

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LY120050-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichter Dr. G. Pfister  
und Oberrichterin Dr. M. Schaffitz sowie Gerichtsschreiber lic. iur.  
F. Rieke

## Urteil vom 19. November 2012

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Gesuchsteller, Massnahmebeklagter und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Gesuchstellerin, Massnahmeklägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 24. Oktober 2012 (FE120196)**

### **Erwägungen:**

1. a) Am 22. Mai 2012 hatte die Massnahmeklägerin beim Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirks Bülach ein Eheschutzbegehren eingereicht. In der entsprechenden Hauptverhandlung vom 20. Juni 2012 hatten die Parteien eine Vereinbarung geschlossen, wonach die Massnahmeklägerin ihr Eheschutzbegehren zurückziehe und der Massnahmebeklagte sich an den Kosten beteilige (Vi-Urk. 7/9). Das Eheschutzverfahren wurde daraufhin mit Verfügung vom 26. Juni 2012 als durch Rückzug erledigt abgeschrieben (Vi-Urk. 7/10). An der Eheschutzverhandlung unterzeichneten die Parteien direkt im Anschluss an die Vereinbarung ein gemeinsames Scheidungsbegehren und machten durch Einreichung desselben das Scheidungsverfahren rechtshängig (Vi-Urk. 1). Am 11. Juli 2012 stellte die Massnahmeklägerin ein Massnahmebegehren, welches die gleichen Anträge wie das Eheschutzbegehren enthielt (monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 3'000.-- ab 1. Januar 2012, Herausgabe bestimmter Gegenstände, Gütertrennung, superprovisorische Verfügungsbeschränkung, Inventaraufnahme gemäss Art. 195a ZGB und Auskunfterteilung; Vi-Urk. 4). Am 13. Juli 2012 erliess die Vorinstanz superprovisorisch die beantragte Verfügungsbeschränkung und lud die Parteien auf den 18. September 2012 zur Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen vor (Vi-Urk. 9).

c) Mit Verfügung vom 24. Oktober 2012 (Urk. 2) wies die Vorinstanz den Antrag des Massnahmebeklagten auf Nichteintreten auf das Massnahmebegehren ab und trat auf die massnahmeklägerischen Begehren ein (ohne diese allerdings zu entscheiden; Disp.-Ziff. 1). Gleichzeitig setzte sie dem Massnahmebeklagten Frist zur Einreichung gewisser Urkunden an (Disp.-Ziff. 2).

d) Hiergegen hat der Massnahmebeklagte am 8. November 2012 fristgerecht Berufung erhoben und stellt die Berufungsanträge (Urk. 1 S. 2):

"1. Es sei die Verfügung Ziff. 1 aufzuheben.

2. Die klägerischen Anträge zu den vorsorglichen Massnahmen (einschliesslich superprovisorische Massnahme) seien abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Appellatin."

In der Begründung seiner Berufung ersucht der Massnahmebeklagte um aufschiebende Wirkung (Urk. 1 S. 2).

e) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Da sich die Berufung sogleich als unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

2. a) Thema des vorliegenden Berufungsverfahrens ist einzig der vorinstanzliche Entscheid auf Abweisung des Einwands des Massnahmebeklagten, auf das Massnahmebegehren zufolge bereits entschiedener Sache (Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO) nicht einzutreten.

b) Die Vorinstanz hat mit ihrem Entscheid auf Eintreten auf das Massnahmebegehren einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 237 ZPO gefällt. Die Fällung von Vor- oder Zwischenentscheiden widerspricht an sich dem Charakter eines summarischen Verfahrens, mit welchem rasch ein Entscheid (im Sinne eines das Verfahren abschliessenden Endentscheides) herbeigeführt werden soll. Zwar sind solche nicht grundsätzlich ausgeschlossen, doch sollten derartige Entscheide nur in qualifizierten Ausnahmefällen gefällt werden (vgl. den Hinweis bei Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, N 11 zu Art. 237 ZPO). Der vorliegende Fall bietet jedoch – schon mangels entsprechender Rügen des Massnahmebeklagten – keinen Anlass, diese Frage vertieft zu prüfen. Die Berufung ist daher das zulässige Rechtsmittel (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO).

c) Mit dem vorliegenden Endentscheid im Berufungsverfahren wird das Gesuch des Massnahmebeklagten um Erteilung der aufschiebenden Wirkung für seine Berufung gegenstandslos.

d) Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Der Beru-

fungsentscheid ist zu begründen (Art. 318 Abs. 2 ZPO in Verbindung mit Art. 112 BGG), wobei die Begründung kurz ausfallen kann, wenn der angefochtene Entscheid bestätigt wird (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N 54 zu Art. 318 ZPO).

3. a) Die Vorinstanz erwog, der Beklagte mache geltend, dass der Rückzug des Eheschutzbegehrens zu einer abgeurteilten Sache (res iudicata) führe, weshalb nicht die gleichen Begehren als Massnahmebegehren eingebracht werden könnten. Das Eheschutz- und das Massnahmeverfahren stünden sich inhaltlich wohl nahe, seien aber nicht identisch. Die rechtskräftige Erledigung des Eheschutzverfahrens durch Rückzug entfalte somit für das Massnahmeverfahren im Scheidungsverfahren keine Sperrwirkung der abgeurteilten Sache im Sinne von Art. 59 Abs. 1 lit. e ZPO (Urk. 2 S. 8-11). Darüberhinaus habe der Massnahmebeklagte mit der Unterzeichnung der Vereinbarung dem Rückzug zugestimmt, weshalb die Massnahmeklägerin den gleichen Anspruch aufgrund von Art. 65 ZPO wieder geltend machen könne (Urk. 2 S. 11 f.).

b) Der Massnahmebeklagte macht dagegen berufsungsweise zusammengefasst geltend, Eheschutzmassnahmen und vorsorgliche Massnahmen seien sowohl von der Verfahrensart als auch vom Zweck her dasselbe, selbst das Gesetz verweise in Art. 276 ZPO für vorsorgliche Massnahmen auf das Eheschutzverfahren; die beiden Verfahren würden sich nur durch den Namen unterscheiden (Urk. 1 S. 4). Den Massnahmeanträgen stehe daher die eingetretene Rechtskraft des Eheschutzes entgegen (Urk. 1 S. 7). Eine Zustimmung zum Klagerückzug im Eheschutzverfahren liege nicht vor (Urk. 1 S. 4-6).

c) Eheschutz- und Massnahmeverfahren sind in vielen Punkten ähnlich, sie sind jedoch nicht identisch. So ist das Eheschutzgericht an die im Gesetz umschriebenen Massnahmen gebunden (Art. 172 Abs. 3 ZGB; numerus clausus möglicher Massnahmen, vgl. Art. 173 ff. ZGB), wogegen das Massnahmegericht im Scheidungsprozess in seiner Befugnis nicht eingeschränkt ist (vgl. Art. 276 ZPO; "nötige" Massnahmen). Weiter stellt das Eheschutzverfahren ein in sich abgeschlossenes, rechtlich selbständiges und von anderen Prozessen unabhängiges Verfahren dar, welches – einmal formell rechtskräftig – grundsätzlich auch

während eines allfälligen Scheidungsverfahrens seine Gültigkeit hat (werden die Eheschutz-Regelungen nicht durch einen Entscheid des Massnahmegerichts aufgehoben oder abgeändert, gelten sie bei Abweisung oder Rückzug einer Scheidungsklage weiterhin). Vorsorgliche Massnahmen hingegen sind vollkommen abhängig vom Hauptverfahren (Scheidungsverfahren); sie können erst ab dessen Rechtshängigkeit verlangt werden, haben nur Wirkung während des Verfahrens und fallen nach Beendigung des Prozesses (sei es durch Gutheissung, Abweisung oder Rückzug der Klage) automatisch dahin. Mit der Rechtshängigkeit der Scheidungsklage fällt sodann die sachliche Zuständigkeit des Eheschutzgerichts dahin (das Eheschutzverfahren wird jedoch nicht gegenstandslos, denn das Eheschutzgericht bleibt zuständig für die Regelung des Getrenntlebens bis zur Rechtshängigkeit der Scheidung). Für die Zeit ab Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens ist allein das Massnahmegericht zuständig; bereits erlassene Eheschutzmassnahmen bleiben allerdings in Kraft, bis sie durch das Massnahmegericht aufgehoben oder abgeändert werden.

d) Vorliegend wurden aufgrund des Rückzugs des Eheschutzbegehrens gerade keine Eheschutzmassnahmen angeordnet. Das Massnahmegericht wird daher nicht über eine Abänderung derselben zu befinden haben, sondern originär, d.h. auch ohne Vorliegen von Abänderungsgründen, vorsorgliche Massnahmen anzuordnen haben. Im Übrigen würde es sich gleich verhalten, wenn das Eheschutzgericht die Begehren der Massnahmeklägerin abgewiesen hätte; auch diesfalls würden keine Regelungen des Getrenntlebens vorliegen, welche durch das Massnahmegericht abgeändert werden könnten. Bloss ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass sogar im Falle, dass Eheschutzregelungen erlassen worden wären und keine Abänderungsgründe für einen abweichenden Massnahmeentscheid vorliegen würden, auf das Massnahmebegehren einzutreten (dieses aber in der Folge abzuweisen) wäre.

e) Der Einwand des Massnahmebeklagten, auf das Massnahmebegehren sei zufolge bereits entschiedener Sache (Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO) nicht einzutreten, ist daher zu verwerfen und der entsprechende vorinstanzliche Entscheid zu bestätigen.

f) Eine andere Frage ist, wieweit das Massnahmegericht zur rückwirkenden Unterhaltsregelung befugt ist. Die Regelung von Art. 137 Abs. 2 letzter Satz aZGB, wonach Unterhaltsbeiträge rückwirkend für das Jahr vor Einreichung des Begehrens gefordert werden können, ist nicht in Art. 276 ZPO übernommen worden; die Lehre geht jedoch davon aus, dass dies weiterhin zulässig sei (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., N 32 zu Art. 276 ZPO, Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar zur ZPO, N 4.6 zu Art. 276 ZPO, Oberhammer [Hrsg.], Kurzkomentar zur ZPO, N 3 zu Art. 276 ZPO). Ist allerdings vor dem Scheidungsverfahren ein Eheschutzverfahren durchgeführt worden (wie vorliegend) oder ist ein solches noch hängig, ist eine rückwirkende Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen über die Zeit vor der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens hinaus nicht möglich, denn für diese Zeit fiel bzw. fällt die Beurteilung von Unterhaltsleistungen in die Kompetenz des Eheschutzgerichts (BGE 129 III 60 Erw. 3). Eine Zustimmung des Massnahmebeklagten zum Rückzug des Eheschutzbegehrens der Massnahmeklägerin (so die Eventualbegründung der Vorinstanz; Urk. 1 S. 11 f.) lässt sich dem Wortlaut der Vereinbarung kaum entnehmen (vgl. Vi-Urk. 7/9, auch Vi-Urk. 7/Prot. S. 15 f.). Da diese Frage jedoch nicht das grundsätzliche Eintreten auf das Massnahmebegehren betrifft, ist sie nicht im vorliegenden Berufungsverfahren zu entscheiden.

g) Ebensowenig hat die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid über das Eintreten auf die Massnahmebegehren im Einzelnen entschieden, weshalb auch die vom Massnahmebeklagten vorgebrachten Einwände gegen das Eintreten auf die einzelnen Begehren (z.B. Feststellung der Berechtigung zum Getrenntleben, Anordnung der Gütertrennung; Urk. 1 S. 8) nicht im Berufungsverfahren, sondern im vorinstanzlichen Massnahmeverfahren zu prüfen sein werden.

h) Nach dem Gesagten ist die Berufung abzuweisen und die angefochtene Verfügung zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

4. a) Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss dem Massnahmebeklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

b) Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, der Massnahmeklägerin nicht, weil sie keine relevante Umtriebe hatte (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO), und dem Massnahmebeklagten nicht, weil er unterliegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

### **Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen und die Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 24. Oktober 2012 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'000.--.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Massnahmebeklagten auferlegt.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Massnahmeklägerin unter Beilage des Doppels von Urk. 1, sowie unter Beilage einer Kopie von Urk. 1 an das Bezirksgericht Bülach, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

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, 19. November 2012

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. F. Rieke

versandt am:  
ss