

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY230028-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender,
Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Oberrichter Dr. M. Kriech
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. A. Baumgartner

Beschluss vom 5. September 2023

in Sachen

A._____,

Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin X._____

gegen

B._____,

Beklagter und Beschwerdegegner

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 14. Juli 2023 (FE220127-G)**

Erwägungen:

1. a) Die Parteien führten vom 24. Juli 2020 bis 12. November 2021 am Bezirksgericht Meilen ein Eheschutzverfahren (EE200043-G). Beide Parteien erhoben in der Folge gegen das erstinstanzliche Eheschutzurteil Berufung, über welche mit Beschluss und Urteil der Kammer vom 2. September 2022 entschieden wurde (LE210066-O). Dabei wurde in Bezug auf die durch den Beklagten und Beschwerdegegner (fortan Beklagter) zu leistenden Unterhaltsbeiträge folgende Regelung getroffen:

" 9. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin an den Unterhalt von C._____ und D._____ je folgende monatliche, im Voraus je auf den Ersten eines jeden Monats zahlbare Unterhaltsbeiträge zu bezahlen:

a) von 1. Dezember 2021 bis 31. März 2022: Fr. 950.– für C._____ und Fr. 1'575.– für D._____ (davon Fr. 726.– Betreuungsunterhalt),

b) ab 1. April 2022 bis 21. August 2022: Fr. 1'050.– für C._____ und Fr. 950.– für D._____,

c) ab 22. August 2022 für die weitere Dauer des Getrenntlebens: Fr. 1'070.– für C._____ und Fr. 970.– für D._____.

10. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für sich persönlich folgende monatliche, im Voraus je auf den Ersten eines jeden Monats zahlbare Unterhaltsbeiträge zu bezahlen:

a) von 1. Dezember 2020 bis 30. November 2021: Fr. 1'880.–,

b) von 1. Dezember 2021 bis 31. März 2022: Fr. 350.–,

c) ab 1. April 2022 bis 21. August 2022: Fr. 250.–,

d) ab 22. August 2022 für die weitere Dauer des Getrenntlebens: Fr. 320.–."

b) Seit dem 4. Oktober 2022 stehen die Parteien nun vor Erstinstanz in einem Ehescheidungsverfahren (Urk. 6/1 S. 1). Mit Eingabe vom 28. Juni 2023 stellte die Klägerin und Beschwerdeführerin (fortan Klägerin) folgende Anträge (Urk. 6/78 S. 2):

" 1. In Abänderung von Ziff. 9 lit. c) des Urteils des Obergerichts des Kanton Zürich vom 2. September 2002, Geschäfts-Nr.: LE210066, sei der Beklagte – im Wege einer Vorsorglichen Massnahme, ab 1. Juli 2023 für die weitere Dauer des Getrenntlebens bis zur

Rechtskraft des Ehescheidungsverfahrens – zu verpflichten, zu Händen der Klägerin, an die Erziehung und Betreuung von C._____, geb. am tt.mm.2011 und D._____, geb. am tt.mm.2016, monatlich im Voraus, jeweils spätestens zum 1. eines jeden Monats, folgende monatliche Unterhaltsbeiträge (Barunterhalt) zu bezahlen:

Für C._____:

- Fr. 1'295.40

Für D._____

- Fr. 1'195.40

2. In Abänderung von Ziff. 10 lit. d des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 2. September 2022, Geschäfts-Nr. LE210066, sei der Beklagte – im Wege einer Vorsorglichen Massnahme, ab 1. Juli 2023 für die weitere Dauer des Getrenntlebens bis zur Rechtskraft des Ehescheidungsverfahrens – zu verpflichten, an die Klägerin persönlich, einen angemessenen, monatlich im Voraus, jeweils spätestens zum 1. eines jeden Monats fälligen Ehegattenunterhalt in Höhe von Fr. 1'330.30 zu bezahlen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten."

Mit Verfügung vom 14. Juli 2023 entschied die Vorinstanz in Bezug auf die vorstehenden Anträge der Klägerin das Folgende (Urk. 6/84 S. 8 ff. = Urk. 2 S. 8 ff.):

" 1. (...)

2. Das Gesuch der Klägerin vom 29. Juni 2023 um Erlass von vorsorglichen Massnahmen wird abgewiesen.

3.-5. (...)

6. Dieser Entscheid wird mit seiner Eröffnung rechtskräftig. Eine **Beschwerde** gegen die Dispositivziffern 1 und 2 kann innert **10 Tagen** von der Zustellung an in je einem Exemplar für das Gericht und für jede Gegenpartei sowie unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden, in den vom Gesetz bestimmten Fällen oder wenn ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. In der Beschwerdeschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Der gesetzliche Fristenstillstand gilt betreffend Dispositivziffern 1, 2, 3 und 6 nicht (Art. 146 ZPO)."

c) Innert der Frist von zehn Tagen (Urk. 6/85/2) erhob Rechtsanwältin

X. _____ namens der Klägerin Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2):

- " 1. Die Verfügung des Bezirksgerichts Meilen vom 14. Juli 2023, FE220127, sei in Dispositivziffer 2 aufzuheben und an die Vorinstanz zurückzuverweisen.
2. Eventualiter sei in Abänderung von Ziff. 9 lit. c) des Urteils des Obergerichts des Kanton Zürich vom 2. September 2002, Geschäfts-Nr.: LE210066, der Beklagte/Beschwerdegegner – im Wege einer Vorsorglichen Massnahme, ab 1. Juli 2023 für die weitere Dauer des Getrenntlebens bis zur Rechtskraft des Ehescheidungsverfahrens – zu verpflichten, zu Händen der Klägerin/Beschwerdeführerin, an die Erziehung und Betreuung von C. _____, geb. am tt.mm.2011 und D. _____, geb. am tt.mm.2016, monatlich im Voraus, jeweils spätestens zum 1. eines jeden Monats, folgende monatliche Unterhaltsbeiträge (Barunterhalt) zu bezahlen:
Für C. _____:
- Fr. 1'295.40
Für D. _____
- Fr. 1'195.40
3. Eventualiter sei in Abänderung von Ziff. 10 lit. d des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 2. September 2022, Geschäfts-Nr. LE210066, sei der Beklagte/Beschwerdegegner – im Wege einer Vorsorglichen Massnahme, ab 1. Juli 2023 für die weitere Dauer des Getrenntlebens bis zur Rechtskraft des Ehescheidungsverfahrens – zu verpflichten, an die Klägerin/Beschwerdeführerin persönlich, einen angemessenen, monatlich im Voraus, jeweils spätestens zum 1. eines jeden Monats fälligen Ehegattenunterhalt in Höhe von Fr. 1'330.30 zu bezahlen.
Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten."

Rechtsanwältin X. _____ stellte sodann namens der Klägerin folgende prozessualen Anträge (Urk. 1 S. 3):

- " 1. Der Beschwerdegegner/Beklagte sei – bei Leistungsfähigkeit – zu verpflichten, an die Beschwerdeführerin/Klägerin zur Deckung von Anwaltskosten einen Prozesskostenbeitrag in Höhe von Fr. 3'000.00 zzgl. MwSt. sowie in Höhe des von der Beschwerdeführerin/Klägerin zu tragenden Gerichtskostenanteils, der in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, zu bezahlen.

2. Eventualiter sei der Beschwerdeführerin/Klägerin für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und es sei ihr die Unterzeichnende als Rechtsbeiständin beizuordnen."

d) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 6/1-87).

Auf die Ausführungen der Klägerin im Rechtsmittelverfahren ist nachfolgend nur insoweit einzugehen, als sich dies für die Entscheidungsfindung als notwendig erweist.

2. a) Die Vorinstanz hat als Rechtsmittel die Beschwerde belehrt. Gemäss Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO sind erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen mit Berufung anfechtbar, es sei denn der Streitwert erreiche bei einer vermögensrechtlichen Streitigkeit nicht Fr. 10'000.– (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Die Klägerin hat Beschwerde erhoben.

b) Ergreift eine Partei ein unzulässiges Rechtsmittel, ist auf dieses grundsätzlich nicht einzutreten. Unter bestimmten Umständen kann die Rechtsmittelbehörde das unzulässige Rechtsmittel indes als ein anderes Rechtsmittel entgegennehmen, wenn die Rechtsschrift die Voraussetzungen auch des anderen Rechtsmittels erfüllt. Die Rechtsprechung stützt sich hierbei auf das Verbot des überspitzten Formalismus (Art. 29 Abs. 1 BV). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann eine Konversion lediglich dann zulässig sein, wenn der Fehler nicht auf einer bewussten Entscheidung der anwaltlich vertretenen Partei beruht, dem am Ende der erstinstanzlichen Entscheidung genannten Rechtsbehelf nicht zu folgen, oder auf einem groben Fehler. Umgekehrt ist eine Umwandlung ausgeschlossen, wenn der anwaltlich vertretene Rechtsmittelkläger bewusst einen Rechtsbehelf gewählt hat, obwohl er nicht in Unkenntnis darüber sein konnte, dass dieser falsch war. Das Bundesgericht hat eine Konversion hinsichtlich der Rechtsmittel der Zivilprozessordnung bei einer anwaltlich vertretenen Partei gar im Falle einer unrichtigen Rechtsmittelbelehrung abgelehnt, wenn der Beschwerdeführer respektive dessen Rechtsvertreter bei gehöriger Sorgfalt mit einem Blick in das Gesetz hätte erkennen können, dass nur ein bestimmtes Rechtsmittel zulässig ist. Die Konversion einer unzulässigen Berufung in eine zulässige Be-

schwerde (und umgekehrt) ist somit, selbst bei Vorliegen einer falschen Rechtsmittelbelehrung, abzulehnen (vgl. die Rechtsprechungsübersicht im Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 8. August 2022 [410 22 128], E. 2; ferner BGer 4A_113/2021 vom 2. September 2022, E. 6: Ablehnung der Konversion einer unzulässigen Beschwerde in eine zulässige Berufung).

c) Rechtsanwältin X._____ hat namens der Klägerin ihr Rechtsmittel bewusst als Beschwerde eingereicht. So führte sie im Rubrum ihrer Rechtsmittelschrift vom 27. Juli 2023 die Parteien als Beschwerdeführerin und Beschwerdegegner auf und bezeichnete das Rechtsmittel als "Beschwerde gegen eine Verfügung des Bezirksgerichts Meilen vom 14. Juli 2023, FE220127" (Urk. 1 S. 1). Sodann erwähnte sie auf Seite 2 ihrer Rechtsmittelschrift explizit und fett gekennzeichnet, dass sie Beschwerde erhebe (Urk. 1 S. 2 oben). Zudem machte sie geltend, dass sie zur Einreichung der Beschwerde gehörig bevollmächtigt sei, die zehntägige Beschwerdefrist eingehalten habe und sich die Beschwerde gegen einen Entscheid über vorsorgliche Massnahmen richte. Sie führte sodann weiter aus, dass mit der Beschwerde sowohl die unrichtige Rechtsanwendung wie auch die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes gerügt werde (unter ausdrücklichem Hinweis auf Art. 320 ZPO). Schliesslich erwähnte sie, dass die Parteien in der Rechtsmittelschrift nachfolgend als Beschwerdeführerin (Klägerin) und Beschwerdegegner (Beklagter) bezeichnet würden (Urk. 1 S. 3 Ziff. I; vgl. dazu BGer 4A_145/2021 vom 27. Oktober 2021, E. 5.2.1 und Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 8. August 2022 [410 22 128], E. 3). Es ist demnach davon auszugehen, dass Rechtsanwältin X._____ das Rechtsmittel der Beschwerde bewusst gewählt hat.

3. a) Rechtsprechungsgemäss kann nur diejenige Partei den sich aus der Rechtsmittelbelehrung ergebenden Vertrauensschutz für sich in Anspruch nehmen, welche die Unrichtigkeit auch bei gebührender Aufmerksamkeit nicht hat erkennen können. Dabei vermag nur grobe prozessuale Unsorgfalt der betroffenen Partei oder ihres Anwaltes eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung aufzuwiegen. Von einem Rechtsanwalt wird jedoch erwartet, dass er eine Grobkontrolle der Rechtsmittelbelehrung durch Konsultierung der anwendbaren Verfahrensbestimm-

mungen vornimmt, wobei er nicht auch noch die einschlägige Rechtsprechung oder Literatur nachschlagen muss. Ergibt sich jedoch die Fehlerhaftigkeit schon aus dem Wortlaut des Gesetzes, so wird die Sorgfaltswidrigkeit des Anwaltes als grob angesehen und es besteht mithin kein Vertrauensschutz (BGer 5A_350/2021 vom 17. Mai 2021, E. 5 m.w.H.).

b) Sofern Rechtsanwältin X._____ davon ausging, dass es sich vorliegend um eine vermögensrechtliche Angelegenheit handelt, hätte sie bei der Konsultation der Verfahrensbestimmungen der Schweizerischen Zivilprozessordnung zum Schluss gelangen müssen, dass nicht die von der Vorinstanz bezeichnete Beschwerde, sondern die Berufung das korrekte Rechtsmittel darstellt. Aufgrund von Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO sind – wie bereits erwähnt – erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen mit Berufung anfechtbar. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Als Wert wiederkehrender Leistungen gilt der Kapitalwert (Art. 92 Abs. 1 ZPO). Bei ungewisser oder unbeschränkter Dauer gilt als Kapitalwert der zwanzigfache Betrag der einjährigen Nutzung oder Leistung und bei Leibrenten der Barwert (Art. 92 Abs. 2 ZPO). Mit einem Blick in das Gesetz hätte Rechtsanwältin X._____ demnach erkennen können, dass einzig die Berufung gemäss Art. 308 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 ZPO zulässig ist, da nur schon der monatliche Streitwert ihres Abänderungsbegehrens Fr. 1'461.10 beträgt. Es spielt daher keine Rolle, ob es sich bei der angefochtenen Verfügung um eine vermögensrechtliche oder nicht vermögensrechtliche Streitigkeit handelt, da gemäss Art. 308 ZPO in beiden Fällen einzig die Berufung gegeben ist. Auf die Beschwerde der Klägerin ist demnach nicht einzutreten.

4. Bei der Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses bzw. -beitrages sind die für die Gewährung des prozessualen Armenrechts entwickelten Grundsätze analog anzuwenden. Vorausgesetzt ist demnach, dass die ersuchende Partei mittellos und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO analog). Zudem muss der Vorschussverpflichtete leistungsfähig sein (OGer LZ180005-O vom 11.06.2018, E. II.3.2 m.w.H.; OGer PC220050-O vom 24. Ja-

nuar 2023, E. 3.1.1 m.w.H.). Das Rechtsmittelverfahren war jedoch – wie vorstehend aufgezeigt – von vornherein als aussichtslos anzusehen, weshalb die Gesuche der Klägerin um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses bzw. -beitrages und Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das zweitinstanzliche Verfahren abzuweisen sind.

5. Die Prozesskosten sind der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Bei Nichteintreten gilt die klagende Partei bzw. die Partei, welche das Rechtsmittel erhoben hat, als unterliegend (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO), weshalb der Klägerin die Gerichtskosten des zweitinstanzlichen Verfahrens aufzuerlegen sind. Die Entscheidunggebühr ist gestützt auf § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1, § 8 Abs. 1, § 10 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 1'200.– festzusetzen.

Mangels wesentlicher Umtriebe ist dem Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren keine Entschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO). Die Klägerin ihrerseits hat als unterliegende Partei keinen Anspruch auf Entschädigung (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Auf die Beschwerde der Klägerin wird nicht eingetreten.
2. Die Gesuche der Klägerin um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses bzw. -beitrages sowie um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das zweitinstanzliche Verfahren werden abgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden der Klägerin auferlegt.
5. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage der Doppel der Urk. 1, 3 und 4/2-5, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmitelfrist 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG sowie ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 5. September 2023

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Baumgartner

versandt am:
ip