

# ZH\_OBERGERICHT LY170057 vom 28. März 2018

ZH Obergericht, 2018-03-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LY170057](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY170057)

FR: ZH\_OBERGERICHT LY170057 du 28 mars 2018

IT: ZH\_OBERGERICHT LY170057 del 28 marzo 2018

## Erwägungen

### E. 1

September 2014, E. 3.1; BGer 5A\_438/2012 vom 27. August 2012, E. 2.2). 2.3 Im Entscheid über die Berufung ist dabei auf die durch die Parteien erhobenen Einwände einzugehen. Indes verpflichtet die Begründungspflicht (Art. 53 ZPO) das Gericht nicht dazu, sich mit jedem einzelnen rechtlichen oder sachverhaltlichen Einwand der Parteien eingehend auseinanderzusetzen. Vielmehr darf sich das Gericht in der Begründung seines Entscheides auf die wesentlichen Überlegungen konzentrieren, von welchen es sich hat leiten lassen, und auf die sich sein Entscheid stützt (vgl. BK ZPO-HURNI, Bern 2012, Art. 53 N 60 f. m.w.H.). Nachfolgend ist daher nur insoweit auf die Parteivorbringen (und auf die eingereichten Unterlagen) einzugehen, als dies für die Rechtsfindung erforderlich ist.

- 7 - 2.4 Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO werden neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (vgl. BGE 138 III 625 ff., E. 2.2; 142 III 413 ff., E. 2.2.2). III. Zur Berufung im Einzelnen

#### E. 1.1

Die Vorinstanz erwog im angefochtenen Entscheid im Wesentlichen, die Berufungsklägerin habe eine wesentliche Veränderung im Sinne eines Abänderungsgrundes nicht glaubhaft gemacht. Zum einen sei ein geltend gemachtes aktuelles Vermögen von Fr. 800'000.– immer noch ein stattlicher Besitz bzw. keine wesentliche Veränderung. Zum anderen sei bereits im Eheschutzverfahren rege prozessiert worden und habe sich bereits dort klar abgezeichnet, dass es sich um ein aufwändiges Scheidungsverfahren handeln werde (vgl. act. 8 S. 4 f. E. II./3). Im Sinne einer Eventualbegründung führte die Vorinstanz zudem an, selbst wenn die Abänderungsgründe vorliegen würden, könne der leistungsfähige Ehegatte nur dann verpflichtet werden, dem anderen Ehegatten auf dessen Begehren hin die finanziellen Mittel zur Führung eines Prozesses vorzuschiessen, wenn letzterer unbemittelt sei. Dies sei vorliegend nicht der Fall. Ohnehin sei der Ersatz von Kosten eines Rechtsstreites nicht der ehelichen Unterhaltspflicht gemäss Art. 163 ZGB zuzuordnen, sondern der ehelichen Beistandspflicht gemäss Art. 159 Abs. 3 ZGB (vgl. act. 8 S. 5 f. E. II./4).

#### E. 1.2

Die Berufungsklägerin hält dem im Wesentlichen entgegen, die Voraussetzungen zur Abänderung des Unterhaltsbeitrages für sie persönlich seien gegeben (vgl. act. 2 S. 4 f. Rz. 8 ff.), denn der Ersatz von Kosten eines Rechtsstreites sei dem ehelichen Unterhalt gemäss Art. 163 ZGB zuzuordnen (vgl. act. 2 S. 8 ff. Rz. 16 ff.) und der Anspruch zudem auch gestützt auf den verfassungsmässigen Anspruch auf Gewährleistung des Grundsatzes der Waffengleichheit begründet (vgl. act. 2 S. 9 f. Rz. 14 und 19).

- 8 - 2.1 Die Annahme, es gehe hier um die Abänderung bzw. Ergänzung der mit Entscheid des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 1. Dezember 2014 – abgeändert mit Urteil des Obergerichtes Zürich vom 18. August 2015 – festgelegten, monatlichen Unterhaltsbeiträge für die Berufungsklägerin persönlich, setzte voraus, dass die angebehrte Erhöhung dieser Unterhaltsbeiträge als Unterhalt angesehen werden kann. 2.2 Die Berufungsklägerin führt in ihrer Berufung im Einzelnen an, dies sei der Fall, und verweist diesbezüglich auf ihre rechtlichen Ausführungen in ihrem Begehren vor Vorinstanz (vgl. act. 2 S. 8 Rz. 17 i.V.m. act. 6/260 Rz. 14-16). Sie hält dafür, darin aufgezeigt zu haben, dass bei Zuordnung der Unterstützungspflicht zu Art. 163 ZGB bei derart ungleichen Verhältnissen wie in ihrem Fall eine Unterstützungspflicht auch dann bestehe, wenn die ansprechende Partei bzw. sie über eigene Mittel verfüge. Wie von Prof. C.\_\_\_\_\_ im Gutachten aufgeführt worden sei, gehe es insbesondere dann um den Unterhalt der Familie, wenn sich ein Rechtsstreit auf die eheliche Gemeinschaft beziehe. Geschuldet sei die Unterstützung mit Unterhaltszahlungen für die Kosten der Vertretung, welche für eine den Verhältnissen angemessene Prozessführung notwendig sei. Nach dem Grundsatz der Gleichberechtigung der Ehegatten könne der leistungspflichtige Ehegatte eine grosszügige Unterstützung der Gegenpartei nicht verweigern, wenn er selbst für seine eigene Rechtswahrung einen mindestens ebenso hohen Aufwand betreibe. Dies sei vorliegend der Fall. Der ansprechende Ehegatte bzw. sie solle den gleichen Rechtsaufwand betreiben können, ohne sich in seiner Lebensführung weitgehend einschränken zu müssen, als der andere Ehegatte bzw. der Berufungsbeklagte (vgl. act. 2 S. 9 f. Rz. 17 ff.). Da die Berufungsklägerin Geldzahlungen als vorsorgliche Massnahme verlangt, ist nachfolgend zu beleuchten, unter welchem Titel solche Ansprüche überhaupt bestehen könnten. 3.1 Gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege subsidiär zur familienrechtlichen Beistands- und Unterhaltspflicht der Ehegatten (vgl. statt vieler BGE 142 III 36 ff., E. 2.3; 138 III 672 ff., E. 4.2.1; 127 I 202 ff., E. 3b je m.w.H.). Aufgrund der ehelichen Bei-

- 9 - standspflicht nach Art. 159 Abs. 3 ZGB und der ehelichen Unterhaltspflicht nach Art. 163 ZGB besteht die Pflicht von Ehegatten zur Leistung von Prozesskostenvorschüssen in Rechtsstreitigkeiten (vgl. BGE 142 III 36 ff., E. 2.3). Die Leistung eines solchen Prozesskostenvorschusses setzt somit – unabhängig von der Frage nach der rechtlichen Grundlage dieser Pflicht – namentlich voraus, dass der ansprechende Ehegatte nicht selbst über die nötigen Mittel verfügt, um das Verfahren zu führen, mithin tatsächlich bedürftig ist (vgl. BGer 5D\_30/2013 vom 15. April 2013, E. 2.3 mit Verweisen auf die Urteile 5A\_447/2012 vom 27. August 2012, E. 1.4 und 5P.346/2005 vom 15. November 2005, E. 4.4). Der Vorschussempfänger wird gegenüber dem seinerzeitigen Erbringer des Vorschusses sodann rückerstattungspflichtig, wenn ihm im betreffenden Entscheid die Kosten ganz oder teilweise auferlegt werden; dies mag bei gegebener Leistungsfähigkeit, z.B. aufgrund güterrechtlicher Zahlungen, die Regel bilden (vgl. BGer 5A\_170/2011 vom 9. Juni 2011, E. 4.3 m.w.H.). Vorab ist klarzustellen, dass die anwaltlich vertretene Berufungsklägerin mit den beantragten, monatlichen Geldzahlungen keinen Prozesskostenvorschuss für das Scheidungsverfahren verlangt (vgl. auch act. 6/233 S. 3 Rz. 6). Zwar macht sie geltend, damit die anfallenden Prozesskosten finanzieren zu wollen. Indem sie sich (zumindest vor Vorinstanz) jedoch auf den Standpunkt stellte, bei der definitiven Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen am Schluss des Verfahrens entfalle eine Abrechnung über diese Geldzahlungen, und weder behauptet, bedürftig im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Prozesskostenvorschuss zu sein,

noch, das Angreifen der Substanz eigenen (Netto-)Vermögens – welches sich gemäss ihren eigenen Angaben zurzeit auf Fr. 800'000.– beläuft – sei ihr nicht zuzumuten, beantragt sie keinen Prozesskostenvorschuss. Daher gehen die Ausführungen der Berufungsklägerin zur rechtlichen Grundlage der Pflicht zur Leistung von Prozesskostenvorschüssen (vgl. act. 2 S. 8 Rz. 16 ff.) zum vornherein an der Sache vorbei. Im Übrigen ist der Berufungsklägerin zwar darin zuzustimmen, dass die rechtliche Grundlage der Pflicht zur Leistung von Prozesskostenvorschüssen – Art. 159 Abs. 3 oder Art. 163 ZGB – umstritten ist. Dies ist jedoch zum einen nicht

- 10 - von Belang für die Voraussetzungen, unter denen ein solcher Prozesskostenvorschuss geschuldet ist (vgl. BGE 138 III 672 ff., E. 4.2.1; BGer 5A\_448/2009 vom 25. Mai 2010 E. 8.1, in: FamPra.ch 2010 S. 664). Zum anderen ist dies auch für die Frage, wie die Prozesskosten am Ende des Scheidungsverfahrens zu verteilen sein werden, nicht relevant: 3.2 Die Pflicht zur Leistung von Prozesskostenvorschüssen in familienrechtlichen Verfahren gründet auf Bundesrecht. Demgegenüber richtet sich die definitive Kostentragung nach den einschlägigen Bestimmungen der Zivilprozessordnung; diese kennt eigene Verteilungsregeln, die in keinem Zusammenhang mit der Bevorschussung durch den Ehegatten stehen (vgl. BGer 5A\_170/2011 vom 9. Juni 2011, E. 4.3 m.w.H). Die Prozesskosten von gerichtlichen Auseinandersetzungen zwischen Ehegatten können nur dann zum Unterhalt zählen und sind von beiden Ehegatten gemeinsam zu tragen (vgl. Art. 163 ZGB), wenn das Verfahren die eheliche Gemeinschaft betrifft. Dies kann bei Prozesskosten des Eheschutzverfahrens und bei Prozesskostenvorschüssen in einem Scheidungsprozess der Fall sein. Bei einer Scheidung geht es jedoch nicht um ein Anliegen der ehelichen Gemeinschaft, sondern um deren Auflösung. Die endgültige Verteilung der Prozesskosten einer Scheidung erfolgt somit nicht nach Art. 163 ZGB, sondern nach Prozessrecht. Das Bundesgericht sah sich auch bereits unter altem Ehe- und Scheidungsrecht veranlasst, die Kosten des Scheidungsprozesses nicht dem Unterhalt zuzuordnen, sondern sie nach Massgabe des Prozessrechtes aufzuerlegen (vgl. HAUSHEER/SPYCHER [Hrsg.], Handbuch des Unterhaltsrechts,

## E. 2

Aufl. 1999, Art. 163 N 15). Das Prozessrecht sieht die Möglichkeit des Gerichtes vor, in familienrechtlichen Verfahren die Kosten nach Ermessen auf die Parteien zu verteilen (vgl. Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO). In der Regel ist es angezeigt, die Gerichtskosten den Ehegatten hälftig aufzuerlegen sowie die Parteikosten wettzuschlagen. Unnötige Prozesskosten können dem Verursacher alleine auferlegt werden (vgl. Art. 108 ZPO). Da die anwaltlich vertretene Berufungsklägerin ihre Anträge ausdrücklich als vorsorgliche Massnahmebegehren bezeichnet, sich auf eine Grundlage im Bun-

- 11 - desrecht stützt und eine Abrechnung am Ende des Verfahrens über die beantragten, monatlichen Geldzahlungen ausschliessen will, sind ihre Anträge auch nicht als Anträge auf Leistung eines Prozesskostenbeitrages im Scheidungsurteil aufzufassen. Insbesondere auch deshalb nicht, weil sich ihr behaupteter Anspruch nicht an den effektiven Prozesskosten im Scheidungsverfahren orientiert, sondern an Rechtskosten, welche – mit Blick auf die in der Vergangenheit durchschnittlich monatlich angefallenen Rechtskosten – gemäss ihrer Einschätzung mutmasslich künftig noch anfallen werden. Nach dem Gesagten werden die Prozesskosten des Scheidungsverfahrens gemäss Prozessrecht am Schluss des Verfahrens zu verlegen sein. Für vorsorgliche Geldzahlungen zwecks Finanzierung von allenfalls noch anfallenden Prozesskosten im Scheidungsverfahren bleibt daher unter dem

Titel Prozesskostenvorschuss und –beitrag kein Raum. 3.3 Überdies können vorsorgliche Geldzahlungen nach der Zivilprozessordnung nur dann als vorsorgliche Massnahme verfügt werden, wenn dies im Gesetz ausdrücklich so vorgesehen ist (vgl. Art. 262 lit. e ZPO). In Scheidungsverfahren ist einzig die vorsorgliche (Geld-)Zahlung in Form von Unterhaltsbeiträgen vorgesehen (vgl. Art. 276 i.V.m. Art. 271 lit. a ZPO). Die Prozesskosten des Scheidungsverfahrens sind, wie bereits dargelegt, nicht dem Unterhalt zuzuordnen. Deshalb handelt es sich nicht um Unterhaltsbeiträge, welche als vorsorgliche (Geld-)Zahlungen angeordnet werden können. Aus demselben Grund erübrigt es sich, auf die Ausführungen der Berufungsklägerin zu den Voraussetzungen der Abänderung der Unterhaltsbeiträge an sie persönlich einzugehen (vgl. act. 2 S. 4 ff. Rz. 8 ff.). Wie sich die Situation in Bezug auf Rechtskosten verhielte, die keine Prozesskosten im Sinne der ZPO darstellen, kann offen gelassen werden. Weder legte die Berufungsklägerin Bestand und Höhe derartiger Kosten dar noch ist ersichtlich, inwiefern solche Kosten vorsorgliche (Geld-)Zahlungen im Scheidungsverfahren darstellen könnten. 3.4 Zu der von der Berufungsklägerin angerufenen Waffengleichheit bleibt folgendes anzufügen: Die Rechtsprechung leitet aus Art. 29 Abs. 1 BV und aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK das Gebot eines fairen Verfahrens ab. Das Gebot der Waffengleichheit ist ein Teilgehalt davon und gilt auch im Zivilprozess. Dies bedeutet

- 12 - namentlich, dass jeder Partei angemessene Gelegenheit geboten werden muss, ihren Fall mit Einschluss der einschlägigen Beweise zu präsentieren, und zwar zu Bedingungen, die keinen wesentlichen Nachteil gegenüber der Gegenpartei darstellen (vgl. BGE 133 I 1 ff., E. 5.3.1 m.w.H.). Hingegen kann daraus keine Pflicht zur Herbeiführung einer vollständigen Waffengleichheit zwischen den Parteien abgeleitet werden (vgl. BGE 135 V 465 ff., E. 4.3.1). Eine vollständige Waffengleichheit würde im Übrigen eine absolute Chancengleichheit der sich im Verfahren gegenüberstehenden Parteien voraussetzen, und dies zu erreichen ist faktisch ein Ding der Unmöglichkeit, zumal die Rechtsverfolgung kostet (vgl. STÄHELIN, Rechtsverfolgungskosten und unentgeltliche Rechtspflege im Lichte der Rechtsgleichheit dargestellt am Beispiel der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürcher Studien zum öffentlichen Recht Band/Nr. 250, S. 188 ff., N 380 f. und 384). Waffengleichheit kann somit nicht die Gleichwertigkeit der materiellen Erfolgchancen bedeuten (vgl. BGE 137 V 210 ff., E. 2.1.2.3). Grundsätzlich wird lediglich verlangt, dass keine wesentliche Benachteiligung einer Partei besteht. Ein justiziabler Anspruch dürfte nur dann bestehen, wenn ein ausserordentlich grosses prozessuales Gefälle zwischen den Parteien bestünde, wodurch sich die unterlegene Partei in einer klar benachteiligten Lage wiederfände. Dies wäre namentlich der Fall, wenn ein Rechtssuchender nicht in der Lage wäre, die Kosten für ein für den Nachweis seines Anspruchs unabdingbares gerichtliches Gutachten vorzuschüssen und dieses daher nicht erstellt bzw. ihm die effektive Vertretung seiner Interessen im Prozess verunmöglicht werden würde (vgl. STÄHELIN, a.a.O., S. 55 ff. N 133 und 141). Die Unterschiede müssten mit anderen Worten so krass sein, dass die unterlegene Partei keine vernünftige Chance mehr hätte, ihre Standpunkte effektiv vorzubringen, mitunter nicht einmal mehr eine "gewisse" Gleichwertigkeit zwischen den Prozessgegnern auszumachen wäre. Dies wäre wiederum dann der Fall, wenn eine Partei aufgrund ihrer wirtschaftlichen Unterlegenheit nicht in der Lage wäre, die Kosten für den Prozess zu bewältigen oder bei komplexen rechtlichen Verhältnissen den notwendigen Beizug eines Rechtskundigen zu finanzieren (vgl. STÄHELIN, a.a.O., S. 188 ff. N 394 f.).

- 13 - Die Berufungsklägerin macht zwar geltend, bei derart ungleichen Verhältnissen wie hier bestehe eine Leistungspflicht seitens des Berufungsbeklagten auch dann, wenn sie über eigene Mittel verfüge, und bei einer weiteren Fortdauer des Scheidungsverfahrens in der bisherigen "Kadenz" der verschiedenen Begehren und Eingaben werde sie ihr Vermögen in fünf Jahren aufgebraucht haben (vgl. act. 2 S. 5 Rz. 8 und S. 8 Rz. 17). Sie legt jedoch nicht dar, inwiefern die Verhältnisse aktuell derart ungleich bzw. die Unterschiede derart krass sein sollen, dass ihr keine vernünftige Chance mehr bliebe, ihre Standpunkte effektiv vorzubringen. Auch sind keinerlei Anzeichen dafür ersichtlich, dass sich die Berufungsklägerin nicht genügend Chancen verschaffen könnte, mit ihren materiellen Standpunkten gehört zu werden; insbesondere nicht, weil sie hierfür namentlich – abgesehen von fachkundiger Unterstützung in rechtlichen Belangen seitens ihres Rechtsvertreters – auch Rechtsgutachten bei Prof. Dr. iur. Dr. h.c. C. \_\_\_\_\_ in Auftrag zu geben und in den Prozess einzubringen vermag. Das Gebot der Waffengleichheit kann somit nicht tangiert sein. Im Übrigen verfügt die Berufungsklägerin gemäss eigenen Angaben über ein Nettovermögen von zurzeit rund Fr. 800'000.–. Inwiefern die prozessuale Chancengleichheit der Berufungsklägerin nicht gewahrt sein soll, weil sie nicht über die nötigen Mittel verfüge, um ihre Rechtswahrung und Durchsetzung weiterhin laufend finanzieren zu können, ohne ihren Unterhaltsanspruch zu schmälern (vgl. act. 2 S. 10 Rz. 19), ist daher nicht ersichtlich.

### **E. 2.1**

Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens ist bereits an dieser Stelle zu befinden. Die Berufungsklägerin unterliegt vollumfänglich und wird für das Berufungsverfahren kostenpflichtig (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Daher sind ihr die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen.

### **E. 2.2**

Sind – wie vorliegend – in einem familienrechtlichen Verfahren lediglich finanzielle Belange Prozessgegenstand, so berechnet sich die mutmassliche Entscheidgebühre nach § 4 Abs. 1 bis 3, § 8 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG; vgl. OGer ZH LY140004, Verfügung vom 25. März 2014). Ausgehend von einer schätzungsweise weiteren Gültigkeit des Eheschutzes von drei Jahren bis März 2021 ergibt sich ein Streitwert von etwa Fr. 473'500.– (ca. 3 Monate à Fr. 7'500.– [= Fr. 22'500.–] plus 41 Monate à Fr. 11'000.– [= Fr. 451'000.–]). Hieraus resultiert eine Grundgebühre von Fr. 20'220.–, wobei die Gerichtsgebühre in Anwendung der obgenannten Bestimmungen auf Fr. 5'000.– festzusetzen ist.

### **E. 2.3**

Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen: der Berufungsklägerin nicht, weil sie unterliegt (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO), und dem Berufungsbeklagten nicht, weil er die Berufung nicht beantworten musste und ihm keine Umtriebe entstanden sind, die es zu entschädigen gälte. Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen. Die Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 21. November 2017 (Geschäfts-Nr. FE140545- L/Z21) wird bestätigt. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühre wird auf Fr. 5'000.– festgesetzt. 3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Berufungsklägerin auferlegt.

#### **E. 4**

Parteientschädigungen werden keine zugesprochen.

#### **E. 5**

Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten unter Beilage der Doppel der Berufungsschrift (act. 2) samt Beilagenverzeichnis und Beilagen (act. 3/1-5), und an das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Zürich, 3. Abteilung, je gegen Empfangsschein sowie an die Obergerichtskasse. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

#### **E. 6**

Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 473'500.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. A. Götschi versandt am:

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