

ZH_OBERGERICHT LQ100051 vom 6. Juli 2012

ZH Obergericht, 2012-07-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LQ100051

FR: ZH_OBERGERICHT LQ100051 du 6 juillet 2012

IT: ZH_OBERGERICHT LQ100051 del 6 luglio 2012

Erwägungen

E. 1

Durch Einreichung der ihr vom Friedensrichteramt C._____ ausgestellten Weisung machte die Gesuchstellerin, Erstrekurrentin und Zweitrekursgegnerin (nachfolgend Gesuchstellerin) beim Bezirksgericht Meilen am 24. September 2008 die Scheidungsklage anhängig (Vi Urk. 1 und Vi Urk. 2). Anlässlich der Anhörung und Hauptverhandlung vom 1. April 2009 erklärte der Gesuchsteller, Erstrekursgegner und Zweitrekurrent (nachfolgend Gesuchsteller) sein Einverständnis mit der Scheidung der Ehe, sodass das Verfahren nach den Bestimmungen über die Scheidung auf gemeinsames Begehren fortgesetzt wurde (vgl. Prot. I S. 7). Für das Scheidungsverfahren stellte der Gesuchsteller mit Eingabe vom 30. Oktober 2008 ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Vi Urk. 13 S. 6; vgl. auch Vi Urk. 25 S. 4), welches der Einzelrichter im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Meilen mit Verfügung vom 27. Mai 2009 abwies (Vi Urk. 30). Dagegen rekurrierte der Gesuchsteller erfolglos beim Obergericht des Kantons Zürich (vgl. Beschluss der I. Zivilkammer vom 16. Februar 2010 [Vi Urk. 77]). Mit Eingabe vom 14. April 2010 ersuchte der Gesuchsteller vor Vorinstanz um Anordnung von vorsorglichen Massnahmen mit dem Antrag, es sei die Gesuchstellerin zu verpflichten, ihre Zustimmung zur Erhöhung der Hypothek auf dem Miteigentumsanteil des Gesuchstellers an der D._____ -Strasse ... in C._____ um Fr. 100'000.– respektive im Minimum um Fr. 40'000.– zu erteilen. Eventualiter beantragte der Gesuchsteller die Verpflichtung der Gesuchstellerin zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 40'000.– (Vi Urk. 93 S. 8). Mit Verfügung vom 20. Juli 2010 entschied die Vorinstanz über das vorsorgliche Massnahmebegehren (Vi Urk. 113 = Urk. 3 = Urk. 23/3). Der Gesuchstellerin wurde eine Frist von 20 Tagen angesetzt, um die notwendigen Mitwirkungshandlungen vorzunehmen, damit die auf der Liegenschaft der Parteien in C._____ lastende Hypothek bei der Bank E._____ im Betrag von Fr. 40'000.– erhöht werden kann. Insbesondere wurde die Gesuchstellerin verpflichtet, gegenüber den zuständigen Personen die erforderlichen Willensäusserungen abzugeben. Ferner ordnete die Vor-

- 3 - instanz an, dass von den Fr. 40'000.– unverzüglich Fr. 10'000.– an die Bezirksgerichtskasse Meilen zur Sicherstellung des Barvorschusses für das Beweisverfahren zu überweisen seien. Im Übrigen wies die Vorinstanz das Begehren des Gesuchstellers um vorsorgliche Massnahmen ab (Urk. 3 S. 10 f. Dispositiv-Ziffern 1 und 2).

E. 2

Insbesondere sei die Scheidungsklägerin, Gesuchstellerin, Massnahmebeklagte und Rekursgegnerin zu verpflichten, gegenüber allen zuständigen Personen die diesbezüglichen notwendigen Willensäusserungen abzugeben, unter derselben Androhung wie unter Ziff. 1 vorgeannt.

E. 2.1

Nach Art. 159 Abs. 3 ZGB schulden die Ehegatten einander Treue und Beistand. Die Beistandspflicht bestimmt, ob ein Ehegatte dem anderen insbesondere bei der Finanzierung von Prozessen beizustehen hat (ZK-Bräm/Hasenböhler, N 130 zu Art. 159 ZGB mit weiteren Hinweisen). Dem ansprechenden Ehegatten müssen die Mittel fehlen und der angesprochene Ehegatte muss demgegenüber die Beistandsleistung erbringen können. Die Interessen des einen Ehegatten an einer Beistandsleistung sind schliesslich gegen die Interessen des anderen, diese nicht erbringen zu müssen, abzuwägen. Aufgrund der Beistandspflicht kann ein Ehegatte eine Leistung vom anderen grundsätzlich nur verlangen, wenn seine Interessen an der Leistung wesentlich grösser sind als diejenigen des anderen an der Unterlassung (Hausheer/Reusser/Geiser, Kommentar zum Eherecht, Bern 1988, N 27 zu Art. 159 ZGB). Mit Urteil vom 15. Dezember 2010 schied der Einzelrichter im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Meilen die Ehe der Parteien und regelte die Scheidungsfolgen (Urk. 17; Urk. 23/14). In Bezug auf die vermögensrechtlichen Nebenfolgen (Begehren des Gesuchstellers um nahehelichen Unterhalt und güterrechtliche Auseinandersetzung) hat der Gesuchsteller dieses Urteil beim Obergericht des Kantons Zürich angefochten, welches das erstinstanzliche Scheidungsurteil in mehreren Punkten aufhob und das Verfahren an die Erstinstanz zurückwies (vgl. Geschäfts-Nr. LC110003 Urk. 208). Auf eine hiergegen von der Gesuchstellerin erhobene Berufung trat das Bundesgericht nicht ein (Urteil des Bundesgerichts vom 10. Mai 2012, 5A_66/2012). Der Scheidungspunkt blieb indessen unangefochten, weshalb das Urteil des Einzelrichters am Bezirksgericht Meilen insoweit in Teilrechtskraft erwachsen ist. Vorsorgliche Massnahmen, welche sich auf Pflichten der ehelichen Gemeinschaft beziehen, können jedoch im Fall der Teilrechtskraft weiterhin angeordnet werden, wenn der Prozess über einzelne Scheidungsfolgen weitergeführt wird.

- 7 -

E. 2.2

Die Vorinstanz gelangte in der angefochtenen Verfügung zum Ergebnis, dass die Gesuchstellerin dem Gesuchsteller bei der Finanzierung des Scheidungsprozesses beizustehen habe. Zur Begründung wurde zunächst zur Einkommenssituation des Gesuchstellers festgehalten, es sei offensichtlich, dass der Gesuchsteller zurzeit nicht in der Lage sei, die Anwalts- und Gerichtskosten des Scheidungsverfahrens aus seinen laufenden Einkünften zu bezahlen. Aufgrund der eingereichten Akten sei erstellt, dass sich die Gesuchstellerin weigere, an einer Erhöhung der Hypothek bei der Bank E._____ mitzuwirken. Das Obergericht habe - so die Vorinstanz weiter - in seinem Beschluss vom 16. Februar 2010 bereits ausführlich begründet, weshalb der Gesuchsteller berechtigt und verpflichtet sei, seine Prozesskosten mittels der Erhöhung der Hypothek zu finanzieren, und auch dargetan, dass die Gesuchstellerin aufgrund der ehelichen Beistandspflicht verpflichtet sei, an der Erhöhung der Hypothek mitzuwirken. Auf diesen Entscheid könne ohne Weiteres verwiesen werden, sodass sich weitere Ausführungen erübrigten. In Bezug auf den Umfang der Hypothekaraufstockung erwog die Vorinstanz sodann, dass der Gesuchsteller mit keinem Wort begründet habe, weshalb er die Erhöhung der hypothekarischen Belastung um Fr. 100'000.- verlange. Es sei davon auszugehen, dass die Kosten des erstinstanzlichen Scheidungsverfahrens rund Fr. 40'000.- betragen würden. Die Gesuchstellerin sei - so das vorinstanzliche Fazit - deshalb zu verpflichten, in diesem Umfang unverzüglich an der Erhöhung der auf der Liegenschaft der Parteien lastenden

Hypothek bei der Bank E._____ mitzuwirken (Urk. 3 S. 5 ff.).

E. 3

Es sei in Abänderung von Ziff. 1 Abs. 2 der obgenannten Verfügung der Scheidungs- beklagte, Gesuchsteller, Massnahmekläger und Rekurrent zu verpflichten, von den erhältlich gemachten Fr. 100'000.– unverzüglich nach Empfang, Fr. 10'000.– an die Bezirksgerichtskasse Meilen zur Sicherstellung des Barvorschusses für das Beweis- verfahren zu überweisen.

E. 3.1

Das vorsorgliche Massnahmebegehren des Gesuchstellers ist vor dem Hin- tergrund zu sehen, dass die Bank E._____ eine Erhöhung der hypothekarischen Belastung auf dem Miteigentumsanteil des Gesuchstellers von der Zustimmung der Gesuchstellerin abhängig gemacht hat (Vi Urk. 93 S. 9; Vi Urk. 94/2), welche die Gesuchstellerin nicht geben wollte (Vi Urk. 94/4). Mit öffentlich beurkundetem Kaufvertrag vom 10. Dezember 2001 haben die Parteien das Grundstück "D._____" in C._____ zu je hälftigem Miteigentum erworben (Vi Urk. 14/13). Mit zwei Verträgen vom 21. Juni 2002 und vom 29. September 2008 gewährte die Bank E._____ den Parteien ein Hypothekendarlehen von Fr. 850'000.– bezie- hungsweise von Fr. 200'000.–. Die Sicherstellung der Darlehensforderungen er- folgte durch drei auf der Liegenschaft lastende Schuldbriefe (Vi Urk. 14/14; Vi

- 8 - Urk. 24/7; Vi Urk. 26/19+20). Für das Scheidungsverfahren hat der Gesuchsteller bereits im September 2009 um Gewährung des prozessualen Armenrechts nach- gesucht (Vi Urk. 13 S. 6). Die Vorinstanz und auf Rekurs hin auch das Oberge- richt stellten fest, dass der Gesuchsteller keinen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege habe (Vi Urk. 30 und Vi Urk. 77). Im von der Vorinstanz in der hier angefochtenen Verfügung auszugsweise im Wortlaut wiedergegebenen (vgl. Urk. 3 S. 6 ff.) obergerichtlichen Beschluss vom 16. Februar 2010 wurde unter anderem festgehalten, dass es dem Gesuchsteller möglich und zumutbar sei, die beste- henden Hypothekarschulden zur Tilgung der mutmasslichen Prozesskosten zu erhöhen. Als Folge dessen wurde die für die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege vorausgesetzte Prozessarmut des Gesuchstellers verneint (vgl. Vi Urk. 77 S. 8 f.).

E. 3.2

Die Gesuchstellerin beantragt mit ihrem Erstrekurs die vollumfängliche Auf- hebung des angefochtenen Entscheides, während der Gesuchsteller an seinem ursprünglichen Begehren festhält und die gerichtliche Verpflichtung der Gesuch- stellerin zur Vornahme aller erforderlichen Mitwirkungshandlungen für eine Hypo- thekarerhöhung um den Betrag von Fr. 100'000.– verlangt. Die Gesuchstellerin beharrt im Rekursverfahren auf ihrem Standpunkt, wonach von ihr eine Mitwir- kung an der fraglichen Hypothekarerhöhung nicht verlangt werden könne. Sie wirft der Vorinstanz einmal vor, von falschen Tatsachen ausgegangen zu sein und verkannt zu haben, dass der Gesuchsteller faktisch über kein Miteigentum an der genannten Liegenschaft verfüge. Diese sei gänzlich mit eingebrachtem Eigengut der Gesuchstellerin finanziert worden und der Gesuchsteller werde in güterrechtli- cher Hinsicht an dieser Liegenschaft nicht partizipieren können (Urk. 2 S. 3). Der Einwand ist unbegründet. Die Vorinstanz hat in ihrem Urteil vom 15. Dezember 2010 den Gesuchsteller zwar dazu verpflichtet, seinen Eigentumsanteil an der Liegenschaft D._____-Strasse ... in C._____ entschädigungslos auf die Gesuch- stellerin zu übertragen (Urk. 17 S. 69/70 Dispositiv-Ziffer 8). Diesen Teil des Scheidungsurteils hat der

Gesuchsteller jedoch mit Berufung angefochten (vgl. Geschäfts-Nr. LC110003 Urk. 190 S. 3). Da der Berufung nach kantonalzürcherischem Prozessrecht aufschiebende Wirkung zukommt (§ 260 Abs. 1 ZPO/ZH), blieb der Gesuchsteller hälftiger Miteigentümer an der vormaligen ehelichen Liegenschaft in C._____. Inzwischen wurde das vorinstanzliche Scheidungsurteil

- 9 - durch das Obergericht - wie bereits erwähnt - auch hinsichtlich der güterrechtlichen Auseinandersetzung aufgehoben und das Verfahren diesbezüglich an die Vorinstanz zurückgewiesen (vgl. Geschäfts-Nr. LC110003 Urk. 208). Über sein Eigentum kann der Gesuchsteller in den Schranken der Rechtsordnung nach seinem Belieben verfügen (Art. 641 Abs. 1 ZGB). Die güterrechtliche Auseinandersetzung nach den Vorschriften über die Errungenschaftsbeteiligung ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Daher erweisen sich die zwischen den Parteien umstrittene Frage nach der güterrechtlichen Behandlung des Miteigentumsanteils des Gesuchstellers sowie die Ausführungen der Gesuchstellerin über die Finanzierung des Erwerbs der Liegenschaft "D._____" (Urk. 2 S. 3 f.; Urk. 23/6 S. 14; vgl. auch Vi Urk. 104 S. 3) als nicht prozessrelevant, sodass sich darauf weiter einzugehen erübrigt.

E. 3.3

Die Gesuchstellerin bestreitet als nächstes, dass der Gesuchsteller beistandsbedürftig sei. Sie bezeichnet es als unverständlich, dass dem Gesuchsteller attestiert werde, nicht arbeiten zu können. Der Gesuchsteller sei physisch und psychisch in der Lage, für sein eigenes Auskommen aufzukommen (Urk. 2 S. 4). Entgegen dem, was die Gesuchstellerin anzunehmen scheint, hat die Vorinstanz nirgends festgestellt, dass der Gesuchsteller aufgrund seiner körperlichen oder geistigen Verfassung keiner Erwerbsarbeit nachgehen könne. Hingegen hat die Vorinstanz auf die erfolglosen Arbeitssuchbemühungen des Gesuchstellers (vgl. Vi Urk. 106/7) hingewiesen und es als erstellt erachtet, dass der zurzeit nicht erwerbstätige Gesuchsteller die Anwalts- und Gerichtskosten des Scheidungsverfahrens nicht aus seinem laufenden Einkommen bezahlen könne (Urk. 3 S. 9). Die Gesuchstellerin stellt nicht in Abrede, dass der Gesuchsteller gegenwärtig erwerbslos ist. Sie wirft dem Gesuchsteller auch nicht in hinreichend substantiierter Weise vor, sich nur ungenügend um eine Arbeitsstelle bemüht zu haben. Zudem zeigt die Gesuchstellerin nicht auf, in welchen Berufs- oder Tätigkeitsbereichen der Gesuchsteller ein zur Aufbringung des notwendigen Lebensunterhalts und der durch den Scheidungsprozess anfallenden Rechtspflegekosten ausreichendes Einkommen erwirtschaften können sollte. Bei der Bestimmung der Beistandsbedürftigkeit sind im Übrigen die Grundsätze über die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege analog anwendbar. Ein hypothetisches Einkommen ist demnach nur bei rechtsmissbräuchlicher Verminderung der Leistungsfähigkeit anzu-

- 10 - rechnen. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor, ist doch weder behauptet worden noch ersichtlich, dass der Gesuchsteller gerade im Hinblick auf das Scheidungsverfahren auf ein früheres Einkommen verzichtet oder eine andere Stelle nicht angetreten hätte. Durch die vom Gesuchsteller vorgelegten Unterlagen ist schliesslich belegt, dass er bis zum 30. Juni 2010 von der Sozialbehörde der Gemeinde F._____ unterstützt wurde und seither Taggelder der Arbeitslosenversicherung in der Höhe von rund Fr. 2'275.- pro Monat ausbezahlt erhält (Urk. 13/1 und Urk. 13/3). In Anbetracht des langjährigen und aufwändigen Scheidungsverfahrens kann nicht zweifelhaft sein, dass es die verfügbaren Einkünfte dem Gesuchsteller nicht erlauben, neben der Deckung des persönlichen

Existenzbedarfs die entstehenden Gerichts- oder Anwaltskosten zu bezahlen.

E. 3.4

Abgesehen von seinem Grundeigentum verfügt der Gesuchsteller nicht ersichtlich über weiteres Vermögen. Zur Finanzierung des Scheidungsverfahrens kann der Gesuchsteller demnach ausschliesslich auf seinen Miteigentumsanteil am Grundstück "D. _____" zurückgreifen. Unbestritten ist, dass die kreditgebende Bank E. _____ auf einem gemeinsamen Antrag der Parteien auf eine zusätzliche Belehnung dieses Vermögenswerts besteht (vgl. Vi Urk. 94/2; Urk. 8/2). Wie im Lauf des Rekursverfahrens bekannt wurde, wurde der Miteigentumsanteil des Gesuchstellers im Rahmen eines gegen ihn eingeleiteten Betreibungsverfahrens gepfändet. Seitens der Gläubigerschaft wurde bereits das Verwertungsbegehren gestellt (Urk. 7 S. 3; Urk. 8/1; Urk. 16/1). Gemäss Art. 96 Abs. 1 SchKG darf der Schuldner bei Straffolge ohne Bewilligung des Betreibungsbeamten nicht über die gepfändeten Vermögensstücke verfügen. Diese Bestimmung lässt alle Verfügungen des Schuldners vom Betreibungsbeamten bewilligen. Das Gesetz ist demnach nicht nur auf die Veräusserung des gepfändeten Gegenstandes, sondern auch auf die Begründung oder Änderung beschränkter dinglicher Rechte am gepfändeten Grundstück anwendbar (vgl. BSK SchKG I-Foëx, N 11 zu Art. 96 SchKG). Aufgrund des Pfändungsbeschlags ist es dem Gesuchsteller damit zur Zeit verwehrt, die bestehende Hypothek bei der Bank E. _____ ohne Zustimmung des Betreibungsbeamten erhöhen zu lassen. Die Frage nach der tatsächlichen Durchführbarkeit einer Hypothekarerhöhung angesichts des Pfändungsbeschlags wird sich indessen erst stellen, wenn diese nicht schon am Fehlen eines gemeinsamen Erhöhungsantrages der Eheleute scheitert. Keine der Parteien hat behauptet, dass eine Bewilligung seitens des Betreibungsamtes schon verweigert worden wäre oder dass das Betreibungsamt auf ein entsprechendes Ersuchen hin sein Einverständnis mit der Hypothekaraufstockung nicht erklären würde. Von letzterem ist aufgrund der in Betreuung gesetzten Forderungssumme (Fr. 737.10 nebst Kosten [Urk. 8/1] beziehungsweise Fr. 1'750.– zuzüglich Fr. 416.15 bisherige Kosten [Urk. 16/1]) selbst bei Annahme eines minimalen Nettowertes des hälftigen Miteigentumsanteils des Gesuchstellers von Fr. 100'000.– (vgl. Urk. 23/6 S. 12) denn auch nicht auszugehen. Auch unter der veränderten Ausgangslage ist deshalb zunächst über die vom Gesuchsteller verlangte Mitwirkung der Gesuchstellerin zu befinden.

E. 4

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Scheidungsklägerin, Gesuchstellerin, Massnahmebeklagten und Rekursgegnerin für das Rekursverfahren." Auf ihr jeweiliges Ersuchen hin wurde beiden Parteien die Frist zur Einreichung einer ergänzenden Rekursbegründung erstreckt (Urk. 2 S. 2; Urk. 5;

- 4 - Urk. 23/2 S. 3; Urk. 23/4). Die ergänzten Rekursbegründungen gingen in der Folge rechtzeitig ein (Urk. 7 und Urk. 23/6). Am 31. August 2010 erstattete der Gesuchsteller die Rekursantwort hinsichtlich des Erstrekurses (Urk. 11). Die Gesuchstellerin beantwortete den Zweitrekurs mit Eingabe vom 5. Oktober 2010 (Urk. 23/12). Die Rekursantworten wurden der Gegenpartei je mit Verfügung vom

E. 4.1

Handelt es sich bei der Aufnahme einer weiteren Hypothek auf seinem Miteigentumsanteil - unter Vorbehalt der Bewilligung durch das Betreibungsamt - derzeit um die einzige

Möglichkeit des Gesuchstellers zur Beschaffung der für die Tilgung der Gerichts- und Anwaltskosten benötigten Mittel, liegt sein Interesse an der Vornahme der Hypothekarerhöhung unter Mitwirkung der Gesuchstellerin auf der Hand. Entgegen dem von der Gesuchstellerin erweckten Eindruck (Urk. 7 S. 2 f. und S. 4) ist nicht ersichtlich, weshalb dem Gesuchsteller dadurch in finanzieller Hinsicht nicht geholfen wäre beziehungsweise ihm eine Erhöhung der Hypothek keine spürbaren Vorteile bringen würde. Die Gesuchstellerin räumt selber ein, dass die durch die zusätzliche Hypothek erhöhtlich zu machende Geldsumme zur Deckung auch der im Scheidungsprozess noch anfallenden Kosten heranzuziehen sein wird (Urk. 7 S. 2/3). Ob sich mit diesem Betrag - was die Gesuchstellerin anzuzweifeln scheint (vgl. Urk. 7 S. 3) - der gesamte weitere Rechtsstreit finanzieren lassen wird, hängt massgeblich von dessen Dauer ab und lässt sich im heutigen Zeitpunkt naturgemäss nicht mit Bestimmtheit voraussagen. Diese Ungewissheit muss jedoch insofern unbeachtlich bleiben, als dass dem Gesuchsteller durch eine weitere Darlehensaufnahme die Fortführung des Prozesses unter anwaltlichem Beistand überhaupt erst ermöglicht würde. Zu kurz greift es in diesem Zusammenhang, wenn die Gesuchstellerin vorbringen lässt, die Erhöhung der Hypothek hätte einzig für den gegnerischen Rechtsvertreter positive Auswirkungen und dessen Interesse dürfte nicht über dasjenige ihrer selbst gestellt werden (Urk. 7 S. 4). Dass für den Gesuchsteller bis zum Abschluss des Verfahrens mit Ausnahme des mit der vorinstanzlichen Verfügung eingeforderten und allen-

- 12 - falls weiteren Barvorschüssen in erster Linie Auslagen für die anwaltliche Vertretung anfallen werden, ändert nichts daran, dass die Bevorschussung oder Bezahlung von anwaltlichen Aufwendungen zwangsläufige Folge einer eben auch die gehörige Rechtsvertretung umfassenden sachdienlichen Prozessführung ist, bei deren Finanzierung der eine Ehegatte dem anderen unter gewissen Voraussetzungen beizustehen hat.

E. 4.2

Die Beistandspflicht findet ihre Grenze einerseits an der Leistungsfähigkeit des Pflichtigen und andererseits an der Zumutbarkeit der Leistung (vgl. Hausheer/Reusser/Geiser, a.a.O., N 27 zu Art. 159 ZGB). Zur Zumutbarkeit der Mitwirkung der Gesuchstellerin hat sich die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung nicht ersichtlich geäussert. Unter Berufung auf die ihrer Ansicht nach nicht ergänzungsbedürftigen Ausführungen der Kammer im Beschluss vom 16. Februar 2010 hielt die Vorinstanz dafür, die Gesuchstellerin sei im Rahmen ihrer ehelichen Beistandspflicht verpflichtet, an der Erhöhung der Hypothek mitzuwirken (Urk. 3 S. 10). Im Rekursverfahren nennt die Gesuchstellerin eine Anzahl von Gründen, weshalb ihr die Mitwirkungshandlung nicht zugemutet werden könne (Urk. 2 S. 3 ff.; Urk. 7 S. 3 f.). Als Erstes wird geltend gemacht, ihre Zustimmung zur Hypothekarerhöhung würde für sie zu erheblichen finanziellen Mehrbelastungen führen, was unzumutbar sei. Im Einzelnen bringt die Gesuchstellerin vor, es würde mangels Möglichkeit der Verrechnung mit Forderungen aus Güterrecht nie zu einer Rückzahlung der Schuld kommen, wenn heute die Hypothek erhöht und die Gesuchstellerin so zur Zahlung der dadurch erhöhten Hypothekarzinsen respektive zur Amortisation der eingegangenen Schuld verpflichtet würde (Urk. 2 S. 3). Es scheint - fährt die Gesuchstellerin fort - bereits jetzt klar zu sein, dass sie die durch die beantragte Erhöhung der Hypothek anfallenden Mehrzinsen alleine tragen soll. Eine solche Mehrbelastung könne ihr aber nicht zusätzlich zugemutet werden, insbesondere wenn berücksichtigt werde, dass sie ohnehin das Risiko der Zahlungsunfähigkeit des Gesuchstellers in vollem Mass

trage (Urk. 7 S. 3). Der Gesuchsteller seinerseits verweist wie die Vorinstanz auf den Beschluss der Kammer vom 16. Februar 2010 zu seinem Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und unterstellt der Gesuchstellerin, diesen umgehen und sich aus der ehelichen Beistandspflicht "verabschieden" zu wollen (Urk. 11 S. 13 ff.).

- 13 -

E. 4.3

Soweit die Gesuchstellerin gegen ihre Mitwirkung bei der Hypothekarerhöhung Mehraufwendungen durch die Erbringung von Zins- und Amortisationszahlungen ins Feld führt, kann darin kein Unzumutbarkeitsgrund gesehen werden. Unabhängig von der von der Gesuchstellerin einlässlich diskutierten Thematik der güterrechtlichen Einordnung des Miteigentumsanteils des Gesuchstellers ist der vorliegende Entscheid in rechtlicher Hinsicht auf der Grundlage zu fällen, dass das fragliche Liegenschaftseigentum dem Vermögen des Gesuchstellers zuzuordnen ist. Der Gesuchsteller hat als Miteigentümer für seinen Anteil die Rechte und Pflichten eines Eigentümers, und es kann dieser Anteil von ihm insbesondere veräussert und verpfändet werden (Art. 646 Abs. 3 ZGB). Bei der streitbetroffenen Belehnung zu Prozessfinanzierungszwecken geht es mithin auch um die Mittelbeschaffung aus eigenem Vermögen des Gesuchstellers und um Ausschöpfung von dessen Kreditfähigkeit. Wohl ist richtig, dass die Gesuchstellerin bei einem gemeinsamen Antrag auf Erhöhung der Hypothek sowohl hinsichtlich der Rückzahlung des Erhöhungsbetrages als auch hinsichtlich des entsprechenden Zinsendienstes neben dem Gesuchsteller zur Solidarschuldnerin würde (vgl. Ziffer 10 des von den Parteien im Oktober 2008 unterzeichneten und den Vertrag vom 27. Juni 2006 ersetzenden Hypotheken-Vertrages [Vi Urk. 14/14]). Ob die Gesuchstellerin aus den einzugehenden vertraglichen Verpflichtungen dereinst in Anspruch genommen werden wird, steht im heutigen Zeitpunkt nicht fest. Da es sich damit um bloss potenzielle Nachteile handelt, können sie vor dem Hintergrund des gegenwärtig vorhandenen Vorranges der Beistandsleistung für den Gesuchsteller die Interessenabwägung nicht zugunsten der Gesuchstellerin beeinflussen. Durch die Mitwirkung bei der Hypothekarerhöhung ist die Gesuchstellerin in rechtlicher Hinsicht überdies auch nicht schlechter gestellt, als wenn sie dem Gesuchsteller im Sinne des von ihm eventualiter deponierten Prozesskostenvorschussbegehrens unmittelbar aus ihrem Vermögen einen Geldbeitrag zur Aufbringung der Prozessauslagen zur Verfügung stellen müsste. Wenn sich die Gesuchstellerin schliesslich über die Gefahr der Haftung der ehelichen Liegenschaft für sämtliche vom Gesuchsteller nicht beglichenen Forderungen sowie des drohenden Verlustes der von ihr und den gemeinsamen Kindern bewohnten Liegenschaft beklagt (Urk. 7 S. 3), wären solche negativen Konsequenzen von vornherein nicht die Folge einer allfälligen Inanspruchnahme aus ehelicher Beistands-

- 14 - pflicht, sondern der sachenrechtlichen Miteigentümerstellung des Gesuchstellers an der ehelichen Liegenschaft sowie der Zugehörigkeit des Miteigentumsanteils zum Vermögens- und Haftungssubstrat des Gesuchstellers.

E. 4.4

Im Kern ihrer Vorbringen befreusst sich die Gesuchstellerin alsdann aufzuzeigen, dass jedwelche geldwerten Leistungen an den Gesuchsteller zum Zwecke der Verfahrensfinanzierung ausgeschlossen sein müssten, weil der Gesuchsteller diese nicht werde zurückzahlen können. Diese Sichtweise unterscheidet jedoch nicht zwischen der

Pflicht zur Vornahme der erforderlichen Mitwirkungshandlungen und der Pflicht zur Rückerstattung von allfälligen nach der Hypothekarerhöhung zu erbringenden Geldleistungen. Selbst wenn die Gesuchstellerin inskünftig für Verbindlichkeiten aus der zusätzlichen Darlehensaufnahme belangt werden sollte, müsste deswegen nicht auf die Unzumutbarkeit der Mitwirkungshandlungen geschlossen werden. Von ihrem Wesen her können Leistungen aus der ehelichen Beistandspflicht nicht davon abhängig gemacht werden, ob diese von sie beanspruchenden Ehegatten später vollständig oder zumindest teilweise ausgeglichen werden können. Eine generelle Pflicht zur Rückerstattung von ehelichen Beistandsleistungen sieht das Gesetz denn auch nicht vor. Der Aspekt der Rückerhältlichkeit kann demnach bei der Beurteilung der Zumutbarkeit von Beistandsleistungen keine Rolle spielen. Abgesehen davon behandelt die Gesuchstellerin es wiederum als gegebene Tatsache, dass der Gesuchsteller keinerlei güterrechtliche Forderungen gegen sie wird geltend machen können. Im Scheidungsurteil des Bezirksgerichts Meilen vom 15. Dezember 2010 wurde dieser Standpunkt zwar geschützt, die Vorinstanz wird sich mit der Angelegenheit aber - wie gesehen - noch einmal befassen müssen. Ob das neue Urteil in Bezug auf das Güterrecht gleich lauten wird oder ob dem Gesuchsteller in dieser Hinsicht nunmehr einzelne Ansprüche zuerkannt werden, welche der Gesuchstellerin für allfällige Rückerstattungsforderungen die Verrechnungsmöglichkeit eröffnen würden, muss damit einstweilen dahingestellt bleiben.

E. 4.5

Nach dem Dafürhalten der Gesuchstellerin kann es im Weiteren nicht angehen, dass sie vorab alle bestehenden Bankschulden des Gesuchstellers begleiten müsse (vgl. Urk. 23/12 S. 3). Für derartige Schulden hafte sie nicht, auch nicht gestützt auf die eheliche Beistandspflicht (Urk. 7 S. 4). Zu diesen Vorbringen

- 15 - veranlasste eine im Rekursverfahren vom Gesuchsteller vorgelegte Mitteilung der Bank E._____ vom 24. März 2010, wonach gleichzeitig mit der Aufstockung der Hypothek die Sicherstellung von Schulden erfolgen müsse (Vi Urk. 94/3; vgl. auch Urk. 23/8/7). Durch dieses Schreiben macht der Gesuchsteller hinreichend glaubhaft, dass er die für den Prozess erforderlichen Mittel aus seinem Miteigentumsanteil nur realisieren können, wenn zuvor die bereits bestehenden Forderungen der Bank E._____ erfüllt beziehungsweise durch Grundpfand gesichert werden. Daher sind die erstmals im Rekursverfahren erhobenen Behauptungen novenrechtlich zulässig (vgl. § 115 Ziffer 2 ZPO/ZH). Gestützt darauf kritisiert der Gesuchsteller hinsichtlich des Betrages der aufzunehmenden Hypothek, die Vorinstanz habe die von der Bank formulierten Voraussetzungen für die Gewährung eines weiteren Darlehens ausser Acht gelassen. Was nun zunächst die Einwendung der Gesuchstellerin anbelangt, trifft nicht zu, dass von ihr die Begleichung früherer Schulden des Gesuchstellers bei der Bank erwartet würde. Die Tilgung oder Sicherstellung dieser Forderungen würde vielmehr mittels des allenfalls auszurichtenden Darlehensbetrages erfolgen, wie das in den bestehenden Hypothekerverträgen bereits vorgesehen ist (vgl. deren Ziffern 8 und 9 "Teilamortisierte Darlehen" [Vi Urk. 14/4]). Erneut aufgreifen liesse sich an dieser Stelle vorderhand der bereits andernorts behandelte Einwand der Gesuchstellerin, wonach die Hypothekarerhöhung die finanzielle Situation des Gesuchstellers nicht verbessere (vgl. Erwägung III./4.1 hiervor). Müssen die bestehenden Schulden bei der Bank durch die zusätzliche Aufnahme eines Darlehens getilgt werden, präsentiert sich die wirtschaftliche Lage des Gesuchstellers deswegen nicht günstiger, tritt an die Stelle der früheren Schuldverpflichtung doch sogleich

eine andere und im Quantitativen identische Schuld. Andererseits verschlechtern sich die finanziellen Verhältnisse des Gesuchstellers dadurch auch nicht. Auf die von der Bank gestellte Bedingung zur Hypothekarerhöhung kann der Gesuchsteller letztlich ebenso wenig Einfluss nehmen wie das Gericht. Ohne vorgängige Sicherstellung der früheren Ausstände kann der Gesuchsteller ein zusätzliches Hypothekendarlehen nicht erwirken. Dies ist alleine ausschlaggebend, würde sich der Gesuchsteller doch ansonsten der einzigen Möglichkeit begeben, um aus eigener Kraft für die Kosten des Scheidungsprozesses aufzukommen. Auf die Natur oder den Entstehungszeitpunkt der offenen Forderungen kommt es dagegen nicht so sehr an. Aufgrund

- 16 - der im Scheidungsprozess schon angefallenen beziehungsweise noch anfallenden Kosten erschiene die Abzahlung beziehungsweise Sicherstellung früherer Schulden auch nicht geradezu als Hauptverwendungszweck der auszuhändigenden Darlehenssumme. An der Bejahung eines erheblichen Interesses des Gesuchstellers an der Hypothekaraufstockung ändert sich dadurch ohnehin nichts. Bereits wurde dargelegt (vgl. Erwägung III./4.3 hiervor), dass diesem Vorteil für den Gesuchsteller keine überwiegenden Nachteile auf Seiten der Gesuchstellerin entgegenstehen. Die vorgängige Sicherstellung gegenwärtiger Schulden macht die von der Gesuchstellerin eingeforderte Mitwirkung bei der Hypothekarerhöhung nicht zur unzumutbaren Beitragsleistung.

E. 4.6

Wie bei jeder Rechtsausübung kann sich auch im Zusammenhang mit der Beistandspflicht die Frage des Rechtsmissbrauchs stellen (vgl. ZK-Bräm/Hasenböhler, N 115 zu Art. 159 ZGB). Die Gesuchstellerin bezeichnet den Antrag des Gesuchstellers denn auch ausdrücklich als rechtsmissbräuchlich. Zur Begründung weist sie wiederholt darauf hin, dass der Gesuchsteller in der Vergangenheit seine Zustimmung grundlos verweigert habe, als es darum gegangen sei, mit der hypothekergebenden Bank einen neuen Hypothekarvertrag zu besseren Konditionen abzuschliessen (Vi Urk. 104 S. 3; Urk. 2 S. 4 f.; Urk. 7 S. 5). Selbst wenn der Gesuchsteller sich damals so verhalten hätte, wie es ihm die Gesuchstellerin nun vorwirft, mag die dadurch manifestierte Weigerungshaltung allenfalls bei einem objektiven Drittbetrachter zwar auf Unverständnis stossen, kann jedoch bezüglich des hier umstrittenen Rechtsbegehrens nicht zur Annahme der Rechtsmissbräuchlichkeit führen. Die Gesuchstellerin hat zu beachten, dass der Gesetzgeber den Rechtsschutz nicht bei jedem, sondern nur beim offenbaren Rechtsmissbrauch verweigert (vgl. BSK ZGB I-Honsell, N 27 zu Art. 2 ZGB). Soweit die Gesuchstellerin schliesslich der Meinung ist, der allenfalls auf der ehelichen Beistandspflicht beruhende Anspruch des Gesuchstellers auf Mitwirkung liesse sich durch Verrechnung mit aufgelaufenen Unterhaltsschulden oder mit angeblichen auf der früheren Ablehnung des Abschlusses eines günstigeren Hypothekarvertrages durch den Gesuchsteller beruhenden Schadenersatzforderungen tilgen (vgl. Urk. 2 S. 4; vgl. auch Vi Urk. 104 S. 4), lässt sie unberücksichtigt, dass die besondere Natur der gestützt auf die Beistandspflicht zu erbringenden Leistungen einer Verrechnung entgegensteht (vgl. Art. 125 Ziffer 2 OR).

- 17 - 5.1 Nach dem Gesagten vermag die Gesuchstellerin kein zwingendes Argument gegen die Zumutbarkeit der streitgegenständlichen Mitwirkung anzuführen. Wie von der Vorinstanz deshalb mit Recht erkannt wurde, hat die Gesuchstellerin den Gesuchsteller bei dessen Bemühungen zur Liquidierung des in seinem Miteigentumsanteil verkörperten Vermögenswertes zu unterstützen. Die im Erstrekurs der Gesuchstellerin dagegen erhobenen Rügen erweisen sich als unbegründet. In einem nächsten Schritt gilt es

nunmehr den ebenfalls umstrittenen betragsmässigen Umfang der Erhöhung der Hypothek festzulegen. Dazu hat die Vorinstanz erwogen, der Gesuchsteller habe mit keinem Wort begründet, weshalb er eine Erhöhung der Hypothek um Fr. 100'000.– verlange. Es könne deshalb ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass die Kosten für das Scheidungsverfahren (Gerichts- und Anwaltskosten) vor Erstinstanz rund Fr. 40'000.– betragen würden (Urk. 3 S. 9/10). Der Gesuchsteller hält im Rekursverfahren den Standpunkt aufrecht, dass die Hypothek um den Betrag von Fr. 100'000.– erhöht werden müsse. Zur Begründung wird zusammengefasst vorgebracht, die im Scheidungsprozess aufgelaufenen Anwaltskosten würden sich auf weit mehr als Fr. 30'000.– belaufen. Zudem sei bei hälftiger Kostenfolge für das Scheidungsverfahren mit Gerichtskosten von mindestens Fr. 30'000.– für jede Partei zu rechnen. Die Bank E._____ gewähre eine Hypothekarerhöhung nur, wenn die bisherigen Schulden und die laufenden Hypothekarzinsen sichergestellt würden, wofür gemäss Auskunft der Bank einschliesslich der Anwalts- und Gerichtskosten von einem Betrag von Fr. 66'000.– auszugehen sei. Weiterer Hypothekarerhöhungsbedarf ergebe sich aus der Rückerstattungsverpflichtung gegenüber der Gemeinde F._____ in der Höhe von Fr. 17'348.95 sowie zusätzlichen geschätzten Anwalts- und Gerichtskosten (Urk. 23/6 S. 8 ff.). Die Gesuchstellerin erhebt gegen die Zusammenstellung des Gesuchstellers verschiedene Einwände und macht insbesondere geltend, dass bei der Bestimmung des Erhöhungsbetrages die Rückerstattungsverpflichtung gegenüber der Gemeinde sowie zusätzliche Gerichts- und Anwaltskosten von Fr. 30'000.– nicht berücksichtigt werden dürften (Urk. 23/12 S. 3 f.). 5.2 Neben der Höhe der durch eine Hypothekaraufstockung abzudeckenden zukünftigen Prozesskosten bestreitet die Gesuchstellerin auch, dass die Geltendmachung von Aufwendungen für die Rechtsvertretung des Gesuchstellers bis ins Jahr 2007 zurück statthaft sei. Solche Aufwendungen könnten erst ab dem Zeit-

- 18 - punkt der Stellung des Begehrens geltend gemacht werden (Urk. 2 S. 5; Urk. 12 S. 3). Der Scheidungsprozess zwischen den Parteien ist seit September 2008 beim Bezirksgericht Meilen hängig. Mit Eingabe vom 30. Oktober 2008 liess der Gesuchsteller die unentgeltliche Rechtspflege beantragen (Vi Urk. 13 S. 6). Nachdem dieses Gesuch mit Verfügung des zuständigen Einzelrichters vom 27. Mai 2009 in erster sowie von der Kammer mit Beschluss vom 16. Februar 2010 in zweiter Instanz abgewiesen worden war (vgl. Vi Urk. 30 und Vi Urk. 77), machte der Gesuchsteller das vorliegende Massnahmebegehren am 14. April 2010 (nicht am 30. August 2010, wie von der Gesuchstellerin behauptet [vgl. Urk. 23/12 S. 3]) anhängig (Vi Urk. 93). In Bezug auf die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege wurde die Frage geprüft und bejaht, ob der Gesuchsteller durch die hypothekarische Belastung seines Miteigentumsanteils an der ehelichen Liegenschaft die Kosten des Scheidungsprozesses selber aufbringen könne. Zu dieser Beurteilung gelangte die Kammer in ihrem Rekursentscheid vom 16. Februar 2010 unter der Annahme von Prozesskosten in der Höhe von Fr. 40'000.– (vgl. Vi Urk. 77 S. 8). Da das prozessuale Armenrechtsgesuch kurz nach Anhängigmachung der Scheidungsklage eingereicht wurde, mussten dabei die mutmasslichen Auslagen für das gesamte Verfahren berücksichtigt werden. Die abweichende Meinungsäusserung der Gesuchstellerin scheint auf einer sinn gemässen Anwendung der Grundsätze über das materiell-rechtliche Institut des Prozesskostenvorschusses zu beruhen (vgl. Urk. 2 S. 4: "[indirekter] Prozesskostenvorschuss"). Wiewohl die hier umstrittenen Mitwirkungshandlungen ebenfalls gestützt auf die eheliche Beistandspflicht nach Art. 159 Abs. 3 ZGB erfolgen sollen, ist ein solcher Analogieschluss unzulässig. Für die Abweisung des vom Gesuchsteller ursprünglich

gestellten Armenrechtsgesuchs war die Erkenntnis entscheidend, dass dieser angesichts seines Liegenschaftsvermögens nicht mittellos sei. Der Gesuchsteller war nach dieser Entscheidung gehalten, sämtliche eigenen Möglichkeiten zur Prozessfinanzierung auszuschöpfen. Dass er in der Folge die notwendigen Schritte zur Erhöhung der Hypothek eingeleitet und aufgrund der Weigerungshaltung der Gesuchstellerin gegen sie auf Erteilung der Zustimmung geklagt hat, kann ihm nun nicht zum Nachteil gereichen. Aufgrund der Verweigerung des Rechts zur unentgeltlichen Rechtspflege hat der Gesuchsteller die Kosten des gesamten Scheidungsprozesses selber zu tragen. Für die Bestimmung

- 19 - des Umfangs der Hypothekarerhöhung muss daher auch der gesamte durch das Scheidungsverfahren verursachte Kostenaufwand massgeblich sein. Der Umstand, dass der Gesuchsteller für die Mittelbeschaffung der Mitwirkung der Gesuchstellerin bedarf, führt zu keiner anderen Betrachtungsweise. Die umstrittene Mitwirkung kann schliesslich durchaus auch als eine Art finanzieller Hilfestellung bei der Deckung von Prozesskosten betrachtet werden. Anders als bei einem Prozesskostenvorschuss steht jedoch nicht eine unmittelbare Leistung aus dem Vermögen der Gesuchstellerin zur Diskussion. Vielmehr handelt es sich vorliegend im Grunde genommen um eine Disposition über das eigene Vermögen des Gesuchstellers, zu deren Verwirklichung er auf den Beistand der Gesuchstellerin angewiesen ist. 5.3 Zu den anwaltlichen Bemühungen des Rechtsvertreters des Gesuchstellers wurden zwei Honorarnoten zu den Akten gereicht (Urk. 23/8/5 und Urk. 23/8/6), welche über die vorliegend relevanten Aufwendungen für den Scheidungsprozess jedoch nur unzuverlässig Auskunft geben. Namentlich die am 11. März 2009 erstellte Auflistung der anwaltlichen Bemühungen "vom 25. August 2007 bis und mit heute" enthält zahlreiche Aufwendungen, die das dem Scheidungsprozess vorausgegangene Eheschutzverfahren zwischen den Parteien betrafen (vgl. Urk. 23/8/6). Für die anwaltliche Vertretung in der Zeit ab 12. März 2009 bis

E. 9

Dezember 2010 zugestellt (Urk. 14 und Urk. 23/13). Am 17. Dezember 2010 ging ein vom Gesuchsteller persönlich verfasstes Schreiben bei der Rekursinstanz ein (Urk. 15). Die Gesuchstellerin liess schliesslich das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 15. Dezember 2010 in der Scheidungssache der Parteien einreichen (Urk. 17; Urk. 23/14). Mit Eingabe vom 11. Januar 2012 machte der Gesuchsteller die Wiederverheiratung der Gesuchstellerin sowie den Antritt einer Erbschaft durch die Gesuchstellerin als Noven geltend (Urk. 20; Urk. 23/17). Abgesehen von der vorzumerkenden Namensänderung der Gesuchstellerin sind diese neuen Tatsachen für den Ausgang des vorliegenden Rechtsmittelverfahrens nicht relevant, weshalb auf die Einholung einer Stellungnahme der Gesuchstellerin verzichtet werden kann. 3. Die Vorinstanz hat auf eine Vernehmlassung sowohl zum Erstrekurs der Gesuchstellerin als auch zum Zweitrekurs des Gesuchstellers verzichtet (Urk. 10; Urk. 23/10). II. 1. Am 1. Januar 2011 ist die eidgenössische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 in Kraft getreten (Zivilprozessordnung [ZPO]; SR 272). Die vorliegenden Rekursverfahren wurden vorher eingeleitet, sodass bis zu deren Abschluss das bisherige Verfahrensrecht gilt (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Für das Verfahren vor Obergericht gelangen daher die Bestimmungen der zürcherischen Zivilprozessordnung vom 13. Juni 1976 (ZPO/ZH) und des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 13. Juni 1976 (GVG/ZH) sowie die Verfahrensbestimmungen von Art. 135 bis 149 ZGB (in der bis 31. Dezember 2010 geltenden Fassung) weiterhin zur Anwendung.

- 5 - 2. Die beiden Rekurse betreffen wechselseitig die gleichen Parteien, richten sich gegen dieselbe vorinstanzliche Verfügung und sind in ihrer Beurteilung von- einander abhängig. Zudem beruhen beide Rekursverfahren auf einem übereinstimmenden Sachverhalt und haben die gleichen Rechtsfragen zum Gegenstand. Es rechtfertigt sich deshalb, die beiden Rekursverfahren zu vereinigen und in einem einzigen Entscheid zu erledigen (vgl. § 58 Abs. 2 ZPO/ZH). Das Rekursverfahren LQ100052 ist daher unter der Prozessnummer des vorliegenden weiterzuführen und als dadurch erledigt abzuschreiben. Die Akten des Rekursverfahrens LQ100052 sind als Urk. 23 zu denjenigen des Rekursverfahrens LQ100051 zu nehmen.

III. 1. Streitgegenstand in den vereinigten Rekursverfahren bildet die Verpflichtung der Gesuchstellerin, im Rahmen der ehelichen Beistandspflicht bei der Erhöhung der auf einer im hälftigen Miteigentum der Parteien stehenden Liegenschaft lastenden Hypothek mitzuwirken. Gemäss Rechtsbegehren des Gesuchstellers soll sich die Mitwirkungshandlung der Gesuchstellerin auf die Erhöhung der Hypothek auf seinem Miteigentumsanteil an der ehelichen Liegenschaft beziehen (vgl. Vi Urk. 93 S. 8). Die Vorinstanz hat die Gesuchstellerin demgegenüber zur Mitwirkung bei der Erhöhung der auf der Liegenschaft der Parteien lastenden Hypothek verpflichtet (Urk. 3 S. 10 Dispositiv-Ziffer 1). Die am gemeinschaftlichen Grundstück bestehenden Miteigentumsanteile werden ebenfalls als Grundstücke behandelt und nehmen als selbständige Vermögenobjekte am Rechtsverkehr teil (Art. 655 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB in Verbindung mit Art. 943 Abs. 1 Ziff. 4 ZGB; vgl. BSK ZGB II-Laim, N 22 zu Art. 655 ZGB). Als Sicherungsmittel für die vom Gesuchsteller beabsichtigte Kreditaufnahme soll sein Miteigentumsanteil eingesetzt werden (vgl. auch die Überschrift "Antrag um Erhöhung der Hypothek auf 50 % Anteil an der Liegenschaft D.____-Strasse ... in C.____" im Schreiben der Bank E.____ vom 24. März 2010 [Vi Urk. 94/2]). Das dadurch zu bestellende Pfandrecht wird auch als "Hypothek" bezeichnet und ist in terminologischer Hinsicht vom damit verbundenen Darlehen zu unterscheiden. Die kreditierende Bank E.____ scheint dagegen den Begriff "Hypothek" sowohl für das Darlehen als

- 6 - auch für das Pfandrecht zu verwenden ("Hypotheken-Vertrag"; "Hypothekardarlehen" [vgl. Vi Urk. 14/14]). In Anbetracht dessen soll die zwischen den Parteien umstrittene Kreditaufnahme jedenfalls im Rahmen des bereits bestehenden Darlehensverhältnisses erfolgen. Unabhängig von der zu bestellenden Sicherheit verlangt die Bank E.____ als Darlehensgeberin für eine zusätzliche Darlehensgewährung jedenfalls die Zustimmung der Gesuchstellerin.

E. 11

November 2009 hat der Rechtsanwalt des Gesuchstellers Fr. 14'520.– in Rechnung gestellt (Urk. 23/6 S. 8; Urk. 23/8/5). Mit Blick auf die von der Vorinstanz für den erstinstanzlichen Scheidungsprozess insgesamt als angemessen erachtete volle Prozessentschädigung (Fr. 12'000.– [Vi Urk. 157 S. 68 f. und S. 70]) erscheint ein solcher Aufwand als deutlich übersetzt. Die Höhe der vom Bezirksgericht Meilen festgesetzten Prozessentschädigung hat der Gesuchsteller im Berufungsverfahren betragsmässig nicht bestritten (vgl. Geschäfts-Nr. LC110003 Urk. 190 S. 30). Über die anwaltlichen Bemühungen ab März 2009 äusserte sich der Gesuchsteller lediglich dahingehend, dass sein Rechtsvertreter seither "sehr viel zusätzliche Arbeit" geleistet habe (Urk. 23/6 S. 9). Den Akten kann dazu entnommen werden, dass ab November 2009 mehrere, abgesehen von der Beweisantretungsschrift vom 14. April 2010 eher wenig umfangreiche Rechtsschriften zu verfassen und Unterlagen zu edieren waren (Vi Urk. 78; Vi Urk. 80; Vi Urk. 89; Vi Urk. 93;

Vi Urk. 93; Vi Urk. 105; Vi Urk. 107; Vi Urk. 119).

- 20 - Am 5. Oktober 2010 wurde schliesslich eine Massnahmeverhandlung sowie eine Beweisverhandlung durchgeführt (Prot. I S. 92 ff. und S. 101 ff.; Vi Urk. 136). Am 6. Dezember 2010 verfasste der Rechtsvertreter des Gesuchstellers die Stellungnahme zum bisherigen Beweisergebnis (Vi Urk. 150). Am 15. Dezember 2010 erging das erstinstanzliche Scheidungsurteil (Vi Urk. 157). Das anschliessende Berufungsverfahren vor Obergericht kann aufwandseitig nicht in Rechnung gestellt werden, weil für dieses Verfahren betreffend die Hypothekarerhöhung im Sinne einer vorsorglichen Massnahme ein eigener Antrag auf Abgabe einer Zustimmungserklärung gegen die Gesuchstellerin hätte gestellt werden müssen. Der Gesuchsteller hat zudem weder im vorliegenden noch in jenem Rechtsmittelverfahren behauptet, dass die Verweigerung der Gesuchstellerin sich auch auf die Erhöhung der Hypothek für die Kosten des Berufungsprozesses beziehe. Nachdem das erstinstanzliche Scheidungsurteil aufgehoben und das Verfahren an das Bezirksgericht Meilen zurückgewiesen wurde (vgl. Geschäfts-Nr. LC110003 Urk. 208), ist dagegen die Höhe der nunmehr für das zu ergänzende Verfahren zu erwartenden Kosten zu bestimmen. Nach der Rückweisung des Scheidungsverfahrens wird in Bezug auf das hauptsächlich umstrittene Güterrecht zu mehreren Sachverhaltselementen ein Beweisverfahren durchgeführt und je nach Ergebnis der gestützt darauf vorzunehmenden güterrechtlichen Auseinandersetzung oder je nach Vorliegen bestimmter tatsächlicher Veränderungen auch der Unterhaltspunkt neu beurteilt werden müssen (vgl. Geschäfts-Nr. LC110003 Urk. 208 S. 40 ff.). Dabei ist hinsichtlich des notwendigen Zeitaufwandes des Rechtsvertreters in Betracht zu ziehen, dass sich die Auseinandersetzung vor allem noch auf einzelne güterrechtliche Aspekte konzentrieren wird, weshalb selbst dann nicht von einem überdurchschnittlichen Zeitaufwand auszugehen ist, wenn im Zuge des weiteren Prozesses die bisher in beachtlichem Umfang produzierten Akten erneut eingehend konsultiert werden müssen. Die sachliche und rechtliche Komplexität der Streitsache ist dagegen unverändert als hoch einzustufen. Das Gleiche gilt wegen des Umfangs der zur Diskussion stehenden güterrechtlichen und unterhaltsrechtlichen Ansprüche für die Verantwortung der Rechtsvertretung. 5.4 Unter Würdigung der aufgezeigten Umstände ist insgesamt von mutmasslichen Kosten für die Rechtsvertretung des Gesuchstellers in der Höhe von rund Fr. 25'000.– auszugehen. Was schliesslich die dereinst zu bezahlenden Gerichts-

- 21 - kosten anbelangt, ist darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz in ihrem ersten Scheidungsurteil vom 15. Dezember 2010 die Gerichtskosten auf Fr. 20'000.– festgesetzt hat (Urk. 14 S. 70 Dispositiv-Ziffer 12). Das Obergericht hat für den Berufungsentscheid eine Gerichtsgebühr von Fr. 12'000.– erhoben (Geschäfts-Nr. LC110003 Urk. 208 S. 52 Dispositiv-Ziffer 3). Diese Kosten werden zwar ebenso im von der Vorinstanz dereinst zu erlassenden Urteil zu verlegen sein wie die von der Vorinstanz für die Ergänzung des Prozesses zu erhebende Gerichtsgebühr. Das Berufungsverfahren vor Obergericht kann kostenmässig aus dem bereits hinsichtlich der entsprechenden Anwaltskosten genannten Grund (vgl. Erwägung III./5.3 hiervor) indessen nicht berücksichtigt werden. Angesichts des durchzuführenden Beweisverfahrens, in welchem neben anderem allenfalls auch eine Liegenschaftenschätzung vorgenommen werden muss, und der möglichen Kostenvorschüsse für dessen Sicherstellung ist für die Fortsetzung des Scheidungsprozesses vor Erstinstanz annäherungsweise mit zusätzlichen Gerichtskosten von wiederum mehreren Tausend Franken zu rechnen. Wird mit dem Gesuchsteller (vgl. Urk. 23/6 S. 10)

einstweilen von einer je hälftigen Kostenaufgabe ausgegangen, sind die für den Scheidungsprozess zu erwartenden Gerichtskosten gesamthaft auf rund Fr. 15'000.– zu veranschlagen. Es ergibt sich damit, dass dem Gesuchsteller durch die Erhöhung der hypothekarischen Belastung um rund Fr. 40'000.– die Wahrnehmung seiner Interessen im Scheidungsverfahren ermöglicht wird. Es bleibt demnach bei der von der Kammer schon im Verfahren um die Erteilung des Rechts zur unentgeltlichen Rechtspflege geäußerten Einschätzung, wonach sich auch ein aufwändiger Scheidungsprozess mit rund Fr. 40'000.– finanzieren lassen sollte (vgl. Vi Urk. 77 S. 8). Entgegen der Auffassung des Gesuchstellers können die "bisherigen Kosten des Obergerichtes" (gemeint sind wohl Kosten aus dem im Jahre 2008 vor Obergericht abgeschlossenen Eheschutzverfahren [vgl. Vi Urk. 22]) im Umfang von Fr. 3'700.– (vgl. Urk. 23/6 S. 10) nicht beachtet werden, da diese weder das vorinstanzliche Scheidungsverfahren noch ein in dessen Verlauf angestregtes Rechtsmittelverfahren betreffen. 5.5 Weil er der Sozialbehörde F._____ die ihm gewährte wirtschaftliche Unterstützung von Fr. 17'348.95 zurückzuerstatten habe, will der Gesuchsteller die Hypothek zusätzlich um diesen Betrag erhöhen dürfen (Urk. 23/6 S. 6 und S. 11). Die Gesuchstellerin bestreitet, dass dieser Betrag bei der Festlegung der erforder-

- 22 - lichen Hypothekarerhöhung berücksichtigt werden kann (Urk. 23/12 S. 4). Durch ein Schreiben der Gemeinde F._____ vom 12. Juli 2010 ist belegt, dass der Gesuchsteller zur Rückzahlung bezogener Sozialhilfe im Gesamtumfang von Fr. 17'348.95 verpflichtet ist (Urk. 23/8/1). Die ohne die Mitwirkung der Gesuchstellerin nicht mögliche Aufstockung der Hypothek soll dem Gesuchsteller die Finanzierung des Scheidungsprozesses erlauben. Diese Zwecksetzung gebietet es jedoch nicht, dass der Gesuchsteller dadurch zudem in die Lage versetzt wird, seine Schulden gegenüber der Sozialbehörde zu tilgen. Die Sozialabteilung der Gemeinde F._____ knüpft die Fälligkeit der Rückerstattung an die Voraussetzung, dass der Gesuchsteller aufgrund des Scheidungsverfahrens in den Genuss von Vermögen gelangt (Urk. 23/8/1 Ziffer 3). Hiervon kann jedenfalls nicht ausgegangen werden, wenn der Gesuchsteller mit der Aufnahme eines Darlehens zwar Geldmittel erhältlich machen kann, diese jedoch für die Finanzierung des Prozesses zu verwenden haben wird. Die Fortführung des Prozesses hängt in keiner Weise davon ab, ob die Schuldverpflichtung gegenüber der Gemeinde F._____ im heutigen Zeitpunkt erfüllt wird. Daher muss die Rückerstattungsverpflichtung gegenüber der Gemeinde F._____ - wie die Gesuchstellerin berechtigterweise eingewendet hat - bei der Bestimmung der erforderlichen Darlehenssumme unbeachtlich bleiben. 5.6 Zusammenfassend ist für die Deckung der Prozesskosten von einem Finanzbedarf des Gesuchstellers von rund Fr. 40'000.– auszugehen. Darüber hinaus hat der Gesuchsteller - wie gesagt (vgl. Erwägung III./4.5 hiervor) - verschiedene Sollbestände bei der Bank E._____ in der Höhe von rund Fr. 24'260.– (= Fr. 21'372.87 + Fr. 1'395.12 + Fr. 1'492.45 [= USD 1'574.55 bei einem Umrechnungskurs von USD 1.– = Fr. 0.947862]) sicherzustellen (Urk. 23/8/7). Es ergibt sich damit, dass der Gesuchsteller zur sachgerechten Führung des Scheidungsprozesses die Hypothek auf seinem hälftigen Miteigentumsanteil an der ehelichen Liegenschaft um rund Fr. 65'000.– zu erhöhen hat. Die Gesamtbelastung der Liegenschaft liegt derzeit bei Fr. 1'050'000.– (Vi Urk. 14/14). Die Befugnis, einen Anteil zu verpfänden, bleibt auch dann bestehen, wenn die im Miteigentum stehende Sache als solche verpfändet worden ist (vgl. BSK ZGB II-Brunner/Wichtermann, N 32 zu Art. 646 ZGB). Das Pfandrecht auf dem Miteigentumsanteil des Gesuchstellers und das Pfandrecht auf der Sache selbst haben dasselbe Verwertungs-

- 23 - substrat. Auch wenn der Verkehrswert der Liegenschaft mit der Gesuchstellerin auf höchstens Fr. 3'000'000.– (Vi Urk. 23 S. 8) geschätzt würde, beläuft sich die heutige hypothekarische Belastung auf weit weniger als die Hälfte des Verkehrswertes. Die grundpfandliche Sicherstellung eines Darlehens im vorgenannten Umfang durch den Miteigentumsanteil des Gesuchstellers kollidiert demnach nicht mit den Vermögensinteressen der Gesuchstellerin und ihrer Rechtsstellung als Miteigentümerin der gemeinschaftlichen Sache und erscheint insofern als tragbar und folglich auch unter sachenrechtlichen Gesichtspunkten als zumutbar. Zu der von der Vorinstanz für die Vornahme der Mitwirkungshandlung angesetzten Frist von zwanzig Tagen schliesslich äusserte sich die Gesuchstellerin im Rekursverfahren weder ausdrücklich noch sinngemäss. Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen ist der Erstrekurs der Gesuchstellerin abzuweisen. Demgegenüber ist der Zweitrekurs des Gesuchstellers teilweise gutzuheissen und Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung des Einzelrichters im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 20. Juli 2010 aufzuheben. Die Gesuchstellerin ist zu verpflichten, innerhalb von zwanzig Tagen ab Zustellung dieses Beschlusses die notwendigen Mitwirkungshandlungen vorzunehmen, damit die auf dem Miteigentumsanteil des Gesuchstellers an der Liegenschaft der Parteien in C._____ lastende Hypothek bei der Bank E._____ um den Betrag von Fr. 65'000.– erhöht werden kann. Die Gesuchstellerin ist insbesondere zu verpflichten, gegenüber den zuständigen Personen die erforderlichen Willensäusserungen abzugeben. Soweit der Gesuchsteller in seinen Rekursanträgen diese Verpflichtungen mit der Androhung der Zwangsvollstreckung beziehungsweise der Überweisung an den Strafrichter im Unterlassungsfall verbunden haben möchte (Urk. 23/2 S. 2 f.), stellt er neue und damit unzulässige Rechtsmittelanträge, auf welche nicht einzutreten ist. Nachdem das Scheidungsverfahren vor Vorinstanz mit Urteil vom 15. Dezember 2010 abgeschlossen wurde und nach der erfolgten Aufhebung dieses Entscheides und der Rückweisung an das Bezirksgericht bislang noch keine Vorschüsse zur Sicherstellung der Kosten des Beweisverfahrens eingefordert wurden, wird die vorinstanzliche Anordnung bezüglich daheriger Überweisungen an die Bezirksgerichtskasse hinfällig.

- 24 - IV. Abschliessend sind die Kosten- und Entschädigungsfolgen für die vereinigten Rekursverfahren zu regeln. Mit vorliegendem Beschluss wird die Gesuchstellerin verpflichtet, bei der Erhöhung der Hypothek um Fr. 65'000.– mitzuwirken. Dies entspricht 65 % des vom Gesuchsteller beantragten Erhöhungsbetrages. Die Gesuchstellerin dagegen unterliegt mit ihrem auf gänzliche Befreiung von Mitwirkungshandlungen bei der beabsichtigten Hypothekarerhöhung lautenden Erstrekurs vollumfänglich. Bei diesem Ausgang sind die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zu 13/20 der Gesuchstellerin und zu 7/20 dem Gesuchsteller aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO/ZH). Als Folge dieser Kostenverlegung hat die Gesuchstellerin dem anwaltlich vertretenen Gesuchsteller eine auf drei Zehntel reduzierte Prozentschädigung von Fr. 1'260.– zuzüglich Fr. 95.75 (7,6 % Mehrwertsteuer), also total Fr. 1'355.75, zu bezahlen (§ 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Es wird beschlossen:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.