

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE160049-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. H.A. Müller, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. M. Schaffitz und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Montani Schmidt

Beschluss vom 1. November 2016

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Berufungskläger

vertreten durch lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

sowie

1. **C.** _____,

2. **D.** _____,

Verfahrensbeteiligte

1, 2 vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Z. _____

betreffend **Abänderung Eheschutz (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 2. August 2016 (EE160044-E)

Erwägungen:

1.1 Mit Eingabe vom 19. Mai 2016 stellte der Gesuchsteller und Berufungskläger (fortan Gesuchsteller) vor Vorinstanz ein Begehren um Abänderung der Eheschutzverfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 9. Oktober 2015. Gleichzeitig ersuchte er um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 3/1-4). Mit seinem Abänderungsbegehren beantragt der Gesuchsteller die Umteilung der alleinigen Obhut über die beiden Kinder C._____, geboren am tt.mm.2011, und D._____, geboren am tt.mm.2013, an ihn, die Änderung des Besuchsrechts sowie die Abänderung der Unterhaltspflicht (Urk. 3/1). Mit Schreiben vom 27. Juni 2016 stellte die Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchsgegnerin) folgende Anträge (Urk. 3/29 S. 2):

- "1. Der Gesuchsteller sei zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin im Verfahren betreffend Abänderung Eheschutzmassnahmen einen Prozesskostenbeitrag von einstweilen CHF 10'000.00 (zzgl. 8% Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
- "2. Eventualiter für den Fall, dass der Gesuchsteller als nicht leistungsfähig erachtet werden muss oder der Prozesskostenbeitrag nicht einbringlich sein sollte, sei der Gesuchsgegnerin die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihr in der Person der Unterzeichneten [Rechtsanwältin lic. iur. Y._____] eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. 8% MwSt. zulasten des Gesuchstellers."

In seiner hierzu abgegebenen Stellungnahme vom 13. Juli 2016 ersuchte der Gesuchsteller um Abweisung des Begehrens (Urk. 3/34/1 S. 1). Diese Eingabe

be liess die Vorinstanz der Gesuchsgegnerin mit Schreiben vom 14. Juli 2016 zur Kenntnisnahme zukommen (Urk. 3/36). Mit Schreiben vom 18. Juli 2016 nahm die Gesuchsgegnerin unaufgefordert Stellung (Urk. 3/37-38/1-2), welche dem Gesuchsteller mit Schreiben vom 20. Juli 2016 ebenso zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (Urk. 3/39).

1.2 Mit Verfügung vom 2. August 2016 entschied die Vorinstanz wie folgt (Urk. 2 S. 12 f. = Urk. 3/40 S. 12 f.):

- "1. Der Antrag des Gesuchstellers auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen.
2. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin einen Prozesskostenbeitrag in der Höhe von Fr. 10'000.– (zzgl. MwSt.) zu bezahlen.
3. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird im Endentscheid befunden.
4. (Schriftliche Mitteilung).
5. (Rechtsmittelbelehrung: Beschwerde, Frist 10 Tage, Hinweis auf fehlenden Fristenstillstand gemäss Art. 145 Abs. 2 ZPO).

1.3 Hiergegen erhob der Gesuchsteller mit Schreiben vom 15. August 2016 (gleichentags zur Post gegeben, eingegangen am 16. August 2016) innert Frist Berufung mit folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2):

- "1. Ziffer 2 des Entscheids vom 2.8.2016 sei aufzuheben.
2. Unter o/e Kostenfolge."

1.4 Mit Präsidialverfügung vom 26. August 2016 wurde die Eingabe des Gesuchstellers vom 15. August 2016 als Berufung entgegengenommen und dem Gesuchsteller gleichzeitig Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses in der Höhe von Fr. 800.– angesetzt. Sodann wurde der Gesuchsgegnerin Frist angesetzt, um die Berufung schriftlich zu beantworten (Urk. 4 S. 3 f.). Innert Frist gingen sowohl der Kostenvorschuss als auch die Berufungsantwort der Gesuchsgegnerin ein (Urk. 5; Urk. 6-8/1-25). Darin stellte diese folgende Anträge (Urk. 6 S. 2):

- "1. Die Berufungsanträge des Gesuchstellers/Berufungsbeklagten seien vollumfänglich abzuweisen, soweit überhaupt darauf einzutreten ist.

2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 8% Mehrwertsteuer) zu Lasten des Gesuchstellers/Berufungsbeklagten."

Sodann stellte die Gesuchsgegnerin die folgenden prozessualen Anträge (Urk. 6 S. 2):

- "1. Der Gesuchsteller/Berufungskläger sei zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin/Berufungsbeklagten im vorliegenden Berufungsverfahren einen Prozesskostenbeitrag von einstweilen CHF 3'000.00 (zzgl. 8% Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
2. Eventualiter für den Fall, dass der Gesuchsteller/Berufungsbeklagte als nicht leistungsfähig erachtet werden muss oder der Prozesskostenbeitrag nicht einbringlich sein sollte, sei der Gesuchsgegnerin/Berufungsbeklagten die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und ihr in der Person der Unterzeichneten [Rechtsanwältin lic. iur. Y._____] eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen."

1.5 Mit Präsidialverfügung vom 15. September 2016 wurde das Doppel der Berufungsantwortschrift dem Gesuchsteller zur Kenntnisnahme zugestellt und ihm Frist zur Stellungnahme zum Antrag auf Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages angesetzt (Urk. 9 S. 2). Hierauf liess sich der Gesuchsteller innert einmal erstreckter Frist mit Schreiben vom 3. Oktober 2016 wie folgt vernehmen (Urk. 11 S. 1):

- "1. Der Antrag der Gesuchsgegnerin auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 3'000.– sei abzuweisen.
2. unter o/e Kostenfolge."

Diese Eingabe wurde der Gesuchsgegnerin mit Verfügung vom 5. Oktober 2016 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 11), welche mit Schreiben vom 6. Oktober 2016 auf eine weitere Stellungnahme verzichtete (Urk. 13).

2.1 Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsschrift muss sich mit der Begründung des erstinstanzlichen Entscheids auseinandersetzen; das Berufungsgericht muss den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt oder das Recht geradezu willkürlich angewandt worden

(Reetz/Hilber in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., 3. A., Art. 311 N 36).

2.2 Die Gesuchsgegnerin hat vor Vorinstanz einen Antrag auf Zuspreehung eines Prozesskostenbeitrages gestellt, nicht eines Prozesskostenvorschusses (Urk. 3/29 S. 2). Ungeachtet der Bezeichnung als Prozesskostenbeitrag in ihrem Entscheid hat die Vorinstanz indes dem Gesuchsteller eine Pflicht zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses auferlegt und damit eine vorsorgliche Massnahme angeordnet. Sie hielt lediglich fest, dass der Prozesskostenvorschuss im Eheschutzverfahren (auch Prozesskostenbeitrag genannt) Ausfluss der eherechtlichen Unterhalts- und Beistandspflicht sei (Urk. 2 S. 4).

2.3.1 Den Ausführungen der Vorinstanz ist nicht zuzustimmen: Wie bereits in der Präsidialverfügung vom 26. August 2016 hingewiesen, können nach der Praxis der erkennenden Kammer im Eheschutzverfahren mangels gesetzlicher Grundlage keine vorsorglichen Geldzahlungen angeordnet werden (*OGer ZH LE110069 vom 08.02.2012, E. 2.4.2, S. 6; OGer ZH LE130035 vom 24.05.2013, E. 5, S. 8-9*). Bereits unter altem Prozessrecht konnte ein Kostenvorschuss aufgrund der Natur des Eheschutzverfahrens regelmässig nicht vorweg in einem Massnahmeverfahren gefordert werden. Dies führte jedoch nicht dazu, dass der leistungsfähige Gatte dem bedürftigen Gatten zur Führung des Eheschutzprozesses keine finanzielle Unterstützung leisten musste. Es war vielmehr im *Endentscheid* im Sinne eines Prozesskostenbeitrags darüber zu befinden, wer die Gerichts- und Anwaltskosten zu tragen hat. Dies hat das Obergericht bereits 1985 in einem wegweisenden Entscheid festgehalten (ZR 85 Nr. 32). Die gerichtliche Anordnung eines Prozesskostenbeitrags im Eheschutzverfahren stellt somit – entgegen der Ansicht der Vorinstanz – keine vorsorgliche Massnahme dar. Daran hat sich auch mit dem Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung nichts geändert. Ebenso kann nach wie vor der leistungsfähige Ehegatte im Rahmen eines Eheschutzverfahrens aufgrund der gegenseitigen Beistandspflicht (jedoch erst) im *Endentscheid* verpflichtet werden, dem beistandsbedürftigen Partner einen Beitrag an die Prozesskosten zu leisten. Dies ist ein Gebot des Rechtsschutzes und dient der Waffengleichheit unter den Ehegatten (*OGer ZH RE130016*

vom 17.09.2013, E. II/3.c, S. 5-6; OGer ZH LE130035 vom 24.05.2013, E. 5, S. 8-9).

2.3.2 Vorliegend hat die Rechtsvertreterin explizit die Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages verlangt. Damit hätte die Vorinstanz diesen auch als solchen entgegennehmen sollen. Indem sie den Gesuchsteller zur Zahlung eines Prozesskostenvorschusses während der Dauer des Verfahrens verpflichtet hat, hat sie das Recht unrichtig angewandt. Dementsprechend ist Dispositivziffer 2 der angefochtenen Verfügung vom 2. August 2016 aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese wird zusammen mit dem Endentscheid darüber zu befinden haben.

Entsprechend erübrigen sich weitere Ausführungen zur Sache und es kann offen bleiben, ob eine Verletzung des Anspruchs auf Wahrung des rechtlichen Gehörs – wie vom Gesuchsteller geltend gemacht – gegeben ist.

3.1 Abschliessend ist über die Kosten des Berufungsverfahrens zu befinden. Diese sind in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 5 Abs. 1 GebV OG, § 8 Abs. 1 GebV OG und § 10 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 800.– festzusetzen und ausgangsgemäss der unterliegenden Gesuchsgegnerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

3.2.1 Die Gesuchsgegnerin hat auch für das Berufungsverfahren ein Gesuch um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt (Urk. 6 S. 2).

3.2.2 Bei der Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages sind die für die Gewährung des prozessualen Armenrechts entwickelten Grundsätze analog anzuwenden. Sowohl die Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages als auch die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege setzen daher die Bedürftigkeit der ansprechenden Partei sowie die fehlende Aussichtslosigkeit voraus (Maier, Die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege in familienrechtlichen Prozessen im Spannungsfeld mit der Vorschusspflicht von Ehegatten und Eltern, FamPra 2014 S. 635 ff., S. 637).

3.2.3 Die Gesuchsgegnerin stellte in ihrer Berufungsantwort den Antrag auf Abweisung der Berufung, eventualiter auf Nichteintreten. Die Vorbringen der Gesuchsgegnerin in ihrer Berufungsantwort waren von Anfang an nicht geeignet, die publizierte Praxis der Kammer zu erschüttern, zumal sie sich mit keinem Wort – trotz des entsprechenden Hinweises in der Präsidualverfügung vom 26. August 2016, mit welcher ihr Frist zum Erstellen der Berufungsantwort angesetzt worden war (Urk. 4 S. 3) – zur Frage der Zulässigkeit eines Prozesskostenvorschusses im Eheschutzverfahren geäussert hat. Damit aber besteht zufolge Aussichtslosigkeit kein Anspruch auf Leistung eines Prozesskostenbeitrages bzw. unentgeltliche Rechtspflege im Berufungsverfahren.

3.3 Die Gesuchsgegnerin ist zu verpflichten, dem Gesuchsteller für das Berufungsverfahren in Anwendung von § 13 Abs. 1 und 4 AnwGebV in Verbindung mit § 5 Abs. 1 AnwGebV und § 9 AnwGebV eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 1'200.– zuzüglich 8% MwSt., d.h. Fr. 1'296.– zu bezahlen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Gesuchsgegnerin um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Dispositivziffer 2 der Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 2. August 2016 wird aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 800.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchsgegnerin auferlegt und mit dem vom Gesuchsteller geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, dem Gesuchsteller den geleisteten Vorschuss von Fr. 800.– zu ersetzen.

5. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, dem Gesuchsteller für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'296.– (inkl. 8% MwSt.) zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und die Vorinstanz sowie an die Verfahrensbeteiligten zur Kenntnisnahme, je gegen Empfangsschein.

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

7. 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. 10'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 1. November 2016

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am: