

APH-09 218, publiziert November 2009

Entscheid der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern,
unter Mitwirkung von Oberrichterin Wüthrich-Meyer (Instruktionsrichterin) und
Kammerschreiber Weder i.V. Zimmermann

vom 29. Oktober 2009

in der Streitsache zwischen

X.

vertreten durch Fürsprecher A.

Gesuchsteller/Appellant

und

Y.

vertreten durch Fürsprecher B.

Gesuchsgegnerin/Appellatin

Regeste:

1) Art. 148 Abs. 1 und Art. 159 Abs. 3 ZGB

2) *Ein Prozesskostenvorschuss (provisio ad litem) kann auch nach rechtskräftiger Scheidung noch verlangt werden, wenn das Verfahren betreffend Scheidungsnebenfolgen weitergeführt wird. Die Pflicht zur Zahlung ist als einstweilige Nachwirkung der Ehe zu betrachten, wofür Art. 137 Abs. 2 ZGB die materielle Grundlage bildet. Ein solcher Prozesskostenvorschuss kann jedoch nur für in Zukunft anfallende Kosten verlangt werden.*

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Die Ehe der Parteien wurde im März 2009 mit Urteil geschieden. Die abgeschlossene Teilkonvention über die Scheidungsfolgen wurde gerichtlich genehmigt. Dagegen erklärte der Gesuchsteller die Appellation und beantragte weiter, die Gesuchsgegnerin sei zu verurteilen, ihm für das oberinstanzliche Verfahren einen Prozesskostenvorschuss zu bezahlen; eventualiter sei dem Gesuchsteller das Recht zur unentgeltlichen Prozessführung zu erteilen.

Auszug aus den Erwägungen:

I.

(...)

II. Prozesskostenvorschuss

(...)

3. Gemäss Art. 159 Abs. 3 ZGB schulden die Ehegatten einander Treue und Beistand. Die eheliche Gemeinschaft beginnt mit der Ziviltrauung im Sinne der Art. 116 f. des ZGB und sie endet mit der Auflösung der Ehe, sei es durch Tod, durch Scheidung oder durch Ungültigerklärung der Ehe.

Die Beistandspflicht bestimmt, ob ein Ehegatte dem andern bei der Wahrung seiner Verteidigungsrechte, insbesondere auch bei der Finanzierung von Prozessen, beizustehen hat (BRÄM, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Teilband II 1c: Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Zürich 1993, N 130 zu Art. 159 ZGB mit weiteren Verweisen). Die Beistandsleistung muss zumutbar sein. Mit anderen Worten heisst dies, dem ansprechenden Ehegatten müssen die Mittel fehlen und der angesprochene Ehegatte muss dagegen in der Lage sein, den Vorschuss zu bezahlen. In der Regel wird der Prozesskostenvorschuss nicht aus den laufenden Einnahmen bestimmt werden können, sondern muss dem Vermögen entnommen werden. Es sind grundsätzlich Ehemann und Ehefrau zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses verpflichtet (BRÄM, a.a.O., N. 135 zu Art. 159 ZGB). Das Unterhaltsrecht bestimmt, ob solche Auslagen im Einzelfall Unterhalt darstellen (BRÄM, a.a.O., N. 130 zu Art. 159 ZGB). Nach Art. 163 ZGB gehört zum ehelichen Unterhalt, was aufgrund der Beistandspflicht geschuldet ist und üblicherweise aus dem Einkommen ausgerichtet wird (HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Kommentar zum Eherecht, Bern 1988, N. 31 zu Art. 159 ZGB). Insoweit das Verfahren, für das die Prozesskostenvorschüsse zu leisten sind, den gemeinsamen ehelichen Bereich beschlägt, gehören die Prozesskostenvorschüsse auch unter den gebührenden Unterhalt (HASENBÖHLER, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Basel und Frankfurt a/Main 1996, N. 14 zu Art. 163).

Für die Zeit nach der Auflösung der Ehe können, auch wenn die Auflösung durch Scheidungsfolgen erfolgt ist, aus der ehelichen Gemeinschaft grundsätzlich keine Rechte mehr abgeleitet werden (HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Berner Kommentar, Band II Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht, 2. Teilband: Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen Art. 159 – 180 ZGB, Bern 1999, N. 15 ad Art. 159 ZGB). Eine Ausnahme besteht einzig bei Pflicht zur Leistung nachehelichen Unterhalts (ZEITER, in: AMSTUTZ/BREITSCHMID/FURRER et al, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007, N. 15 zu Art. 159 ZGB).

Nach dem Wortlaut von Art. 148 Abs. 1 ZGB hemmt die Einlegung eines Rechtsmittels den Eintritt der Rechtskraft nur im Umfang der Anträge. Ohne dies ausdrücklich zu sagen, setzt das Gesetz dabei ein ordentliches Rechtsmittel voraus, denn nur diesen Rechtsmitteln kommt von Gesetzes wegen Suspensivwirkung zu. Bleibt der Scheidungspunkt unangefochten, wird die Scheidung rechtskräftig, auch wenn der Streit um die Nebenfolgen weitergeht. In diesem Sinn ist – im formellen wie im materiellen Sinn – Teilrechtskraft eingetreten. Die Teilrechtskraft entfaltet auch materiellrechtliche Wirkungen, indem das gesetzliche Erbrecht entfällt. In diesem Sinne durchbricht der Grundsatz der Teilrechtskraft den Grundsatz der Einheit des Scheidungsurteils.

Den Materialien ist betreffend Art. 148 ZGB zu entnehmen, dass die Teilrechtskraft dazu führe, dass die Scheidung an und für sich rechtskräftig werde bzw. die

Parteien nicht mehr verheiratet seien. Es gehe letztlich um die Frage, ob man noch immer verheiratet sei, wenn vor zweiter Instanz lediglich ein Nebenpunkt im Rahmen des Güterrechts strittig sei. Solche Prozesse können Jahre dauern. Teilrechtskraft im Scheidungspunkt ermögliche einerseits die Wiederverheiratung und andererseits auch den Wegfall des Erbrechts. Es gehe nicht um den Schutz der schwächeren Partei, da diese nämlich mittels Anschlussberufung den Eintritt der Rechtskraft der Eheauflösung verhindern könne. Das Fehlen der Teilrechtskraft würde dazu führen, dass die Parteien eventuell über Jahre hinweg noch verheiratet blieben und würde eine Partei während des Verfahrens sterben, würde ihn der andere beerben (Amtliches Bulletin 1997 N 2724 ff. [Votum Thanei und Koller]).

Voraussetzung für den Eintritt der Teilrechtskraft im Sinne von Art. 148 Abs. 1 ZGB ist immer, dass ein vorinstanzliches Urteil über den Scheidungspunkt ergangen ist und das Urteil diesbezüglich nicht angefochten wurde. In diesem Fall werden die Scheidung und gegebenenfalls die übrigen nicht angefochtenen Teile des Urteils formell rechtskräftig und vollstreckbar.

Der Grundsatz, dass mit Auflösung des Statusverhältnisses «Ehe» vorsorgliche Massnahmen, die für die Dauer der Ehe oder für das Scheidungsverfahren angeordnet worden waren, von Gesetzes wegen entfallen, gilt um so mehr, da ein Scheidungsurteil nicht nur im Scheidungspunkt, sondern als Endurteil in Rechtskraft erwachsen ist. Das Statusverhältnis «Ehe» ist aufgelöst, auch wenn das Urteil lückenhaft geblieben ist, weil Fragen offen blieben, die bei der Scheidung notwendigerweise geregelt werden müssen. In diesem Fall kommt von Bundesrechts wegen das Nachverfahren zur Ergänzung der Lücken im Scheidungsurteil zur Anwendung. Die Lücke kann dabei die von der Officialmaxime beherrschte Ordnung der Elternrechte betreffen. Sie kann sich aber auch auf Ansprüche beziehen, die der Parteidisposition unterstehen. Für die Ergänzung eines lückenhaften (schweizerischen) Urteils ist der Richter, der die Scheidung ausgesprochen hat, zuständig (BÜHLER/SPÜHLER, Berner Kommentar, Vorb. zu Art. 149–157 ZGB, N 19 zu Art. 156 ZGB; SPÜHLER/FREI-MAURER, a.a.O.; HINDERLING/STECK, Das Schweizerische Ehescheidungsrecht, S. 583, alle mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung). In einem derartigen Nachverfahren können analog Art. 145 ZGB durch den zuständigen Richter vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Prozesses erlassen werden (BGE 116 II, S. 97).

Es stellt sich nun die Frage, ob in einem solchen Fall der Teilrechtskraft im Sinne von Art. 148 Abs. 1 ZGB vorsorgliche Massnahmen, namentlich solche, die sich auf Pflichten aus ehelicher Gemeinschaft beziehen, weiterhin bestehen bleiben bzw. ob solche noch angeordnet werden können. Das Bundesgericht vertritt die Auffassung, dass der Bestand bzw. die Anordnung von Massnahmen nach Art. 145 aZGB (Art. 137 Abs. 2 ZGB) nach Eintritt der Rechtskraft des Scheidungspunktes unter Weiterführung des Scheidungsprozesses hinsichtlich der Nebenfolgen nicht grundsätzlich und von vornherein ausgeschlossen werden dürfe. Eine solche Auffassung würde dem klaren Sinn des Bundesprivatrechts in unhaltbarer Weise widersprechen. So wäre es beispielsweise möglich, dass sich die Festsetzung des

nachehelichen Unterhaltes nach Eintritt der Rechtskraft der Scheidung in die Länge zieht, während der Unterhaltsberechtigte ohne Einkommen verbleiben würde. Hingegen ist es nicht willkürlich, dass ein Gericht einem Massnahmeentscheid betreffend Unterhaltsbeiträge nach Rechtskraft des Scheidungspunktes dessen Qualität als definitiver Rechtsöffnungstitel gemäss Art. 81 SchKG abspricht. Denn mit der Scheidung der Ehe erlöschen grundsätzlich die ehelichen Unterhalts- und Beistandspflichten. Die eheliche Solidarität wird durch die Ehescheidung abgelöst durch die nacheheliche, was sich regelmässig in einer Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge niederschlägt.

Bei der Prozesskostenvorschusspflicht ist anders als beim Unterhalt eine nacheheliche Solidarität von Gesetzes wegen nicht vorgesehen. Indessen kann aber nach der Rechtskraft der Scheidung für das weitere Verfahren ein Prozesskostenvorschuss verlangt und zugesprochen werden. Die Pflicht zur Zahlung ist als einstweilige Nachwirkung der Ehe zu betrachten, wofür Art. 145 aZGB (Art. 137 Abs. 2 ZGB) die materielle Grundlage bildet (CZITRON, Die vorsorglichen Massnahmen während des Scheidungsprozesses, Diss. St. Gallen 1995, S 28).

4. Der Gesuchsteller erklärte die Appellation einzig gegen die Ziffern 3 (Feststellung der Zugehörigkeit der Liegenschaft zum Eigengut der Gesuchsgegnerin), 6 (Gerichtskosten) und 7 (Parteikostenersatz). Der Scheidungspunkt in Ziffer 1 des Urteils vom (...) wurde ausdrücklich nicht angefochten und ist somit in Anwendung von Art. 148 Abs. 1 ZGB in Teilrechtskraft erwachsen.

Nach den Ausführungen unter Ziffer 3 hievor ist festzuhalten, dass die Gesuchsgegnerin für das vorliegende appellatorische Verfahren betreffend die Beurteilung eines Nebenpunktes der Scheidung grundsätzlich in Anwendung von Art. 137 Abs. 2 ZGB bzw. Art. 159 Abs. 3 ZGB zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses verpflichtet werden kann.

(...)

7. (...)

Vorzuschüssen ist – nach Massgabe der Leistungsfähigkeit des Pflichtigen - derjenige Betrag, dessen der unbemittelte Ehegatte zur Durchführung des Prozesses bedarf, d.h. der die Vorschüsse an das Gericht und die Vorschüsse für die Beiziehung oder die Beibehaltung eines Rechtsanwaltes deckt (BÜHLER/SPÜHLER, a.a.O., N 282 ad Art. 145 aZGB). Abzustellen ist auf die tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Prozesses. Dabei kommt dem Richter ein weiter Ermessensspielraum zu (SPÜHLER/FREI-MAURER, a.a.O., N 282 ad Art. 145 aZGB). Nach seinem Zweck soll der Vorschuss dem Vorschussberechtigten die künftige Wahrnehmung seiner Interessen im Prozess ermöglichen; bei der Bemessung fallen daher bereits aufgelaufene Kosten grundsätzlich ausser Betracht (BÜHLER/SPÜHLER, a.a.O., N 287 ad Art. 145 aZGB).

(...)

Hinweis:

Der Entscheid ist rechtskräftig.