

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY180041-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichterin Dr. S. Janssen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. R. Blesi Keller

Urteil vom 19. Dezember 2018

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1. _____

Rechtsanwalt lic. iur. Y2. _____

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 20. Juli 2018 (FE150235-F)

Rechtsbegehren (Urk. 5/116 S. 23):

Der Kläger sei zu verpflichten, der Beklagten einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 200'000.– zu bezahlen.

Verfügung des Einzelrichters am Bezirksgericht Horgen vom 20. Juli 2018 (Urk. 2):

- "1. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten innert 20 Tagen ab Rechtskraft dieses Entscheids einen Prozesskostenvorschuss in der Höhe von Fr. 80'000.– zu bezahlen.
2. [...]
3. [Mitteilungssatz]
4. [Rechtsmittelbelehrung Dispositivziffer 1; Berufung]
5. [...]."

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 1 S. 2):

- "1. Dispositivziffer 1 des angefochtenen Entscheides sei aufzuheben, und es sei das Gesuch der Berufungsbeklagten um Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch den Berufungskläger vollumfänglich abzuweisen.
Eventualiter sei die Sache zwecks Ergänzung des Sachverhaltes an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 7.7% Mehrwertsteuer) zulasten der Berufungsbeklagten."

der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 10 S. 2):

1. „Es sei die Berufung des Klägers vom 17. August 2018 abzuweisen und der Entscheid des Einzelgerichts vom 20. Juli 2018 des Bezirksgerichtes Horgen zu bestätigen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer von 7.7% zu Lasten des Kläger[s].“

Erwägungen:

I.

1.1. Die Parteien heirateten am tt. März 2003. Sie haben zwei gemeinsame Kinder: C._____, geboren am tt.mm.2004, und D._____, geboren am tt.mm.2005 (Urk. 5/3). Mit Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 11. März 2015 wurde den Parteien das Getrenntleben bewilligt und die unter Mitwirkung des Gerichts geschlossene Vereinbarung über die Trennungsfolgen genehmigt bzw. vorgemerkt (Urk. 5/4/80). Die Parteien einigten sich unter anderem auf Unterhaltszahlungen des Klägers und Berufungsklägers (fortan Kläger) an die Beklagte und Berufungsbeklagte (fortan Beklagte) sowie die gemeinsamen Kinder von Fr. 22'500.– pro Monat. Zudem verpflichtete sich der Kläger, rund Fr. 25'958.– (Fr. 5'640.– Kosten/Transport/Verpflegung Schule; geschätzte Fr. 8'000.– Gemeinde-, Kantons- und Bundessteuern; Fr. 12'318.– Hypothekarzinsen für die Liegenschaft E.____ ... in F.____) direkt an die jeweiligen Gläubiger zu bezahlen (Urk. 5/4/80 S. 3, Dispositivziffer 3./4.a).

1.2. Seit dem 2. Dezember 2015 ist die Scheidung der Parteien bei der Vorinstanz anhängig (Urk. 5/1). Mit der Klageantwort vom 10. Februar 2017 ersuchte die Beklagte um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 100'000.– (Urk. 5/67 S. 17, Antrag 8). In der Duplik vom 16. Oktober 2017 erhöhte sie das Gesuch auf Fr. 200'000.– (Urk. 5/116 S. 23, Antrag 8). Der Kläger beantragte mit Stellungnahme vom 17. April 2018 die vollumfängliche Abweisung des Antrags (Urk. 5/147 S. 2). Mit Verfügung vom 20. Juli 2018 sprach die Vorin-

stanz der Beklagten einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 80'000.– zu (Urk. 2 S. 9, Dispositivziffer 1).

2. Der Kläger hat gegen Dispositivziffer 1 der Verfügung der Vorinstanz rechtzeitig Berufung erhoben (Urk. 1; Urk. 5/166). Er hat die eingangs erwähnten Anträge gestellt. Der Kläger hat einen Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– geleistet (Urk. 7; Urk. 8). Die Klageantwort datiert von 20. September 2018 (Urk. 10). Die Stellungnahme des Klägers vom 22. Oktober 2018 (samt Beilagen) wurde der Beklagten zur Kenntnis gebracht (Urk. 15; Urk. 16/1-2).

3.1. Mit der Berufungsbegründung ist gestützt auf Art. 311 Abs. 1 ZPO aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid fehlerhaft ist. Die Anforderungen an die Berufung gelten sinngemäss auch für die Berufungsantwort (BGer 4A_580/2015 vom 11.4.2016, E. 2.2 m.Hinw.). Die Beanstandungen am angefochtenen Entscheid haben die Parteien innert der Berufungs- bzw. Berufungsantwortfrist vollständig vorzutragen. Die Begründung muss hinreichend genau und eindeutig sein, was voraussetzt, dass im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet werden, die angefochten werden, und die Aktenstücke genannt werden, auf denen die Kritik beruht. Blosser Hinweis auf die Vorakten und pauschale Kritik am ergangenen Entscheid sowie Wiederholungen des bereits Vorgebrachten genügen nicht.

3.2. Die Berufungsinstanz überprüft den angefochtenen Entscheid sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht frei. Sie verfügt über volle Kognition (Art. 310 ZPO) und ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheids gebunden. Sie kann sich aber darauf beschränken, die Beanstandungen zu beurteilen, welche die Parteien in ihren schriftlichen Begründungen gegen das erstinstanzliche Urteil erheben (BGer 5A_635/2015 vom 21.6.2016, E. 5.2 u.Hinw. auf BGer 4A_619/2015 vom 25.5.2016, E. 2.2.4 m.w.Hinw.; BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGE 133 II 249 E. 1.4.1).

4. Das Gesuch um Leistung eines Prozesskostenvorschusses ist eine vorsorgliche Massnahme. Es ist im summarischen Verfahren zu behandeln. Zur An-

wendung gelangt die eingeschränkte ("soziale") Untersuchungsmaxime (Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 271 lit. a ZPO und Art. 272 ZPO). Noven sind im Beru- fungsverfahren nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zu- lässig. Damit sind neue Tatsachen und Beweismittel – resp. über den insoweit zu engen Wortlaut hinaus neue Tatsachenbehauptungen, neue Bestreitungen von Tatsachenbehauptungen, neue Einreden (rechtlicher Art) und neue Beweismittel (ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 31) – nur noch zulässig resp. zu berücksichti- gen, wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Jede Partei, welche neue Tatsachen geltend macht oder neue Beweismittel benennt, hat zunächst zu behaupten und zu beweisen, dass dies ohne Verzug geschieht. Will eine Partei unechte Noven geltend machen, so trägt sie die Beweislast für die Zulässigkeit der Noven. Sie muss zusätzlich Behauptungen aufstellen und Beweise benennen, aus denen sich ergibt, dass sie umsichtig und sorgfältig gehandelt hat, aber dennoch keine frühere Kenntnis von den neu vorgebrachten Tatsachen und Behauptungen oder Beweismitteln hatte. Der anderen Partei steht der Gegenbeweis offen (vgl. zum Ganzen auch *OGer ZH NP170025 vom 25.5.2018, I./E. 3.3*).

5. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 5/1-173). Das Ver- fahren erweist sich als spruchreif. Auf die Ausführungen der Parteien wird nach- folgend nur soweit für die Entscheidungsfindung notwendig eingegangen.

II.

1.1. Strittig ist die Verpflichtung des Klägers zur Entrichtung eines Prozess- kostenvorschusses (sog. "provisio ad litem") an die Beklagte. Anspruch auf einen Prozesskostenvorschuss von seinem Ehegatten hat, wer selbst nicht über ausrei- chend Mittel zur Bezahlung der Kosten des Scheidungsverfahrens verfügt. So- dann darf die Sache nicht als aussichtslos erscheinen und der angesprochene Ehegatte muss zur Leistung des Prozesskostenvorschusses in der Lage sein. Die

Grundlage der Pflicht - Art. 159 Abs. 3 ZGB oder Art. 163 ZGB - ist nach wie vor umstritten. Gemäss Bundesgericht ist hingegen diese Frage nicht von Belang für die Voraussetzungen, unter welchen ein Prozesskostenvorschuss geschuldet ist (vgl. zum Ganzen BGer 5D_30/2013 vom 15.4.2013, E. 2.1, und Denise Weingart, Der Prozesskostenvorschuss für eherechtliche Verfahren, in: Zivilprozess und Vollstreckung national und international - Schnittstellen und Vergleiche, Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz, 2018, S. 677f. und 682f.).

1.2. Die Vorinstanz hat den Antrag der Beklagten im Umfang von Fr. 80'000.– gutgeheissen. Sie stellte vorab fest, dass das Scheidungsverfahren nicht aussichtslos sei (Urk. 2 S. 3). In der Folge bejahte sie sowohl die Bedürftigkeit der Beklagten (Urk. 2 S. 3ff.) als auch die Leistungsfähigkeit des Klägers (Urk. 2 S. 7f.). Gemäss dem Kläger ist die Beklagte nicht bedürftig (Urk. 1 S. 5ff.). Er verneint eine Leistungsfähigkeit seinerseits (Urk. 1 S. 12ff.). Sodann habe die Vorinstanz den Prozesskostenvorschuss ohne nachvollziehbare Begründung und damit willkürlich auf Fr. 80'000.– festgesetzt (Urk. 1 S. 14).

2.1. Zur Bedürftigkeit der Beklagten hielt die Vorinstanz vorab dafür, ihr stehe gestützt auf das Eheschutzurteil vom 11. März 2015 ein Bedarf zu, welcher verschiedene, das Existenzminimum weit übersteigende Positionen umfasse. Die Unterhaltsregelung sei von den Parteien am 3. bzw. 4. März 2015 unterschriftlich vereinbart worden; dies gestützt auf eine einstufig-konkrete Berechnung anlässlich der Verhandlung vom 8. Januar 2015. Grundlage der Regelung bilde der unbestrittene Umstand, dass der unterhaltsberechtigten Ehegatte bei finanziell sehr guten Verhältnissen Anspruch auf Weiterführung der bisherigen Lebenshaltung habe. Ein mit Eingabe vom 24. August 2017 eingereichtes Abänderungsbegehren habe der Kläger am 28. März 2018 wieder zurückgezogen. Der Beklagten - so die Vorinstanz weiter - würde nach Deckung ihres absoluten Existenzminimums offenkundig ein erheblicher Überschuss verbleiben. Dieser Überschuss könnte theoretisch zur Deckung der Prozesskosten des Scheidungsverfahrens verwendet werden. Es sei indes zu berücksichtigen, dass die aktuell vom Kläger geschuldeten hohen Unterhaltsbeiträge sich auf den zuletzt gelebten ehelichen Standard abstützten. Werde die Beklage angehalten, die Prozesskosten ganz oder teilwei-

se aus dem - gegenüber dem für die unentgeltliche Rechtspflege massgeblichen Bedarf in Höhe des Existenzminimums - "Überschuss" zu tilgen, käme dies einer Aushöhlung des Anspruchs auf Weiterführung des zuletzt gelebten ehelichen Standards gleich. In der Berechnung der geltenden Unterhaltsvereinbarung sei kein Betrag zur Deckung der Anwaltskosten vorgesehen worden. Eine Verpflichtung der Beklagten, die Prozesskosten des Scheidungsverfahrens aus den vom Kläger monatlich geschuldeten Unterhaltsbeiträgen zu bezahlen, komme daher nicht in Frage (Urk. 2 S. 3f.).

2.2.1. Der Kläger rügt in diesem Zusammenhang eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör mangels rechtsgenügender Begründung des Entscheids (Urk. 1 S. 5 und 8). Die Vorinstanz habe sich nicht mit dem nach konstanter Lehre und Rechtsprechung - und von ihm aufgenommenen - Grundsatz, wonach für die Beurteilung der prozessualen Bedürftigkeit die gesamte wirtschaftliche Situation der gesuchstellenden Partei zu würdigen und nicht schematisch auf das betriebsrechtliche Existenzminimum abzustellen, sondern den individuellen Umständen Rechnung zu tragen sei (m.Hinw. auf BGE 141 III 369 E. 4.1), auseinandergesetzt. Er habe konkret geltend gemacht und belegt, dass die Beklagte über einen monatlichen Barunterhalt von Fr. 22'500.- verfüge, wovon rund Fr. 9'000.- für die Finanzierung reiner Luxusbedürfnisse bestimmt seien (nämlich Fr. 1'500.- für Kleider und Schuhe, Fr. 5'000.- für Ferien und Fr. 2'480.- für Kosmetik, Coiffeur usw.). Es sei der Beklagten ohne weiteres zuzumuten, diese Luxusausgaben um zwei Drittel auf rund Fr. 3'000.- pro Monat zu reduzieren, um dadurch Fr. 72'000.- pro Jahr "für Anwaltskosten auf die Seite zu legen". Die Vorinstanz habe sich mit dieser Tatsache nicht auseinandergesetzt. Sie gehe mit keinem Wort auf die individuellen Umstände des vorliegenden Falles ein (vgl. Urk. 1 S. 6f.).

2.2.2. Wie bereits erwähnt, erwog die Vorinstanz, der Beklagten verbleibe nach Deckung ihres absoluten Existenzminimums zwar "offenkundig ein erheblicher Überschuss", welchen sie theoretisch zur Deckung der Prozesskosten des Scheidungsverfahrens verwenden könnte. Sie kam in der Folge jedoch zum Schluss, dass die Beklagte nicht auf diese Gelder zurückgreifen müsse, da dies

einer Aushöhlung ihres Anspruchs auf Weiterführung des zuletzt gelebten ehelichen Standards gleichkäme. Damit trug die Vorinstanz den "individuellen Umständen" Rechnung bzw. setzte sich mit diesen auseinander. Daran ändert nichts, dass sie sich nicht konkret auf die vom Kläger angeführte Berechnung bezog. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs mangels rechtsgenügender Begründung ist nicht erkennbar.

2.3.1. Weiter rügt der Kläger eine falsche bzw. willkürliche Rechtsanwendung (Urk. 1 S. 8). Mit einem Barunterhalt von Fr. 16'500.– pro Monat (Fr. 22'500.– – Fr. 6'000.–) verfüge die Beklagte noch immer über mehr als ausreichend Mittel, um ihren "notwendigen Lebensaufwand" zu decken. Für die Beurteilung der Mittellosigkeit sei dieser Massstab massgebend und nicht der gebührende Bedarf (wobei nicht schematisch auf das betriebsrechtliche Existenzminimum abzustellen, sondern auch den individuellen Umständen Rechnung zu tragen sei). Falsch sei die Feststellung der Vorinstanz, dass die Beklagte den ihr nach Deckung ihres absoluten Existenzminimums verbleibenden, erheblichen Überschuss nicht zur Finanzierung der Prozesskosten verwenden müsse. Ohne Belang sei, ob der Barunterhalt für die Beklagte in der Verhandlung vom 8. Januar 2015 "unterschriftlich vereinbart" oder gestützt auf eine einstufig-konkrete Berechnung beziffert worden sei. Sodann spiele es keine Rolle, dass er, der Kläger, sein Abänderungsbegehren wieder zurückgezogen habe. Vielmehr habe die Beklagte den Tatbeweis erbracht, dass sie ohne weiteres in der Lage und willens sei, von ihrem Barunterhalt ihren Barunterhalt von Fr. 22'500.– für Ratenzahlungen an ihre Anwälte mehrere tausend Franken zu verwenden (Urk. 1 S. 6f.).

2.3.2. Die Leistung eines Prozesskostenvorschusses unter Ehegatten setzt voraus, dass der ansprechende Ehegatte nicht selbst über die nötigen Mittel verfügt, um das Verfahren zu führen. Verlangt ist - wie bei der unentgeltlichen Rechtspflege - eine tatsächliche Bedürftigkeit (vgl. BGer 5A_103/2014 vom 4.6.2014, E. 6 m.Hinw.). Entsprechend sind nach der Praxis der Kammer bei der Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses die für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gemäss Art. 117 f. ZPO entwickelten Grundsätze analog anzuwenden (vgl. OGer LY160046 vom 5.12.2017, IV./E. 3.2.3 m.Hinw.; so auch

Weingart, a.a.O., S. 683). Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung gilt eine Person als bedürftig, wenn sie die Kosten eines Prozesses nicht aufzubringen vermag, ohne jene Mittel anzugreifen, die für die Deckung des eigenen notwendigen Lebensunterhalts und desjenigen ihrer Familie erforderlich sind. Für die Beurteilung der prozessualen Bedürftigkeit ist die gesamte wirtschaftliche Situation der gesuchstellenden Partei zu würdigen. Zur wirtschaftlichen Situation gehören einerseits sämtliche finanziellen Verpflichtungen und andererseits die Einkommens- und Vermögensverhältnisse (vgl. Weingart, a.a.O., S. 685). Es ist jedoch nicht schematisch auf das betriebsrechtliche Existenzminimum abzustellen, sondern den individuellen Umständen Rechnung zu tragen (vgl. zum Ganzen BGE 141 III 369 E. 4.1 m.Hinw.). Als individueller Umstand kann berücksichtigt werden, dass zwischen den beiden Ehegatten ein grosses Vermögensgefälle besteht. In soweit braucht sich der ansprechende Ehegatte nicht auf den notwendigen Lebensbedarf in Gestalt des strikten Existenzminimums verweisen zu lassen. Hingegen geht es nicht an, bei wie vorliegend deutlich überdurchschnittlicher Lebenshaltung der Parteien, für die anspruchsbegründende Bedürftigkeit - wie dies die Vorinstanz getan hat (Urk. 2 S. 3f.) - auf den bis anhin gelebten Lebensstandard abzustellen (vgl. zum Ganzen *OGer ZH LQ090096 vom 4.6.2010, II./E. 4.2 und 4.3; Weingart, a.a.O., S. 685*). Es sind keine Gründe ersichtlich, wieso es nicht auch Personen, deren Unterhalt nach der einstufig-konkreten Methode berechnet wurde, zumutbar sein soll, ihren Lebensstandard während einer gewissen Zeit einzuschränken, um für ihre Prozesskosten aufzukommen. Für die Beurteilung der Zumutbarkeit ist derjenige Teil der finanziellen Mittel, welcher das zur Deckung der persönlichen Bedürfnisse Notwendige übersteigt, mit den für den konkreten Fall zu erwartenden Gerichts- und Anwaltskosten zu vergleichen. Dabei sollte es der monatliche Überschuss der gesuchstellenden Partei ermöglichen, die Prozesskosten bei weniger aufwändigen Prozessen innert eines Jahres, bei anderen innert zweier Jahre zu tilgen (vgl. BGE 141 III 369 E. 4.1 m.Hinw.).

2.3.3. An dieser Beurteilung ändert nichts, dass die Parteien die Unterhaltsbeiträge im Eheschutzverfahren basierend auf dem während der Ehe gelebten Lebensstandard vereinbart und keinen "Betrag zur Deckung von Anwaltskosten" einbezogen haben (Urk. 2 S. 4). Die Beklagte hat zu behaupten und glaubhaft zu

machen, dass sie bedürftig ist (BGer 5A_247/2018 vom 7.5.2018, E. 2). In Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Scheidungsprozesses genügt es zwar, die behaupteten Tatsachen glaubhaft zu machen. Art. 8 ZGB kommt daher in seinem eigentlichen Ausmass nicht zum Tragen (vgl. Urk. 10 S. 3f.). Die Grundregel, wonach jene Partei das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen hat, die aus ihr Rechte ableitet, gilt indes mutatis mutandis auch in Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen. Wer einen Anspruch geltend macht, hat die rechtsbegründenden Tatsachen glaubhaft zu machen. Demgegenüber liegt die Last der Glaubhaftmachung für die rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei, welche den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet (vgl. BGer 5A_117/2010 vom 5.3.2010, E. 3.3; ebenfalls BGer 5A_299/2012 vom 21.6.2012, E. 3.1.2, und Urk. 10 S. 4). Die gesuchstellende Partei hat somit ihre Bedürftigkeit zu behaupten. Ferner hat sie ihr Gesuch mit hinreichenden Belegen zu untermauern und so das Nichtvorhandensein genügender finanzieller Mittel als überwiegend wahrscheinlich darzustellen. Die Beklagte trifft eine umfassende Mitwirkungsobliegenheit (vgl. zum Ganzen BGer 5A_247/2018 vom 7.5.2018, E. 2, und Weingart, a.a.O., S. 683, je m.Hinw.). Die Beklagte hat weder vor Vorinstanz (Urk. 5/67 S. 134; Urk. 5/116 S. 146) noch im Berufungsverfahren (Urk. 10) behauptet, die Parteien hätten bei Abschluss der Eheschutzvereinbarung vereinbart, dass sie die erhaltenen Unterhaltsbeiträge nicht zur Finanzierung der Prozesskosten des Scheidungsverfahrens heranziehen müsste. Damit wandte die Vorinstanz das Recht falsch an, indem sie eine Verpflichtung der Beklagten zur Bezahlung der Gerichts- und Anwaltskosten aus den vom Kläger geschuldeten Unterhaltsbeiträgen verneinte (Urk. 2 S. 4). Die Rüge des Klägers ist begründet.

2.3.4. Die Glaubhaftmachungslast für den gegenwärtigen Bedarf trifft nach der allgemeinen Beweislastregel ebenfalls die Beklagte. Es hätte ihr obliegen, glaubhaft zu machen, dass sie die Kosten des Scheidungsprozesses nicht mit den Unterhaltsbeiträgen zu decken vermag. Mit Blick darauf hätte für die anwaltlich vertretene Beklagte von Beginn des Verfahrens an begründeter Anlass dazu bestanden, im Rahmen ihrer umfassenden Mitwirkungspflicht ihre notwendigen Lebenskosten zu behaupten, zu substantiieren und zu belegen. Dabei ist zu be-

achten, dass auch bei bereits umfangreichen Ausführungen der Parteien zum Unterhalts- bzw. Güterrecht auf eine Begründung des verlangten Prozesskostenvorschusses nicht verzichtet werden darf, da in diesen Bereichen (insbesondere was die Bedarfsberechnung betrifft) nicht von denselben Grundsätzen auszugehen ist (vgl. zum Ganzen Urteile *OGer ZH PC170014 vom 15.9.2017, III./E. 4.2 m.Hinw.; LQ090096 vom 4.6.2010, II./E. 5.1*).

Die Beklagte hat im Rahmen ihrer Ausführungen zum Prozesskostenbeitrag keine Behauptungen zu den notwendigen Lebenskosten aufgestellt (Urk. 5/67 S. 134; Urk. 5/116 S. 146). Zu den Ausführungen des Klägers in der Stellungnahme vom 17. April 2018, dass im Barunterhalt von Fr. 22'500.– pro Monat rund Fr. 9'000.– für Luxusbedürfnisse enthalten seien, weshalb die Beklagte über einen monatlichen bzw. jährlichen Überschuss von Fr. 6'000.– bzw. Fr. 72'000.– verfüge, welchen sie für die anfallenden Anwaltskosten "auf die Seite" legen könne (Urk. 5/147 S. 4), äusserte sich die Beklagte nicht mehr (Urk. 5/148; Urk. 5/149/2). Allfällige Ausführungen hierzu in der Berufung sind verspätet (vgl. Urk. 10 S. 5f.; vgl. vorne I./E. 4). Damit hat die Beklagte ihre Mitwirkungsobliegenheiten verletzt. Ihre Bedürftigkeit darf ohne weiteres verneint werden (BGer 5A_247/2018 vom 7.5.2018, E. 2).

3.1. Kommt hinzu, dass die Vorinstanz betreffend die vom Kläger geltend gemachten Vermögenswerte der Beklagten bestehend aus Schmuck und Couture-Kleidern von mindestens Fr. 940'069.– festhielt, die Beklagte habe im Rahmen der Klageantwort zwar Ausführungen dazu gemacht, welche Auslagen der Kläger in den Jahren des Zusammenlebens angeblich für Handtaschen, Schmuck und Kleider zu ihren Gunsten getätigt habe. Hierauf sei die Beklagte grundsätzlich zu behaften. Die Ausführungen seien erfolgt, um – wie bereits im Eheschutzverfahren – die während des Zusammenlebens der Eheleute angeblich gepflegte Lebenshaltung zu behaupten. Die im Eheschutzverfahren geltend gemachten Ausgaben für Kleider und Schuhe von monatlich Fr. 5'000.– seien jedoch in der Berechnung für die von den Parteien abgeschlossene Eheschutzvereinbarung lediglich mit Fr. 1'500.– berücksichtigt worden. Sodann könne der Kläger aus den Behauptungen der Beklagten in keiner Weise ableiten und nachweisen, dass diese

noch im Besitz der vor mehr als fünf Jahren gekauften Gegenstände sei und sie – falls noch im Besitz der Beklagten – auch nur teilweise innert nützlicher Frist zu den von ihm behaupteten Preisen verkauft werden könnten. Der Umstand, dass die Beklagte zwar sicher über diverse Gegenstände mit erheblichem Wert verfüge, führe nicht dazu, ihren Anspruch auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses zum vornherein zu verneinen (Urk. 2 S. 6).

3.2. Der Kläger rügt, er habe in seiner Stellungnahme zum Gesuch der Beklagten ausgeführt, dass diese anhand von Listen selber im Detail vorgebracht und (teilweise) belegt habe, dass und inwiefern sie über jederzeit liquidierbare Vermögenswerte in Form von Uhren und Schmuck im Wert von Fr. 654'574.–, Handtaschen im Wert von rund Fr. 191'000.– und über Couture-Kleider zu Anschaffungswerten von Fr. 301'000.– bzw. Fr. 570'000.– verfüge. Die Vorinstanz verletze die Beweislastverteilung, wenn sie davon ausgehe, er habe nachzuweisen, dass die Beklagte noch heute über diese Vermögenswerte verfüge und dass sie diese innert nützlicher Frist zu den von ihm behaupteten Preisen veräussern könne. Vielmehr wäre es Sache der Beklagten gewesen, zu behaupten und zu belegen, dass sie im Zeitpunkt der Gesuchstellung nicht mehr Eigentümerin oder Besitzerin der Vermögenswerte (oder wenigstens des grössten Teils davon) gewesen sei. Sie hätte darlegen müssen, dass sie die Vermögenswerte inzwischen veräussert habe und was mit dem allfälligen Verkaufserlös geschehen sei. Ferner setze sich die Vorinstanz über die Notorietät hinweg, dass wertvoller Schmuck und Handtaschen von exklusiven Marken werthaltig seien. Die Vorinstanz habe den Sachverhalt falsch festgestellt und das Recht unrichtig angewendet (Urk. 1 S. 9f.).

3.3. Wie dargelegt (vgl. vorne II./E. 2.3.3), obliegt es der Beklagten, im Rahmen ihres Gesuchs um einen Prozesskostenvorschuss ihre Bedürftigkeit und damit ihre Vermögenslosigkeit zu behaupten und zu belegen. Sie hat das Nichtvorhandensein von Vermögen als überwiegend wahrscheinlich darzustellen. Im Zusammenhang mit der Darlegung ihres gebührenden Bedarfs bzw. des gelebten Lebensstandards führte die Beklagte unter dem Titel "Schmuck" an, man habe innerhalb von 10 Jahren (2002 bis 2012; Urk. 5/69/146) allein für Schmuck und Uh-

ren für sie, die Beklagte, Fr. 654'573.61 ausgegeben (Urk. 5/67 S. 112). Im Rahmen ihrer Behauptungen zum beantragten Prozesskostenvorschuss erwähnte die Beklagte keine sich in ihrem Vermögen befindlichen Schmuckstücke und Uhren (vgl. Urk. 5/67 S. 134 und Urk. 5/116 S. 146). Zu den diesbezüglichen Ausführungen des Klägers in seiner Stellungnahme vom 17. April 2018 (Urk. 5/147 S. 4f.) äusserte sich die Beklagte nicht mehr (Urk. 5/148; Urk. 5/149/2). Es hätte der anwaltlich vertretenen Beklagten klar sein müssen, dass Schmuck und Uhren werthaltige Vermögenswerte darstellen, welche man im Normalfall innert nützlicher Frist liquidieren kann. Entsprechend hätte sie in ihrem Gesuch um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses behaupten und als überwiegend glaubhaft nachweisen müssen, welche Schmuckstücke und Uhren noch vorhanden waren. Die Beklagte hätte den aktuellen Wert der Vermögenswerte vorbringen müssen. Sie hätte darlegen müssen, wieso die Vermögenswerte nicht innert nützlicher Frist liquidiert werden können. Dies hat die Beklagte unterlassen. Ihre Ausführungen in der Berufungsantwort sind verspätet (vgl. Urk. 10 S. 7; vgl. vorne I./E. 4). Fehl geht ihre Annahme, der Kläger stelle in seiner Eingabe vom 17. April 2018 rechtsvernichtende Tatsachen auf, weshalb er diese glaubhaft zu machen habe. Vielmehr bestritt der Kläger die von der Beklagten behauptete Vermögenslosigkeit (vgl. zum Ganzen BK-Walter, Art. 8 ZGB N 279ff.), indem er konkret anführte, über welche Vermögenswerte die Beklagte nach seiner Ansicht verfüge (sog. substantiierte Bestreitung). Aus dem Gesagten erhellt, dass die Beklagte auch im Zusammenhang mit vorhandenem Schmuck und Uhren ihre Mitwirkungsobligationen verletzt hat. Ihre Bedürftigkeit darf - auch aus diesem Grund - ohne weiteres verneint werden.

4. Da die Beklagte nicht bedürftig ist, kann offen bleiben, ob sie innert nützlicher Frist einen Erlös aus dem Verkauf der Liegenschaft in F._____ oder der Vermietung der Einliegerwohnung erzielen könnte (Urk. 1 S. 8 und S. 10f.; Urk. 2 S. 4ff.). Sodann erübrigen sich Ausführungen zu einem allfälligen Erwerbseinkommen der Beklagten (Urk. 1 S. 11), zur Leistungsfähigkeit der Klägers (Urk. 1 S. 12ff.; Urk. 2 S. 6ff.) sowie zur Höhe des von der Vorinstanz zugesprochenen Vorschusses (Urk. 1 S. 14; Urk. 2 S. 8f.). In Gutheissung der Berufung ist das

Gesuch der Beklagten um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses abzuweisen.

III.

1. Trifft die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie grundsätzlich auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Die Vorinstanz hat die Kosten- und Entschädigungsfolgen nicht geregelt (Urk. 2 S. 9f.). Dies ist im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen zulässig (vgl. Art. 104 Abs. 3 ZPO) und wurde nicht beanstandet, weshalb es damit sein Bewenden hat.

2. Die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren ist in Anwendung von § 6 Abs. 1 i.V.m. § 5 und § 8 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Die Kosten sind der Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Sie sind vorab aus dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen. Die Beklagte hat dem Kläger Fr. 3'000.– zurückzuerstatten. Sodann hat die Beklagte dem Kläger eine vollumfängliche Parteientschädigung zu bezahlen. Die Entschädigung ist in Anwendung von § 6 Abs. 1 i.V.m. § 5 und § 9, § 11 Abs. 1 bis 3 sowie § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf Fr. 2'500.– zuzüglich Fr. 192.50 (7,7 % Mehrwertsteuer), damit Fr. 2'692.50 festzusetzen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung wird das Begehren der Beklagten um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 200'000.– abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.

3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger den geleisteten Vorschuss von Fr. 3'000.– zu ersetzen.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'692.50 zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

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. 90 und 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 80'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 19. Dezember 2018

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. R. Blesi Keller

versandt am:
am

