

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY110043-O/U

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Dr. M. Kriech und
Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin
lic. iur. S. Subotic

Beschluss vom 22. März 2012

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen
Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 7. November 2011 (FE100203)**

Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 7. November 2011 (Urk. 2):

1. Das Massnahmebegehren der Klägerin wird abgewiesen, sofern darauf eingetreten wird.
2. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin einen Prozesskostenbeitrag von Fr. 7'000.-- (anrechenbar an ihre güterrechtlichen Ansprüche) zu bezahlen.
3. (Schriftliche Mitteilung)
4. (Rechtsmittel)

Berufungsanträge der Klägerin und Berufungsklägerin (Urk. 1 S. 2 ff.):

- " 1. Es seien beizuziehen:

Die Eheschutzverfahrensakten Nr. EE100027 beim Bezirksgericht Meilen,

die bei der I. Ziv. K. des Obergerichts des Kantons Zürich angelegten Rekursakten im Geschäft Nr. LP100072 betreffend Rekurs und Anschlussrekurs gegen die eheschutzrichterliche Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 24. September 2010 (EE100027) und

sodann beim Bezirksgericht Meilen, Einzelgericht im ordentlichen Verfahren, die Akten im Geschäft Nr. FE100203-G betreffend Ehescheidung verknüpft mit dem Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Ehescheidungsprozesses;

- 2.1 Es sei die Verfügung vom 7. November 2011 im Geschäft Nr. FE100203-G des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichts Meilen aufzuheben, ebenso alle Verfügungen, welche in Verbindung mit und als Folge der Verfügung vom 27. Juni 2011 erlassen worden sind, sofern und soweit sie zuungunsten der Gesuchstellerin lauten, so insbesondere Dispositivziffer 2 der Verfügung vom 27. Juni 2011 (act. 31) und Dispositivziffer 1 und 2 der Verfügung vom 14. September 2011 (act. 50) im Geschäft Nr. FE100303 des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Meilen, und es sei die Vorinstanz dazu anzuweisen, entsprechende Fristen erst nach Erledigung des Rekursentscheids im Verfahren der I. Ziv. K. des Obergerichts des Kantons Zürich Nr. LP100072 allenfalls neu anzusetzen;
- 2.2 Eventualiter sei die Verfügung vom 7. November 2011 aufzuheben und an die Vorinstanz mit der Aufforderung zurückzuweisen, die Sache nach Erledigung des Rekursverfahrens im Geschäft LP100072 der I. Ziv. K. des Obergerichts des Kantons Zürich und damit nach Vorliegen der tatsächlichen Grundlagen für die Beurteilung des vorsorglichen Massnahmebegehrens der Klägerin vom 12. November 2011 zu beurteilen unter

neuer Rechtsmittelfristansetzung an die Ehescheidungsparteien und damit an die Parteien im vorsorglichen Massnahmeverfahren;

2.2.1 Subeventualiter sei die Verfügung vom 7. November 2011 vollumfänglich aufzuheben und die Sache mit der Aufforderung an das Bezirksgericht Meilen, Einzelgericht im ordentlichen Verfahren, zurückzuweisen, und es sei den Parteien nach Einsichtnahme in den Rekursentscheid im Rekursverfahren vor der I. Ziv. K. des Obergerichts des Kantons Zürich im Geschäft LP100072 Frist zur Ergänzung des Sachverhalts zu setzen und nach entsprechendem allenfalls ungenütztem Fristenlauf die Sache betreffend vorsorgliche Massnahmen neu zu entscheiden,

alles unter Kosten und Entschädigungsfolgen, zuzüglich 8% Mehrwertsteuer, zu Lasten des im Ehescheidungsverfahren vor Bezirksgericht Meilen Nr. FE100203 Beklagten/Gesuchsgegners;

eventualiter seien die entsprechenden Kosten auf die Gerichtskasse zu nehmen."

Berufungsanträge des Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 7 S. 1):

" Die Anträge der Klägerin seien allesamt abzuweisen, soweit überhaupt darauf einzutreten sei.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin."

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte

1.1. Mit Verfügung des Eheschutzgerichts des Bezirks Meilen vom 24. September 2010 war das Getrenntleben der Parteien geregelt worden. Hinsichtlich der mit jener Verfügung festgesetzten, vom Beklagten und Berufungsbeklagten (fortan Beklagter) der Klägerin und Berufungsklägerin (fortan Klägerin) für sie und den Sohn der Parteien zu bezahlenden Unterhaltsbeiträge ist bei der beschliessenden Kammer ein Rekursverfahren hängig (LP100072). Das Scheidungsverfahren zwischen den Parteien wurde durch Anhebung der Klage beim Friedensrichteramt Z._____ am 25. Juni 2010 rechtshängig (Art. 136 Abs. 3 aZGB und § 195a ZPO/ZH; Vi-Urk. 1). Mit Eingabe vom 12. November 2010 reichte die Klägerin bei der Vorinstanz die Weisung ein und beantragte den Erlass vorsorglicher Massnahmen (Vi-Urk. 2). Für die weitere Prozessgeschichte des vorinstanz-

lichen Massnahmeverfahrens kann auf die Erwägungen in der angefochtenen Verfügung verwiesen werden (Urk. 2 S. 7-9).

1.2. Mit Verfügung vom 7. November 2011 wies die Vorinstanz die Massnahmebegehren der Klägerin ab, soweit sie darauf eintrat (Urk. 2; Dispositiv eingangs wiedergegeben). Gegen diese Verfügung hat die Klägerin am 20. November 2011 fristgerecht (vgl. Vi-Urk. 65/2) Berufung erhoben mit den eingangs aufgeführten Berufungsanträgen (Urk. 1).

1.3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen.

1.4. Am 12. März 2012 erstattete der Beklagte innert der ihm mit Verfügung vom 28. Februar 2012 (Urk. 6) angesetzten Frist Berufungsantwort mit vorstehenden Anträgen (Urk. 7).

2. Prozessuales

2.1. Für das Berufungsverfahren kommt die am 1. Januar 2011 in Kraft getretene eidgenössische Zivilprozessordnung zur Anwendung, wogegen das erstinstanzliche Verfahren weiterhin nach altem Recht zu führen ist (Art. 404 f. ZPO). Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO).

2.2. Wie noch zu zeigen sein wird, ist der Beizug der Akten des Rekursverfahrens LP100072 sowie der Akten des Eheschutzverfahrens EE100027 für die Entscheidungsfindung im Berufungsverfahren nicht vonnöten und kann daher unterbleiben (so schon die Vorinstanz; vgl. Urk. 2 S. 11 f.).

2.3. Auf die Parteivorbringen wird im Folgenden insoweit eingegangen, als sie für den vorliegenden Entscheid relevant sind.

3. Materielles

3.1. Die Vorinstanz erwog zusammengefasst, nach Einleitung des Scheidungsverfahrens würden die bestehenden Eheschutzmassnahmen so lange in Kraft bleiben, als sie nicht durch einen Massnahmeentscheid des Scheidungsgerichts

abgeändert würden. Eine solche Abänderung könne verlangt werden, wenn sich die tatsächlichen Verhältnisse erheblich und dauerhaft geändert hätten (Urk. 2 S. 10 f.). Die Massnahmeanträge der Klägerin würden teilweise wörtlich denjenigen entsprechen, welche sie schon im Eheschutzverfahren gestellt habe und über die schon das Eheschutzgericht befunden habe (Getrenntleben, Obhutszuteilung, Besuchsrecht, Zuteilung der ehelichen Liegenschaft, Zuteilung von Mobiliar und Hausrat). Da auch eine Veränderung der Verhältnisse nicht behauptet worden sei, müsse über diese Anträge im Massnahmeverfahren nicht mehr befunden werden (Urk. 2 S. 12 f.). Auch hinsichtlich der Einkommens- und Bedarfsverhältnisse bei der Parteien habe die Klägerin bei praktisch keiner Position eine Veränderung der Verhältnisse behauptet; soweit beim Bedarf der Klägerin dauerhafte Änderungen behauptet worden seien, welche zu berücksichtigen wären, seien diese nicht wesentlich (Urk. 2 S. 13-20). Hinsichtlich des von der Klägerin verlangten Prozesskostenvorschusses von Fr. 7'000.– sei diese als bedürftig und der Beklagte, welcher einen Vermögensstand von rund Fr. 13'000.– ausweise, als leistungsfähig anzusehen, weshalb der Vorschuss unter Anrechnung an die güterrechtlichen Ansprüche zuzusprechen sei (Urk. 2 S. 20 f.).

3.2. Die Klägerin stellt sich in ihrer Berufung im Wesentlichen auf den Standpunkt, die Vorinstanz hätte erst über ihr Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen im Ehescheidungsprozess entscheiden dürfen, nachdem der am Obergericht hängige Rekurs gegen die Eheschutzverfügung des Bezirksgerichts Meilen vom 24. September 2010 rechtskräftig erledigt gewesen wäre. Die Weiterbehandlung des Begehrens um vorsorgliche Massnahmen durch die Vorinstanz trotz eines Sistierungsgesuchs der Klägerin sei daher nicht nachvollziehbar. Ohne Vorliegen des Rekursentscheides sei die Entscheidbasis, auf welche sich die angefochtene Verfügung stütze, unvollständig, würde der Rekursentscheid über die Eheschutzverfügung ihrer Ansicht nach doch auch den Entscheid der Vorinstanz betreffend vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren beeinflussen (Urk. 1 S. 4 ff.).

3.3. Der Beklagte macht primär geltend, auf die mangelhafte Berufung der Klägerin sei nicht einzutreten. Im Übrigen beschränkt sich der Beklagte im Wesentli-

chen darauf, auf die seiner Meinung nach zutreffenden Erwägungen in der vorinstanzlichen Verfügung zu verweisen. Zudem weist er wiederholt darauf hin, dass für die Beurteilung von Abänderungsanträgen in einem Verfahren um vorsorgliche Massnahmen kein rechtskräftiger Entscheid des Eheschutzrichters notwendig sei. Notwendig und genügend sei vielmehr das Aufzeigen von erheblichen und dauernden Veränderungen der Entscheidungsgrundlagen, was die Klägerin eben gerade nicht habe dartun können (Urk. 7 S. 2 ff.).

3.4.1. Hinsichtlich des zeitlichen Geltungsbereichs von Eheschutzmassnahmen und vorsorglichen Massnahmen während der Dauer des Scheidungsverfahrens gilt, dass mit Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens nicht mehr der summarische Eheschutzrichter für Eheschutzmassnahmen, sondern der ordentliche Scheidungsrichter für vorsorgliche Massnahmen sachlich zuständig ist. Ist ein Eheschutzverfahren im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit der Scheidung hängig - aber noch nicht rechtskräftig entschieden -, ordnet der summarische Eheschutzrichter die Eheschutzmassnahmen bis zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit der Scheidungsklage an und zwar selbst dann, wenn er nach diesem Zeitpunkt entscheidet. Für die Zeit ab Rechtshängigkeit der Scheidungsklage ist der ordentliche Scheidungsrichter für den "originären" Erlass der vorsorglichen Massnahmen zuständig (BGE 129 III 60 ff., E. 2 und 3). Hat der summarische Eheschutzrichter vor Rechtshängigkeit der Scheidungsklage Eheschutzmassnahmen rechtskräftig angeordnet, bleiben diese grundsätzlich auch während des Scheidungsverfahrens in Kraft. Vorbehalten bleibt allerdings eine Abänderung der Eheschutzmassnahmen im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen.

3.4.2. Das Scheidungsverfahren zwischen den Parteien wurde, wie bereits ausgeführt, durch Anhebung der Klage beim Friedensrichteramt Z. _____ am 25. Juni 2010 rechtshängig. Die Verfügung des Bezirksgerichts Meilen betreffend Eheschutzmassnahmen erging am 24. September 2010. Diese Verfügung ist jedoch noch nicht rechtskräftig, da das entsprechende Rekursverfahren noch am Obergericht hängig ist. Im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens waren somit noch keine (rechtskräftigen) Eheschutzmassnahmen angeordnet. Daher hätte die Vorinstanz für die Zeit vom 25. Juni 2010 an rückwirkend auf

diesen Zeitpunkt vorsorgliche Massnahmen anordnen müssen (Art. 137 Abs. 2 Satz 3 aZGB in Verbindung mit Art. 173 Abs. 3 ZGB). Entgegen der Annahme der Vorinstanz geht es nicht um eine Abänderung von Eheschutzmassnahmen, sondern gemäss den vorstehenden Erwägungen um eine "originäre" Anordnung vorsorglicher Massnahmen. Dies hat die Klägerin in ihrer Eingabe vom 12. November 2010 an die Vorinstanz korrekt beantragt (Vi-Urk. 2 S. 9 ff. Rechtsbegehren Ziff. 5).

3.4.3. Die Klägerin verlangt im vorliegenden Berufungsverfahren die Aufhebung der angefochtenen Verfügung (Rechtsbegehren 2.1 bis 2.2.1), scheint aber von der falschen Vorstellung auszugehen, dass über eine Abänderung der Eheschutzmassnahme erst zu entscheiden gewesen wäre, nachdem das Obergericht - und allenfalls auch das Bundesgericht - die Eheschutzverfügung vom 24. September 2010 überprüft hätte. Richtigerweise hätte die Klägerin jedoch die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und den Erlass "originärer" vorsorglicher Massnahmen ab Rechtshängigkeit und für die Dauer des Scheidungsverfahrens verlangen müssen. Da im vorliegenden Berufungsverfahren aber zumindest der Antrag der Klägerin (Aufhebung der angefochtenen Verfügung) zutreffend ist und da für Kinderbelange, welche ebenfalls im Streit stehen, die Oficialmaxime gilt (Art. 280 Abs. 2 aZGB), ist die angefochtene Verfügung in teilweiser Gutheissung der Berufung trotz der fehlerhaften Begründung derselben aufzuheben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Im Übrigen ist die Berufung abzuweisen. Die Klägerin ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass lediglich die Berufung gegen die Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 7. November 2011 (FE100203) Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens ist, weshalb die von ihr beantragte (teilweise) Aufhebung weiterer Verfügungen nicht möglich ist. Nach dem Gesagten wird überdies deutlich, dass der Beizug weiterer Akten, wie dies von der Klägerin beantragt wird, für die Entscheidungsfindung nicht nötig ist.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1, § 8 Abs. 1, § 9 Abs. 2 und § 12 Abs. 1 und 2 der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) auf Fr. 3'000.– festzusetzen.

4.2. In Anwendung von Art. 104 Abs. 4 ZPO wird die Regelung der Prozesskosten des Berufungsverfahrens der Vorinstanz überlassen.

Es wird beschlossen:

1. Die Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 7. November 2011 (FE100203) wird aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
4. Die Regelung der Prozesskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid des Bezirksgerichtes vorbehalten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie – unter Beilage der Akten – an das Bezirksgericht Meilen, je gegen Empfangsschein.
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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 22. März 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic.iur. S. Subotic

versandt am:
ss