

6. Gerichtsorganisation und Verfahrensrecht/ Organisation judiciaire et procédure

6.4. Zivilprozessrecht/Procédure civile

BGer 5A_568/2020: Die Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses (provisio ad litem) ist keine Prozessvoraussetzung im Scheidungsverfahren

Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 5A_568/2020 vom 13. September 2021 (zur Publikation vorgesehen), A. gegen. B., Klage auf Scheidung, Rechtsfolgen bei Ausbleiben der Bezahlung des Prozesskostenvorschusses (provisio ad litem).



CHRISTIAN FRAEFEL*

Die Begleichung der Pflicht zur Bezahlung einer provisio ad litem darf nicht zur Prozessvoraussetzung erhoben werden, auch nicht über den Weg des Säumnisrechts nach Art. 147 ZPO. Für das Bundesgericht bestehen keine Gründe, in solchen Fällen einen ungeschriebenen Nichteintretensgrund anzunehmen und das Gesetz in diesem Sinne zu ergänzen.

I. Sachverhalt

A. (Ehegatte und Beschwerdeführer) klagte gegen B. (Ehefrau und Beschwerdegegnerin) am 22. September 2017 auf Scheidung. Das Bezirksgericht Zürich verpflichtete A. am 16. Januar 2018 zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses von CHF 5000 an B. Mit Verfügung vom 23. November 2018 setzte das Bezirksgericht dem Ehegatten A. eine Frist von zwanzig Tagen an, um B. den Vorschuss zu überweisen. Mit Verfügung vom 25. Januar 2019 sistierte das Bezirksgericht das Verfahren bis Ende Juni 2019 und hielt B. an, den Nachweis der Uneinbringlichkeit des ihr zugesprochenen Prozesskostenvorschusses zu erbringen. Der Vorschuss war auf dem Betreibungswege nicht einbringlich, was B. nachwies. Mit Verfügung vom 21. Juni 2019 setzte das Bezirksgericht dem Ehegatten A. erneut eine Frist von 20 Tagen an, um den Prozesskostenvorschuss zu bezahlen, verbunden mit der Androhung, dass im Säumnisfall auf seine Scheidungsklage nicht eingetreten werde. Mit Verfügung vom 17. September 2019 trat das Bezirksgericht auf

* CHRISTIAN FRAEFEL, Dr. iur., Rechtsanwalt. Der Autor vertrat den Beschwerdeführer vor allen Instanzen.

die Scheidungsklage von A. nicht ein und gewährte gleichzeitig B. die unentgeltliche Rechtspflege.¹

Das Obergericht Zürich wies die von A. hiergegen erhobene Berufung mit Beschluss und Urteil vom 28. Mai 2020 ab. Das Obergericht hielt fest, die Androhung, bei Nichtleistung eines Prozesskostenvorschusses werde auf die Scheidungsklage nicht eingetreten, sei in Anwendung von Art. 147 ZPO angemessen.² Gegen dieses Urteil reichte A. am 9. Juli 2020 Beschwerde beim Bundesgericht ein.

II. Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hatte die Frage zu prüfen, ob Art. 147 ZPO dem Scheidungsgericht die Möglichkeit einräumt, auf eine Scheidungsklage nicht einzutreten, wenn der auf Scheidung klagende Ehegatte den ihm zugunsten des anderen Ehegatten auferlegten Prozesskostenvorschuss (provisio ad litem) nicht bezahlt.

Zu Beginn seiner Erwägungen hält das Bundesgericht fest, die Pflicht zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses an den anderen Ehegatten sei Ausfluss der ehelichen Unterhaltspflicht nach Art. 163 ZGB und der ehelichen Beistandspflicht nach Art. 159 Abs. 3 ZGB und wurzle daher im materiellen Eherecht. Die Erfüllung resp. Nichterfüllung dieser Pflicht habe daher materiell- bzw. privatrechtliche Konsequenzen, allem voran in Bezug auf den allfälligen subsidiären Anspruch der vorschussberechtigten Partei auf unentgeltliche Rechtspflege im Hauptverfahren. Im Lichte von Art. 147 ZPO sei daher bereits fraglich, ob die Erfüllung der Pflicht zur Zahlung eines eherechtlichen Prozesskostenvorschusses unter den Begriff der Prozesshandlung falle. Es liess diese Frage offen.³

Es hielt weiter fest, dass ein Nichteintreten auf die Klage des vorschusspflichtigen Ehegatten die Bezahlung des Prozesskostenvorschusses in den Rang einer Prozessvoraussetzung nach Art. 59 ZPO erhebe. Hierfür bedürfe es nach Art. 147 Abs. 2 ZPO einer gesetzlichen Grundlage, da damit vom in dieser Norm statuierten Grundsatz der Weiterführung des Prozesses abgewichen werde. Eine solche Grundlage finde sich in Art. 101 Abs. 3 ZPO für den Gerichtskostenvorschuss (Art. 98 ZPO) oder für die Leistung der Sicherheit für eine Parteientschädigung (Art. 99 ZPO). Indes würden weder das ZGB noch die ZPO vorsehen, dass die ausbleibende Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses mit einem Nichteintreten auf die Klage sanktioniert werden könne. Darüber hinweg würden auch die blosse Zweckmässigkeit einer solchen Androhung oder das Er-

messen bei der Prozessleitung (Art. 124 Abs. 1 ZPO) nicht helfen.⁴

Das Bundesgericht hatte folglich zu prüfen, ob das Gesetz diesbezüglich lückenhaft erscheine und ergänzt werden müsse. Unter Berufung auf seine frühere Rechtsprechung hielt es vorab fest, dass der Richter, wenn er den Ehemann zur Aufbringung von Parteikosten (d.h. zu einer provisio ad litem) verpflichte, seine Verfügung nicht mit der Androhung verbinden dürfe, dass mangels Erlegung die Scheidungsklage von der Hand gewiesen werde (BGE 91 II 77). Weiter hielt es fest, dass die Lehre diesbezüglich geteilter Auffassung sei.⁵

In seinen Erwägungen stellte das Bundesgericht klar, dass die Aufzählung der Prozessvoraussetzungen in Art. 59 Abs. 2 ZPO zwar nicht abschliessend sei, vor dem Hintergrund der Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV mit der Annahme weiterer, ungeschriebener Prozessvoraussetzungen aber Zurückhaltung geboten sei. Dabei sei zu berücksichtigen, dass das Prozessrecht der Verwirklichung des materiellen Rechts diene, Letzteres nicht vereiteln solle und nicht zum Selbstzweck verkommen dürfe. Durch die Annahme, bei der Bezahlung des Prozesskostenvorschusses durch den auf Scheidung klagenden Ehegatten handle es sich um eine Prozessvoraussetzung, könne jedoch der materiell-rechtliche Scheidungsanspruch vereitelt werden. Auch würde dies einer Grundwertung des Scheidungsverfahrensrechts der ZPO widersprechen, schliesse Art. 99 Abs. 3 lit. b ZPO doch die Leistung einer Sicherheit für die Parteientschädigung im Scheidungsverfahren und damit eine potentielle Prozessvoraussetzung aus. Es sei mit der gesetzgeberischen Wertung nicht vereinbar, eine finanzielle Leistung des einen Ehegatten an den andern zur Prozessvoraussetzung zu erheben und damit die Durchführung des Scheidungsprozesses zu erschweren. Für das Gericht bestehe hier keine Veranlassung, sich in die Erfüllung privatrechtlicher Forderungen einzumischen.⁶

Abschliessend wies das Bundesgericht darauf hin, dass es nicht Aufgabe des Scheidungsgerichts sei, sich um die Durchsetzung einer privatrechtlichen Forderung einer Partei zu kümmern, sondern dies grundsätzlich Sache der Privaten sei. Die Vollstreckung einer Geldforderung erfolge auf dem Wege des SchKG und es bedürfe keines indirekten Zwangs durch das Sachgericht mit einer Androhung des Nichteintretens auf die Scheidungsklage. Auch wenn die Anordnung der Leistung eines Prozesskostenvorschusses als vorsorgliche Massnahme zu qualifizieren sei, lasse sich die von der Vorinstanz verfügte «Vollstreckungshilfe»

¹ BGer, 5A_568/2020, 13.9.2021, E. 3.2.

² OGer ZH, LC190030-O/U, 28.5.2020.

³ BGer, 5A_568/2020, 13.9.2021, E. 3.2.

⁴ BGer, 5A_568/2020, 13.9.2021, E. 3.2.

⁵ BGer, 5A_568/2020, 13.9.2021, E. 3.2.

⁶ BGer, 5A_568/2020, 13.9.2021, E. 3.2.

auch nicht auf Art. 267 ZPO stützen. Das Scheidungsgericht habe zwar ein Interesse daran, über das Ergebnis der Zwangsvollstreckung des Prozesskostenvorschusses informiert zu werden, dies aber im Hinblick auf die Frage von dessen Einbringlichkeit, wenn die vorschussberechtigzte Partei in ihrem Gesuch ein Eventualgesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt habe. Für das Sachgericht bestehe keine Veranlassung, der anspruchsberechtigten Partei von Amtes wegen unter die Arme zu greifen und ausserhalb der vorgesehenen Vollstreckungswege auf die Erfüllung hinzuwirken. Es sei nicht Aufgabe der ZPO und des Säumnisrechts bzw. der Sachgerichte, allenfalls missbräuchliche Verhaltensweisen einer Partei in jeglichen Lebensbereichen – insbesondere bei der Erfüllung privatrechtlicher Pflichten – zu bekämpfen. So schloss das Bundesgericht seine Erwägungen mit dem Hinweis, es sei sachfremd, einen möglichen Missbrauch bei Erfüllung privatrechtlicher Verpflichtungen mit der Zulässigkeit eines Gerichtsverfahrens zu verknüpfen. Es sei ja letztlich auch nicht Zweck der ZPO, die Staatskasse von Ausgaben für die unentgeltliche Rechtspflege zu verschonen. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde gut und wies die Angelegenheit an das Bezirksgericht zur Weiterführung des Scheidungsverfahrens zurück.⁷

III. Anmerkungen

Das Urteil überzeugt. Das Bundesgericht hält unmissverständlich fest, dass dem Sachgericht bei seiner Prozessleitung Grenzen gesetzt sind, insbesondere dann, wenn es das Verhalten einer Partei im Hinblick auf die Erfüllung materiell-rechtlicher Verpflichtungen sanktionieren will. Auferlegt das Sachgericht einer Partei die Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses, so beschränkt sich die Rolle des Gerichts auf die Frage, ob der vorschussberechtigzten Partei der Nachweis der Uneinbringlichkeit gelingt oder nicht, und es hat daraus die weiteren Konsequenzen für das Hauptverfahren zu ziehen, also insbesondere den Entscheid betreffend Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu fällen.⁸

Das Obergericht Zürich erachtete es demgegenüber als zweckmässig und angemessen, die Pflicht zur Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses mit der Androhung zu verbinden, bei Nichtleistung werde auf die Scheidungsklage nicht eingetreten. Es hiess damit insbesondere das Vorgehen des erstinstanzlichen Scheidungsgerichts gut, das dem Ehegatten trotz bereits feststehender Verpflichtung

zur Leistung des Prozesskostenvorschusses mit Verfügung vom 23. November 2018 eine Zahlungsfrist von 20 Tagen ansetzte und ihm nach Uneinbringlichkeit auf dem Betreibungswege gar nochmals mit Verfügung vom 21. Juni 2019 eine nicht erstreckbare Frist von 20 Tagen zur Leistung auferlegte, diesmal mit erwähnter Androhung des Nichteintretens. Ob dem Sachgericht bereits das Ansetzen einer solchen Erfüllungsfrist überhaupt zusteht, um das Hauptverfahren zu beschleunigen, liess das Bundesgericht in der vorliegenden Entscheidung offen.⁹

Die sowohl vom Bundesgericht als auch von der Vorinstanz hierzu zitierten (vorwiegend älteren) Lehrmeinungen sind kontrovers.¹⁰ Das Obergericht Zürich schien sich bei seiner Entscheidung vor allem auf BÜHLER/SPÜHLER zu aArt. 145 ZGB zu berufen, wonach das Androhen eines Nichteintretens auf die Klage zulässig sei, wenn der Kläger den Vorschuss nicht leisten würde.¹¹ Dies in Abkehr zu älteren Entscheiden des Obergerichts Zürich, die festhielten, «es konnte doch unmöglich dem Mann, der gegen die Frau Scheidungsklage erhoben hat, angedroht werden, seine Klage werde von der Hand gewiesen, wenn er der Frau keinen Kostenvorschuss leiste».¹² Eine jüngere (indes von der Vorinstanz nicht zitierte) Entscheidung des Obergerichts Zürich hielt demgegenüber fest, der Scheidungsrichter dürfe für den Fall der Nichtleistung des Prozesskostenvorschusses durch den klagenden Ehegatten die Einstellung des Scheidungsprozesses *ausnahmsweise* androhen, insbesondere bei unmöglicher bzw. ausserordentlich schwieriger Betreibung (i.c. im Ausland). Es hielt darin auch fest, dass sich diese Androhung auf keine gesetzliche Grundlage stützen könne, indes im Ermessen des Richters liegen würde, der einen Ermessensspielraum benötige, um das Verfahren zu leiten (mit Verweis auf § 96 ZPO/ZH). Das Obergericht liess in diesem Entscheid mit Hinweis auf BGE 91 II 77 aber offen, was zu geschehen habe, wenn auch eine längere Einstellung des Prozesses den Kläger nicht zur Leistung des Vorschusses bewegen könne.¹³

⁹ BGer, 5A_568/2020, 13.9.2021, E. 3.2.

¹⁰ Bejahend WALTER BÜHLER/KARL SPÜHLER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Ehescheidung, Art. 137–158 ZGB, Bern 1980 (zit. BK-BÜHLER/SPÜHLER), Art. 145 ZGB N 297; HANS HINDERLING/DANIEL STECK, Das schweizerische Ehescheidungsrecht, 4. A., Zürich 1995, 554; ablehnend AUGUST EGGER, Zürcher Kommentar, Zivilgesetzbuch, Art. 90–251 ZGB, Das Eherecht, Zürich 1936, Art. 145 ZGB N 17; ROBERT STEFFEN, Die Parteikostenvorschusspflicht im Scheidungsprozess, ZBJV 1986, 101 f.; siehe weitere Hinweise bei OGer ZH, LC190030-O/U, 28.5.2020, E. 3a.

¹¹ BK-BÜHLER/SPÜHLER (FN 10), Art. 145 ZGB N 297; OGer ZH, LC190030-O/U, 28.5.2020, E. 3a.

¹² OGer ZH, in: SJZ 1916, 15; siehe weitere kant. Entscheidungen in OGer ZH, LC190030-O/U, 28.5.2020, E. 3a.

¹³ OGer ZH, 3.7.1973, in: ZR 72/1973, 305, E. 3.

⁷ BGer, 5A_568/2020, 13.9.2021, E. 3.2.

⁸ BGer, 5A_568/2020, 13.9.2021, E. 3.2.

Die beschriebene Kontroverse zeigt m.E. auf, dass bereits das Androhen eines Nichteintretens für den Fall der ausbleibenden Bezahlung des Prozesskostenvorschusses problematisch und daher als unzulässig erachtet werden muss. Zum einen existiert keine gesetzliche Grundlage, wonach das Gericht das weitere Schicksal des Scheidungsprozesses von der Erfüllung einer aus dem Eherecht fließenden Zahlungspflicht eines Ehegatten in Abhängigkeit bringen kann. Weder Art. 101 Abs. 3 noch Art. 98 ZPO sind hier anwendbar, da beide Bestimmungen sich einzig auf den Gerichtskostenvorschuss sowie auf die Sicherheitsleistung nach Art. 99 ZPO beziehen. Wie das Bundesgericht zudem darlegt, widerspräche dies insbesondere Art. 99 Abs. 3 ZPO, wonach im Scheidungsverfahren keine Sicherheiten zu leisten sind.¹⁴ Zum anderen mischt sich das Sachgericht ansonsten in die Erfüllung und damit letztlich auch in die Vollstreckung privatrechtlicher Forderungen ein, wofür es im Scheidungsverfahren schlicht nicht zuständig ist. Die Durchsetzung gerichtlich verfügbarer Zahlungspflichten erfolgt auf dem Betreibungswege nach SchKG und ausschliesslich dort. Andernfalls ergäbe sich auch und gerade eine Rechtsunsicherheit für den Vorschussberechtigten, wenn das Sachgericht (wie vorliegend) mehrmals neue Zahlungsfristen zur Begleichung des Vorschusses ansetzt und parallel dazu die Vollstreckungsorgane nunmehr neu auftretende Fragen zur Fälligkeit und Vollstreckbarkeit des erstmals angeordneten Prozesskostenvorschusses klären müssen. Denn mit neuerlichen Fristansetzungen und der damit verbundenen Androhung des Nichteintretens auf die Scheidungsklage ist nicht geklärt, welche Wirkung diese neuen Fristen in Bezug auf die bereits bestehende Vorschusspflicht zeitigen. Denn der Prozesskostenvorschuss war schon seit Erlass der ersten Verfügung des Scheidungsgerichts vollstreckbar. Steht die Vorschusspflicht demnach fest, hat der Gläubiger den Weg der Vollstreckung zu wählen. Neue Fristen und das damit verbundene Androhen von Säumnisfolgen sind daher weder erforderlich noch gesetzlich vorgesehen. Die berechnete Partei kann umgehend die Vollstreckung vollziehen. Das Sachgericht selbst hat nach Mitteilung der erfolglosen Betreuung des pflichtigen Ehegatten nunmehr (nur noch) die Frage der (eventuell beantragten) Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung zu klären. Weiteres ist vom Gericht in Bezug auf die *provisio ad litem* nicht zu entscheiden.

Das im vorliegenden Fall vorgenommene richterliche Kreieren ungeschriebener Prozessvoraussetzung mit dem Hintergedanken, das Hauptverfahren im Sinne von Art. 124 Abs. 1 ZPO zu fördern und allenfalls missbräuchliches Ver-

halten einer Partei zu sanktionieren, hätte weitreichende Konsequenzen. Gerade in Bezug auf den Prozesskostenvorschuss wäre damit eine Vereitelung des materiell-rechtlichen Scheidungsanspruchs die Folge.¹⁵ Dem Ehegatten A. wäre bei Gutheissung des Nichteintretensentscheids auch eine neuerliche Scheidungsklage verwehrt geblieben, wenn das Scheidungsgericht ihm nach Einreichen einer neuen Klage wiederum die Leistung eines Prozesskostenvorschusses auferlegt hätte und dieser auf dem Betreibungswege wiederum nicht einbringlich wäre. Eine Scheidung bliebe somit ganz versagt. Das Gesuch um Leistung eines Prozesskostenvorschusses verkäme damit u.U. zum Spielball im Scheidungsverfahren, mit dem sich die den Vorschuss ersuchende Partei allenfalls gegen eine unliebsame Scheidungsklage der anderen Partei taktisch zur Wehr setzen könnte.

Die Folge eines solch weitgehenden Ermessens des Gerichts bei der Prozessleitung könnte ausserdem sein, dass nicht nur die ausbleibende Bezahlung des aus der ehelichen Beistandspflicht fließenden Prozesskostenvorschusses ein Nichteintreten rechtfertigte, sondern generell auch die Nichterfüllung anderer vorsorglicher Massnahmen, wie z.B. die Unterhaltspflicht gestützt auf die eheschutzrechtlichen Bestimmungen nach Art. 175 ff. ZGB. Zum Beispiel könnte dem gestützt auf ein Eheschutzurteil säumigen Unterhaltsschuldner das Nichteintreten auf seine Scheidungsklage angedroht werden, wenn er seiner Unterhaltspflicht gegenüber der Beklagten (allenfalls nach erneuter, wenn gleich unnötiger Fristansetzung) nicht nachkommt. Die Durchführung der Scheidung auf Klage hinge dann von der klägerischen Erfüllung eheschutzrechtlicher Pflichten ab.

Eine solche Gleichstellung von aus vorsorglichen Massnahmen resultierenden materiell-rechtlichen Verpflichtungen mit Prozesshandlungen nach Art. 147 ZPO geht daher zu weit. Säumnisfolgen nach Art. 147 ZPO sind auf Prozesshandlungen beschränkt. Privatrechtliche Handlungen, auch wenn sie reflexweise prozessuale Bedeutung haben, stellen jedoch keine Prozesshandlung dar.¹⁶

¹⁴ BGer, 5A_568/2020, 13.9.2021, E. 3.2.

¹⁵ BGer, 5A_568/2020, 13.9.2021, E. 3.2.

¹⁶ MAX GULDENER, *Zivilprozessrecht*, 3. A., Zürich 1979, 258; BGer, 5A_568/2020, 13.9.2021, E. 3.1.