

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE130048-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichter Dr. M. Kriech
und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiber
lic. iur. H. Dubach

Urteil vom 21. Oktober 2013

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz (vorsorgliche Massnahmen, Prozesskostenvorschuss)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Andelfingen vom 2. Juli 2013 (EE120026-B)**

Erwägungen:

1. Die Parteien stehen sich vor Vorinstanz in einem Eheschutzverfahren gegenüber. Nach einer ersten Verhandlung erliess diese am 13. November 2012 eine Verfügung betreffend vorsorgliche Massnahmen. Unter anderem wurde der Kläger und Berufungskläger (nachfolgend: Kläger) darin verpflichtet, der Beklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend: Beklagte) einen Prozesskostenvorschuss von einstweilen Fr. 4'000.– zu bezahlen (Vi Urk. 12). Auf Berufung des Klägers hin wurde der erstinstanzliche Massnahmeentscheid mit Beschluss der Kammer vom 20. Dezember 2012 grösstenteils und namentlich auch in Bezug auf die Anordnung des Prozesskostenvorschusses aufgehoben (Vi Urk. 16). In der Folge holte die Vorinstanz einen Abklärungsbericht zu den Kinderbelangen ein und verpflichtete den Kläger mit Verfügung vom 24. Januar 2013 unter anderem, der Beklagten einen Prozesskostenvorschuss von nunmehr einstweilen Fr. 5'000.– zu bezahlen (Vi Urk. 31). Diese Verfügung blieb unangefochten. Gemäss Darstellung des Klägers wurde der Vorschuss bezahlt. Nach zwei weiteren Verhandlungen erliess die Vorinstanz am 2. Juli 2013 erneut eine Massnahmeverfügung (Vi Urk. 52 = Urk. 2), welche das Getrenntleben nunmehr nahezu umfassend regelte. Dispositivziffer 13 dieser Verfügung beinhaltet die Verpflichtung des Klägers, der Beklagten einen weiteren Prozesskostenvorschuss von Fr. 8'000.– zu bezahlen.

2. Hiergegen richtet sich das vom Kläger mit Eingabe vom 12. Juli 2013 erhobene Rechtsmittel (Urk. 1). Der Kläger bezeichnete dieses entgegen der Belehrung der Vorinstanz als Beschwerde. Erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen unterliegen grundsätzlich der Berufung (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). In vermögensrechtlichen Angelegenheiten gilt es das Streitwerterfordernis von Art. 308 Abs. 2 ZPO zu beachten; nicht vermögensrechtliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen sind mangels Streitwert uneingeschränkt berufungsfähig. Massgebend sind dabei die zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren und nicht etwa, was vor der Berufungsinstanz noch im Streit liegen wird. Die vor Vorinstanz umstrittenen vorsorglichen Massnahmen betrafen unter anderem die Zuteilung der elterlichen

Obhut über die drei gemeinsamen Kinder der Parteien. Dabei handelt es sich klarerweise um eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit. Entgegen der Ansicht des Klägers ist nicht entscheidend, dass er einzig die Verpflichtung zur Leistung eines weiteren Prozesskostenvorschusses anfechtet. Das zulässige Rechtsmittel ist daher die Berufung. Unrichtig bezeichnete Rechtsmittel werden praxisgemäss mit dem richtigen Namen bezeichnet und nach den richtigen Regeln behandelt (ZR 110 Nr. 109). Das Rechtsmittel des Klägers wurde dementsprechend als Berufung entgegengenommen und als solche behandelt (vgl. bereits die Präsidialverfügung vom 19. Juli 2013, Urk. 5).

3. Mit seinem Rechtsmittel beantragte der Kläger, Dispositivziffer 13 der Verfügung der Vorinstanz vom 2. Juli 2013 (Anordnung eines weiteren Prozesskostenvorschusses) aufzuheben (Urk. 1 S. 2). Die Beklagte liess sich im Berufungsverfahren nicht vernehmen.

4. a) Nach der Praxis der erkennenden Kammer können im Eheschutzverfahren mangels gesetzlicher Grundlage keine vorsorglichen Geldzahlungen angeordnet werden (OGer ZH LE110069 vom 8. Februar 2012 E. 2.4.2). Es stellt sich vor diesem Hintergrund die Frage, ob eine Partei im Eheschutzverfahren überhaupt noch verpflichtet werden kann, der anderen die Mittel zur Führung des Prozesses zur Verfügung zu stellen. Die Kammer hat sich unlängst mit dieser Problematik befasst und festgehalten, dass die gerichtliche Anordnung eines Prozesskostenbeitrags im Eheschutzverfahren – anders als die Anordnung eines Prozesskostenvorschusses im Scheidungsverfahren – keine vorsorgliche Massnahme darstelle. Das Inkrafttreten der eidgenössischen Zivilprozessordnung habe nichts daran geändert, dass im Rahmen eines Eheschutzverfahrens der leistungsfähige Ehegatte aufgrund der gegenseitigen Beistandspflicht im Endentscheid verpflichtet werden könne, dem beistandsbedürftigen Partner einen Beitrag an die Prozesskosten zu leisten. Dies sei ein Gebot des Rechtsschutzes und diene der Waffengleichheit unter den Ehegatten (OGer ZH RE130016 vom 17. September 2013 E. II/3.c). Um nicht in überspitzten Formalismus zu verfallen, ist ein Antrag auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses im Eheschutz im Zweifelsfalle als Antrag auf Leistung

eines Prozesskostenbeitrags im Endentscheid aufzufassen. Wird ein entsprechender Antrag allerdings ausdrücklich als Massnahmeantrag bezeichnet und ist die antragstellende Partei überdies anwaltlich vertreten, so ist auf einen solchen Antrag nicht einzutreten (so bereits OGer ZH LE130035 vom 24. Mai 2013 E. 5).

b) Im Rahmen ihres zweiten Parteivortrags vor Vorinstanz stellte die Beklagte das Begehren, es sei der Kläger zu verpflichten, ihr einen weiteren angemessenen Prozesskostenvorschuss von Fr. 8'000.– zu leisten. Sie verlangte dabei ausdrücklich nach einer vorsorglichen Massnahme (Vi Urk. 46 S. 3). Auf dieses Begehren wäre richtigerweise nicht einzutreten gewesen. Die Berufung ist insofern teilweise gutzuheissen.

5. Die Vorinstanz wird nun das Eventualgesuch der Beklagten um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung zu prüfen haben. Dabei wird sie zunächst zu berücksichtigen haben, dass der Kläger der Beklagten bereits einen Vorschuss für die Anwaltskosten von Fr. 5'000.– leistete. Ist dieser Vorschuss noch nicht aufgebraucht, ist die Beklagte auch nicht mittellos. Zudem kommt die Gewährung des prozessualen Armenrechts nach den allgemeinen Grundsätzen (vgl. BGE 127 I 206 E. 3d) nur in Frage, wenn die Gegenpartei nicht gestützt auf die eheliche Beistandspflicht zur Übernahme der (weiteren) Prozesskosten verpflichtet werden kann. Die Beklagte behauptete selbst, dass der Kläger über beträchtliche Ersparnisse verfüge (Vi Urk. 46 S. 9). Die unentgeltliche Rechtspflege wird ihr daher nur unter der Bedingung gewährt werden können, dass sie einen Antrag auf Leistung eines Prozesskostenbeitrags durch den Kläger stellt. Kann dieser im Endentscheid zur Übernahme der Prozesskosten verpflichtet werden, so hat dies zum rückwirkenden Widerruf (Entzug) der unentgeltliche Rechtspflege (mit Wirkung ex tunc) zu führen (vgl. Bühler, Die Prozessarmut, in: Schöbi, Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung, Bern 2001, S. 145).

6. Vor Berufungsinstanz hat sich die Beklagte mit dem angefochtenen Entscheid nicht identifiziert, weshalb die entsprechenden Kosten unter Hinweis auf Art. 107 Abs. 2 ZPO auf die Gerichtskasse zu nehmen sind. Aus demselben

Grund wird sie gegenüber dem Kläger auch nicht entschädigungspflichtig. Eine Entschädigungspflicht des Staates besteht mangels gesetzlicher Grundlage nicht (vgl. ZK-Jenny, Art. 107 ZPO N 26).

Es wird erkannt:

1. Auf den Antrag der Beklagten auf Zusprechung eines weiteren Prozesskostenvorschusses für das erstinstanzliche Verfahren wird nicht eingetreten.
2. Für das Berufungsverfahren werden keine Kosten erhoben.
3. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Andelfingen, je gegen Empfangsschein.

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

5. 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG sowie ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 8'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 21. Oktober 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. H. Dubach

versandt am:

dz