihre Klage zurückzieht, wobei für diesen Zweck allerdings eine Eventualwiderklage ausreicht.

Selbst wenn man die Zulässigkeit der Behandlung als Widerklage in der vorliegenden Konstellation zulassen wollte, müsste geklärt werden, ob auch nur ein Teil der Anträge (hier der Teilhabeanspruch der Beklagten) als Widerklage behandelt werden kann. Wäre es so, wie die Vorinstanz im Zusammenhang mit dem Kostenvorschuss angedroht hat, so würde dann bei einem Klagerückzug des Klägers nur noch dieser eine Punkt rechtshängig bleiben, während das Scheidungsbegehren mit den übrigen Nebenfolgen folgerichtig dahinfallen würde (vgl. dazu noch zum alten Recht Hinderling/Steck, Das schweizerische Ehescheidungsrecht, 4. Auflage, Zürich 1995, S. 579 f., insbes. Anm. 3). Gerade die Möglichkeit, das (ganze) Scheidungsverfahren trotz Rückzug des Klägers weiterzuführen, wird aber als Rechtfertigung einer Eventualwiderklage genannt.

Die Vorinstanz legt ihre Sichtweise wie folgt dar (act. 3/1 S. 6 E. 3): "Vorliegend macht die Beklagte einen Forderungsbetrag von rund CHF 270'000.– geltend. Sie begründet ihn mit einem angeblichen Anspruch aus einem Liquidationserlös aus einer einfachen Gesellschaft. Dabei handelt es sich um einen in den Scheidungsprozess integrierten, vorfrageweise zu klärenden Forderungsanspruch, welcher nur einen indirekten Bezug zum Scheidungsverfahren aufweist. Ist in einem Scheidungsverfahren über vermögensrechtliche Rechtsbegehren zu entscheiden ...".

Diese Ausführungen lassen letztlich offen, worum es sich nach dem Konzept der Vorinstanz handelt, ob um einen integrierten Anspruch (worauf sogleich zurückzukommen ist), ob es eine Vorfrage ist (was die Behandlung als Widerklage nicht erforderlich machen würde), oder ob es nach Ansicht der Vorinstanz ein gewöhnlicher Forderungsprozess ist und dafür eine selbständige Widerklage angelegt wurde.

Ob das Begehren um Teilhabe an der behaupteten Ehegattengesellschaft scheidungs- bzw. güterrechtliche Ansprüche betrifft, dürfte nicht entscheidend sein, sondern die Frage, ob solche Ansprüche im Rahmen des Scheidungs- oder Trennungsprozesses geltend gemacht werden können. Aus BGE 98 II 341 ergibt sich diesbezüglich, dass ein mit einer Scheidungsklage verbundenes Begehren der Ehegatten um Aufhebung eines unter ihnen bestehenden Miteigentums

durchaus gestellt und behandelt werden kann. Warum das für die Aufhebung von Gesamteigentum bzw. damit im Zusammenhang stehenden Zahlungen anders sein soll, ist nicht ersichtlich. Die Behandlung im Rahmen des Scheidungsverfahrens wird auch in der Literatur befürwortet, wenn dadurch andere in der Scheidung zu regelnde Punkte, z.B. der Unterhalt, beeinflusst werden (vgl. BK-Bühler/Spühler, N. 61 zu Vorbemerkungen zu Art. 149-157 mit Verweis auf Hinderling und Guldener, die für diese Fälle die Zulassung von Vermögensrechtlichem ohne Rücksicht auf die sachliche Zuständigkeit und Verfahrensart befürworten). Anzumerken ist, dass auch bei Annahme einer gewöhnlichen (widerklageweise zu behandelnden) Forderungsklage die gleichen Bedenken bezüglich sachlicher Zuständigkeit und Verfahrensart bestehen wie bei der Behandlung als Antrag im Rahmen der Scheidungsklage.

8. Wird angenommen, dass die Zulässigkeit der Widerklage fraglich ist, dann muss geklärt werden, ob die Beklagte eine "klagende" Partei ist, von der gemäss Art. 98 ZPO ein Kostenvorschuss verlangt werden kann (vgl. dazu KuKo ZPO-Schmid, N. 4 zu Art. 98). Bei Scheidungen auf gemeinsames Begehren (Art. 111 f. ZGB) ist es üblich, dass die erstinstanzlichen Gerichte von beiden Parteien einen Kostenvorschuss verlangen. Dem würde es in der vorliegenden vergleichbaren Konstellation entsprechen, wenn der Kostenvorschuss für das Scheidungsverfahren wegen der eigenen Anträge der Beklagten im Rahmen der actio duplex erhöht und – wenn ihre finanziellen Mittel dies zulassen – auch bei ihr bezogen würde, weil im Ergebnis – beide Parteien beantragen die Scheidung – die gleiche Situation vorliegt wie bei einem gemeinsamen Begehren. Dürfte nach dem Gesagten von einem einzigen Verfahren mit integriertem Teilhabebegehren auszugehen sein, so könnte der Kostenvorschuss nicht doppelt (für die Scheidungsklage und die Widerklage) verlangt werden. Dem Kläger waren zunächst Fr. 6'000.– auferlegt worden, welche er am 7. Oktober 2013 (Eingang) auch geleistet hat. Der Beklagten wurden nach Eingang ihrer eigenen Klage zunächst Fr. 6'000.– auferlegt; die bezügliche Zahlungspflicht ist allerdings sistiert und bisher auch nicht "reaktiviert" worden. Diesbezüglich ist anzunehmen, dass er im nachträglich – nach Bezifferung des Teilhabebegehrens – verlangten Vorschuss von Fr. 15'000.– aufgegangen ist.

Für den Kostenvorschuss bei nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten gilt § 5 GerGebV. Danach beträgt die Gebühr für Nichtvermögensrechtliches in der Regel Fr. 300.– bis Fr. 13'000.–. Gemäss Abs. 2 derselben Bestimmung kann, wenn zusätzlich vermögensrechtliche Rechtsbegehren zu entscheiden sind, die das Verfahren aufwendig gestalten, die Gebühr bis zum Betrag erhöht werden, der für den Entscheid über die vermögensrechtlichen Rechtsbegehren allein zu erheben wäre, worauf auch die Vorinstanz hinweist (act. 3/1 S. 6 E. 3). Dann wäre aber die Gebühr berechnet auf dem Streitwert des vermögensrechtlichen Teils die Obergrenze, d.h. an den Betrag von Fr. 15'000.– wären die bereits beim Kläger bezogenen Fr. 6'000.– anzurechnen, so dass noch ein Betrag in der Höhe von Fr. 9'000.– bliebe.

Das führt dazu, dass bei der Beklagten höchstens ein Kostenvorschuss von Fr. 9'000.– verlangt werden könnte, und dass die Säumnisandrohung sich nicht allein auf das "Rechtsbegehren betreffend die Forderungen aus einfachen Gesellschaft..." beziehen könnte. Allerdings muss zuerst geklärt werden, ob die Vorinstanz den Kostenvorschuss überhaupt erheben durfte.

III.

1. Sind Gesuche um Prozesskostenvorschüsse bzw. um unentgeltliche Rechtspflege pendent, müssen diese Gesuche entschieden sein, bevor der Kostenvorschuss verlangt werden darf (vgl. BGer 5A_499/2013 vom 3. September 2013, E. 3.4 mit Hinweis auf BGE 138 III 163 E. 4.2 und BGE 138 III 672 E. 4.2.2). Die Beklagte hat solche Gesuche am 31. Oktober 2013 gestellt (act. 4/20/6), nachdem ihr am 22. Oktober 2013 ein Kostenvorschuss von Fr. 6'000.– auferlegt worden war (act. 4/20/4). Mit (unbegründetem) Entscheid vom 14. April 2014 (act. 4/32), in der begründeten Form versandt am 2. Juni 2014 (act. 4/43), hat die Vorinstanz das Begehren um Prozesskostenvorschuss sowie jenes um unentgeltliche Rechtspflege mangels Mittellosigkeit der Beklagten abgewiesen (act. 4/43 S. 24 f. Dispositiv-Ziff. 9 und 10). Die Abweisung der Anträge in diesen beiden Ziffern ist (u.a.) am 13. Juni 2014 bei der Kammer mit Berufung

angefochten worden. Damit sind diese beiden Begehren, weil noch nicht vollstreckbar bzw. rechtskräftig erledigt, noch pendent. Für den eherechtlichen Prozesskostenvorschuss ergibt sich dies aus Art. 315 Abs. 1 ZPO. Für das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Art. 117 ff. ZPO) ist zwar, wenn sie selbständig angefochten wird, nur die Beschwerde (Art. 121 ZPO) gegeben. Da der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege stets vom Entscheid über den eherechtlichen Prozesskostenvorschuss abhängig ist (vgl. KuKo ZPO-Jent-Sørensen, N. 19 zu Art. 117), gilt – unabhängig von der zusätzlich erteilten aufschiebenden Wirkung (act. 6) – für den Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege das Subsidiaritätsprinzip. Ist über den eherechtlichen Prozesskostenvorschuss noch nicht verbindlich entschieden, muss die Frage der unentgeltlichen Rechtspflege ebenfalls in der Schwebe bleiben. Deshalb kann von der Beklagten (noch) kein Kostenvorschuss verlangt werden.

Die Vorinstanz hat am 26. Mai 2014 in der hier zu beurteilenden angefochtenen Verfügung auf das Ersuchen der Beklagten vom 31. Oktober 2013 (act. 4/20/6) Bezug genommen (E. 4 S. 6). Das ist das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen, über das die Vorinstanz am 4. April 2014 bereits entschieden hat. In den Erwägungen des hier angefochtenen Entscheides (Art. 3/1) setzt sie sich dann erneut damit auseinander. Während sie die Gesuche im Entscheid vom 4. April 2014 wegen fehlender Mittellosigkeit abgewiesen hat, setzt sie sich im angefochtenen Entscheid mit jenem Teil der Klage der Beklagten auseinander, den sie als "Widerklage" behandelt (act. 3/1 S. 2), nunmehr allerdings unter dem Gesichtspunkt der Aussichtslosigkeit, welche sie bejaht. Sie schliesst a.a.O., S. 7: "Da das Rechtsbegehren als aussichtslos erscheint, ist der Beklagten in diesem Zusammenhang weder ein Prozesskostenvorschuss zuzusprechen noch die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren. Vielmehr ist ihr unter Hinweis auf Art. 97, 98 und Art. 96 sowie Art. 102 Frist anzusetzen, um einen Kostenvorschuss von Fr. 15'000.– zu leisten". Unklar ist dabei, ob die Vorinstanz hinsichtlich der bereits gefällten Abweisung wegen Mittellosigkeit aus dem Entscheid vom 14. April 2014 "ergänzen" wollte oder ob es ihr darum ging – weil sie das isolierte "Teilhabebegehren" der Beklagten als selbständige Widerklage behandelte – einen neuen,

unabhängigen Entscheid betreffend Prozesskostenvorschuss bzw. unentgeltlicher Rechtspflege zu fällen. Beides ist unzulässig. Im Falle des bereits gefällten und bei der Oberinstanz angefochtenen Entscheides leuchtet dies unmittelbar ein. Im Falle eines besonderen, auf die Widerklage beschränkten Entscheides hätte sie über die negativ begründeten eherechtlichen Vorschuss- und Armenrechtsbegehren einen förmlichen Entscheid fällen und sie im Dispositiv förmlich erledigen müssen, um sie damit der Anfechtbarkeit durch die Parteien zugänglich zu machen. Ohne förmlichen Entscheid über die Begehren betreffend eherechtlichen Kostenvorschuss und unentgeltliche Rechtspflege kann, auch wenn die Vorinstanz dazu Erwägungen gemacht hat, der Gerichtskostenvorschuss nicht auferlegt werden.

2. Zu prüfen ist, wie dieses Ergebnis mit den Vorbringen der Parteien zu vereinbaren ist. Die beschwerdeführende Beklagte rügt, dass sie für ihre Widerklageanträge im Rahmen des Scheidungsverfahrens zu Unrecht zum Kostenvorschuss von Fr. 15'000.– verpflichtet worden sei, weil sie mittellos und ihr Begehren nicht aussichtslos sei. Die Beklagte macht umfangreiche Ausführungen zur Mittellosigkeit (act. 2 Rz 4 ff.) und zur Aussichtslosigkeit (act. 2 Rz 12 ff.) und argumentiert so, wie wenn die Vorinstanz die Anträge betreffend Prozesskostenvorschuss und betreffend unentgeltliche Rechtspflege schon förmlich entschieden hätte.

Der Kläger, welcher die Abweisung der Beschwerde beantragt, verweist auf die bereits früher, d.h. im Entscheid vom 14. April 2014 (act. 4/43) erfolgte Abweisung der Begehren um eherechtlichen Prozesskostenvorschuss und unentgeltliche Rechtspflege (act. 14 Rz 6), macht Ausführungen zum Einkommen der Beschwerdeführerin (act. 14 Rz 9), zu ihrem Bedarf (act. 14 Rz 30 ff.) und macht geltend, diese sei ein faktisches Organ der E._____ GmbH (act. 14 Rz 12 ff.), sowie dass keine einfache Gesellschaft unter den Ehegatten vorliege (act. 14 Rz 44 ff.), so dass das Begehren tatsächlich aussichtslos sei (act. 14 Rz 55). Auch bestehe kein Anspruch nach Art. 165 ZGB (act. 14 Rz 57).

Mit der Zulässigkeit der Auferlegung des Kostenvorschusses aus formellen Gründen setzt sich keine der Parteien auseinander. Dennoch kann die ihn anordnende Verfügung aufgehoben werden, weil es sich beim Kostenvorschuss um eine Prozessvoraussetzung handelt und diesbezüglich die Voraussetzungen von Amtes wegen (Art. 60 ZPO) und unabhängig von erhobenen Rügen geprüft werden müssen (BK ZPO-Zingg, Art. 59 N. 21; OGerZH LB130013 vom 16. Sept. 2013, E. II./4; OGerZH PS130225 vom 22. Jan. 2014; abrufbar unter www.gerichte-zh.ch).

Mit der Aufhebung der angefochtenen Verfügung vom 26. Mai 2014 (act. 3/1) wird der der Beklagten auferlegte Kostenvorschuss von Fr. 15'000.– aufgehoben.

3. Gemäss Art. 119 Abs. 6 ZPO dürfen für Entscheidungen betreffend unentgeltliche Rechtspflege keine Kosten erhoben werden, was nach der Praxis der Kammer auch für das Rechtsmittelverfahren gilt. Förmlich handelt es sich bei der angefochtenen Verfügung zwar nicht um einen solchen Entscheid, jedoch hat die Vorinstanz, wenn auch nur in den Erwägungen, Ausführungen zur unentgeltlichen Rechtspflege und zum verlangten eherechtlichen Prozesskostenvorschuss gemacht, wenn auch im Dispositiv keinen förmlichen Entscheid gefällt. Beide Parteien haben sich in ihren Eingaben bei der Kammer (act. 2 und act. 14) praktisch ausschliesslich zur Mittel- und Aussichtslosigkeit geäussert. In analoger Anwendung von Art. 119 Abs. 6 ZPO sind die Entscheidkosten umständehalber auf die Staatskasse zu nehmen (was auch mit Art. 107 Abs. 2 ZPO begründet werden könnte).

Der vorinstanzliche Entscheid wird aufgehoben, was das Anliegen der Beklagten ist, dem sich der Kläger widersetzt. Aus dieser Sicht könnte der Beklagten entsprechend den Regeln von Obsiegen und Unterliegen gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO eine Entschädigung zugesprochen werden. Wird Art. 119 Abs. 6 ZPO für die Kosten (analog) angewendet, so muss dies allerdings auch für die Regelung der damit zusammenhängenden Entschädigungsfolgen gelten, wonach keiner der Parteien eine Entschädigung zusteht (für den Gesuchsteller vgl. BK ZPO-Bühler,

N. 151 zu Art. 119; für den Gesuchsgegner vgl. BK ZPO-Bühler, N. 152 zu Art. 119).

Anzumerken ist, dass die Beklagte für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege beantragt hat, dass sie jedoch keinen eherechtlichen Kostenvorschuss verlangt. Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege ist subsidiär zur familienrechtlichen Beistands- und Unterhaltspflicht der Ehegatten (Art. 159 Abs. 3 und Art. 163 ZGB; BGer 5A_455/2010 vom 16. August 2010, E. 2.2 m.w.H.; BGE 127 I 202 E. 3b; ZR 83 Nr. 21 und ZR 90 Nr. 82; BK ZPO-Bühler, N. 49 zu Vorbem. zu Art. 117-123). Der anspruchsberechtigte Ehegatte hat selbst zu entscheiden, und es liegt in seiner Privatautonomie, ob und gegebenenfalls in welcher Weise er einen Prozesskostenvorschuss vom Ehegatten erhältlich macht. Mit Blick auf die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege handelt es sich bei der Geltendmachung des Anspruchs auf Prozesskostenvorschuss gegenüber dem Ehegatten um eine Obliegenheit, deren Verletzung dazu führt, dass die unentgeltliche Rechtspflege verweigert wird. Mit anderen Worten kann dem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege nur entsprochen werden, wenn glaubhaft gemacht wird, dass der Gesuchsteller vom Ehegatten keinen Prozesskostenvorschuss verlangen kann. Solange hierüber Ungewissheit besteht, kann er nicht als mittellos gelten (BK ZPO-Bühler, Art. 117 N 40 i.V.m. N 38 m.w.H.). Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist daher abzuweisen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung zusammen mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Dispositiv-Ziff. 1 der Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Meilen vom 26. Mai 2014 (Geschäfts-Nr. FE130167-G/Z06) wird aufgehoben.

2. Es wird keine Entscheidgebühr erhoben.
3. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage der Doppel von act. 14 und 15/1-11, sowie an das Bezirksgericht Meilen, Einzelgericht im ordentlichen Verfahren, 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 270'000.–

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Würsch

versandt am: