



Geschäfts-Nr. PN040028

III. Zivilkammer

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. iur. E. Mazurczak, Vorsitzender, Dr. iur. A. Brunner und Oberrichterin Dr. iur. H. Kneubühler Dienst sowie die juristische Sekretärin lic. iur. O. Mosimann

Zirkular-Erledigungsbeschluss vom 11. März 2004

in Sachen

B. -H.

Beklagte und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwalt X.

gegen

B.

Kläger und Beschwerdegegner
vertreten durch Rechtsanwalt Y.

betreffend **Ehescheidung (Fristansetzung)**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen eine Verfügung der Einzelrichterin im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 9. Januar 2004 (FE02...)

Das Gericht zieht in Erwägung:

1. Im Rahmen des beim Bezirksgericht Meilen hängigen Scheidungsverfahrens zwischen den Parteien stellte die Beklagte am 9. April 2002 ein Massnahmebegehren und beantragte, u.a. die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses. Mit Verfügung vom 25. April 2003 entsprach die Vorinstanz dem Begehren im Umfang von Fr. 10'000.--. Dieser Entscheid wurde mit Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichtes vom 15. Juli 2003 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen. Am 15. Oktober 2003 ersuchte die Beklagte erneut um Sistierung des Verfahrens bis zur definitiven Klärung der Frage der Prozessfinanzierung. Diesen Verfahrens Antrag wies die Vorinstanz mit Verfügung vom 21. Oktober 2003 ab und setzte der Beklagten Frist zur Erstattung der Hauptklageduplik an. Hierauf beantragte die Beklagte mit Eingabe vom 28. Oktober 2003, es sei ihr die Frist zur Hauptklageduplik abzunehmen und mit dem Entscheid über die vorsorglichen Massnahmen neu anzusetzen; eventuell sei ihr ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen.

Mit Verfügung vom 9. Januar 2004 wies die Vorinstanz u.a. den Antrag der Beklagten, es sei ihr die Frist zur Hauptklageduplik abzunehmen und mit dem Entscheid über die vorsorglichen Massnahmen neu anzusetzen, ab (Dispositiv Ziff. 1) und setzte ihr wiederum eine Frist zur Einreichung der Duplik an (Dispositiv Ziff. 2). Gegen diesen Entscheid richtet sich die rechtzeitig eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde der Beklagten, mit welcher sie beantragt, es seien Dispositiv Ziff. 1 und 2 der angefochtenen Verfügung in dem Sinne aufzuheben, als mit einer Fristansetzung zur Erstattung der Hauptklageduplik bis zum Entscheid über die vorsorglichen Massnahmen, mithin die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses an die Beklagte, zuzuwarten sei. Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet. Der Kläger verzichtet ausdrücklich auf eine Beschwerdeantwort.

Mit Präsidialverfügung vom 13. Februar 2004 wurde der Beschwerde in dem Sinne aufschiebende Wirkung zuerkannt, als die Frist zur Einreichung der Duplik abgenommen wurde.

2. Bei der angefochtenen Verfügung handelt es sich mit Bezug auf die Dispositiv Ziff. 1 und 2 um einen prozessleitenden Entscheid. Gemäss § 282 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO kann dieser mit der Nichtigkeitsbeschwerde dann angefochten werden, wenn ein schwer wiedergutzumachender Nachteil droht, d.h. es muss ein Nachteil sein, der auch durch einen der Beschwerdeführerin günstigen Endentscheid nicht mehr behoben werden kann. Diese Voraussetzung ist hier ohne weiteres zu bejahen, da es in erster Linie - wenn auch indirekt - um den Erlass vorsorglicher Massnahmen geht, welche für die Dauer des Verfahrens Geltung haben (Frank/Sträuli/Messmer, N. 5a zu § 282 ZPO). Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.
3. Die Beklagte macht geltend, durch die Weigerung der Vorinstanz, im Rahmen vorsorglicher Massnahmen die Frage der Prozessfinanzierung zu klären, werde ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Darin liege auch eine Rechtsverweigerung, zumal die Vorinstanz in willkürlicher Weise das Beschleunigungsgebot nur auf das Hauptverfahren anwende.
4. Das Vorgehen der Vorinstanz erweist sich als Verweigerung des rechtlichen Gehörs und stellt im Endeffekt eine materielle Rechtsverweigerung dar. Die Vorinstanz irrt, wenn sie gemäss ihren Erwägungen Ziff. 2 sinngemäss der Auffassung ist, der Scheidungsprozess könne ungeachtet der Frage des Prozesskostenvorschusses weitergeführt werden. Die Vorinstanz hält selber fest, die Parteien hätten Anspruch auf die Behandlung ihrer Begehren. Dann ist aber nicht ersichtlich, namentlich auch nicht aus dem von der Vorinstanz zitierten ZR 75 Nr. 18, weshalb sie die Beurteilung des Begehrens der Beklagten hinsichtlich eines Prozesskostenvorschusses im vorliegenden Stadium des Verfahrens verweigert und lediglich das Scheidungsbegehren des Klägers fördert. Auch wenn der Prozesskostenvorschuss ein zivilrechtliches Institut ist, so gehört dieser zu den vorsorglich zu regelnden Massnahmen nach Art. 137 ZGB (vgl. Schwenzer, Praxiskommentar Scheidungsrecht, N. 53 zu Art. 137 ZGB; Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen

Scheidungsrecht, N. 40 zu Art. 137 ZGB). Als vorsorgliche Massnahme für die Dauer des Prozesses versteht es sich von selbst, dass der Vorschuss nach seinem Sinn und Zweck nach der Rechtshängigkeit der Klage, dessen Führung er ermöglichen soll, vom Anspruchsberechtigten begehrt und vom Massnahmenrichter gestützt auf § 110 ZPO auch beurteilt werden muss (vgl. Bühler/Spühler, N. 280 zu Art. 145 aZGB; Frank/Sträuli/Messmer, N. 54 zu § 110 ZPO). Vorsorgliche Massnahmen sind - wie es schon ihr Name sagt - vor dem eigentlichen Hauptverfahren anzuordnen, da sie nur für die Dauer des Prozesses Wirkung entfalten. Daran ändert nichts, dass die Vorinstanz in Dispositiv Ziff. 3 der gleichen Verfügung - unangefochten (ein Rekurs ist nicht eingegangen) - festgehalten hat, der Beklagten stehe kein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu, da ihr Anspruch auf Prozesskostenvorschuss davon unabhängig ist und auf der Beistands- oder Unterhaltspflicht des Ehegatten beruht. Es ist der Auffassung der Beklagten daher beizupflichten, wenn ihr Vertreter die Behandlung des Gesuches vorgängig der Fristansetzung zur Erstattung der Duplik verlangt, da es u.a. auch zu den Pflichten eines Rechtsanwaltes gehört, die Bezahlung seines Honorars zu sichern. Es ist dem Berechtigten sogar bis zur tatsächlichen Leistung des Vorschusses nicht zuzumuten, sich auf weitere Prozesshandlungen einzulassen, was zur Folge hat, dass der Prozess bis dahin zu ruhen hat, sei es mittels formeller Einstellung des Verfahrens, sei es durch formloses Aussetzen weiterer Prozesshandlungen (vgl. Bühler/Spühler, N. 293 zu Art. 145 aZGB). Weiter gehen die Autoren Hinderling/Steck (Das Schweizerische Scheidungsrecht, S. 553/554), die dem Vorschusspflichtigen sogar prozessuale Nachteile auferlegen wollen. Vorläufig ist aber allein massgebend, dass die Vorinstanz im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen zu Unrecht einen Entscheid über den Prozesskostenvorschuss verweigert, weshalb die Nichtigkeitsbeschwerde gutzuheissen ist und Dispositiv Ziff. 1 und 2 der angefochtenen Verfügung aufzuheben sind. Die Vorinstanz wird somit zunächst, über den von der Beklagten geltend gemachten Prozesskostenvorschuss zu entscheiden haben. Vor dem rechtskräftigen Entscheid darüber hat sie das Hauptverfahren jedenfalls ruhen zu lassen, namentlich ist der Beklagten vorher keine Frist zur Einreichung der Duplik anzusetzen.

5. Nachdem sich der Kläger dem aufzuhebenden Entscheid nicht angeschlossen hat, werden die Kosten des Kassationsverfahrens auf die Gerichtskasse genommen (§ 66 Abs. 2 ZPO). Eine Entschädigungspflicht des Staates besteht mangels gesetzlicher Grundlage nicht (Frank/Sträuli/Messmer, N. 14a zu § 68 ZPO).

Demgemäss beschliesst das Gericht:

1. In Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde werden Dispositiv Ziff. 1 und 2 der Verfügung der Einzelrichterin im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 9. Januar 2004 aufgehoben. Die Sache wird im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen.
3. Für das Kassationsverfahren wird keine Entschädigung zugesprochen.