

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC170014-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter Prof. Dr. P. Higi und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Urteil vom 15. September 2017

in Sachen

A. _____,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung / Prozesskostenvorschuss**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 8. März 2017; Proz. FE150211

Rechtsbegehren der Beklagten:

(act. 6/57 S. 2)

"Es sei der Kläger zu verpflichten, der Beklagten im Hinblick auf das klägerische Massnahmeverfahren (Abänderung des Eheschutzentscheides vom 24. April 2015) einen Prozesskostenvorschuss im einstweiligen Umfang von Fr. 10'000.-- zu bezahlen.

Es sei vor weiteren Verfahrensschritten zunächst über die Prozesskostenvorschusspflicht des Klägers zu befinden.

Schliesslich sei der Beklagten Frist zur schriftlichen Begründung des Begehrens um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses anzusetzen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers."

Verfügung des Bezirksgericht Dietikon vom 8. März 2017:

(act. 6/60 = act. 7 S. 3)

1. Das Begehren um Fristansetzung zur Begründung des Begehrens um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses wird abgewiesen.
2. Das Begehren um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses wird abgewiesen.
3. Über die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen wird mit dem Endentscheid befunden.
- 4./5. [Schriftliche Mitteilung / Rechtsmittelbelehrung: Beschwerde, 10 Tage, kein Fristenstillstand].

Rechtsmittelanträge:

– der Beklagten und Berufungsklägerin (act. 2 S. 2):

- "1. Es seien die beiden Verfügungen der Vorinstanz vom 8. März 2017 und vom 17. März 2017 aufzuheben, und es sei mit einer

Fristansetzung zur Stellungnahme zum Massnahmebegehren des Beschwerdegegners vom 1. Februar 2017 (vi act. 40) bis zum rechtskräftigen Entscheid über das Gesuch der Beschwerdeführerin um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses vom 2. März 2017 resp. 16. März 2017 zuzuwarten.

2. Es sei das Gesuch der Beschwerdeführerin um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses vom 2. März 2017 resp. 16. März 2017 vollumfänglich gutzuheissen;

Eventualiter sei das Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen, und es sei die Vorinstanz anzuhalten, über das Gesuch der Beschwerdeführerin um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses vom 2. März 2017 resp. 16. März 2017 zu befinden.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdegegners."

- des Klägers und Berufungsbeklagten (act. 10 S. 2):

- "1. Es sei das Gesuch um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses vollumfänglich abzuweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsklägerin."

Erwägungen:

I.

1.1. Die Parteien heirateten am tt. Juni 1992. Aus ihrer Ehe gingen die gemeinsamen Töchter C._____, geboren am tt.mm.1995, und D._____, geboren am tt.mm.1998, hervor (act. 6/3/1; act. 6/3/4). Die Parteien leben seit dem 22. März 2012 getrennt. Mit Urteil des Bezirksgerichts Dietikon vom 3. Juli 2013 wurde die Gütertrennung per 5. Juni 2013 angeordnet (Geschäfts-Nr. EE130047; act. 6/5/4/9). Im Eheschutzurteil des Bezirksgerichts Dietikon vom 24. April 2015 wurde der Kläger und Berufungsbeklagte (fortan Kläger) u.a. verpflichtet, Fr. 1'250.00 an den Unterhalt der Tochter D._____, Fr. 2'000.00 an die Beklagte sowie die (Wohn-)Kosten von damals insgesamt Fr. 4'967.00 für die von der Be-

klagten mit den Töchtern bewohnte Eigentumswohnung in E._____ zu bezahlen (Geschäfts-Nr. EE140103; act. 6/5/23).

1.2. Am 16. Oktober 2015 machte der Kläger eine Scheidungsklage nach Art. 114 ZGB am Bezirksgericht Dietikon, Einzelgericht im ordentlichen Verfahren (fortan Vorinstanz), anhängig (Geschäfts-Nr. FE150211; act. 6/1). Nach ergebnisloser Einigungsverhandlung, durchgeführter Hauptverhandlung mit Replik/Duplik sowie Novenstellungen und der vorinstanzlich veranlassten Gutachteneinholung stellte der Kläger am 1. Februar 2017 ein Gesuch um Abänderung der Eheschutzmassnahmen für die Dauer des Scheidungsverfahrens. Er beantragte die vorsorgliche Aufhebung der Verpflichtung zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen an die Tochter D._____ und die Beklagte (Prot. Vi S. 4 f.; Prot. Vi S. 8 ff.; act. 6/24; act. 6/26; act. 6/48-50; act. 6/40 S. 1). Am 7. Februar 2017 teilte die Beklagte der Vorinstanz im Zusammenhang mit der Kautonierung für die Beweiserhebungen mit, dass der Kläger die Barunterhaltszahlungen an sie und die Tochter D._____ eingestellt habe (act. 6/42). Mit Eingabe vom 2. März 2017 stellte die Beklagte das eingangs wiedergegebene Begehren um Fristansetzung und Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses (act. 6/57). Die Vorinstanz wies die Begehren mit Verfügung vom 8. März 2017 ab (act. 6/60 = act. 7 S. 3). Am 16. März 2017 reichte die Beklagte ein begründetes Gesuch um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses über Fr. 12'000.00 für das Massnahmeverfahren ein (act. 6/66). Die Vorinstanz bezeichnete dieses als nicht eigenständiges Begehren, sondern als (verspätete) Ergänzung des bereits abgewiesenen Gesuchs und setzte der Beklagten mit Verfügung vom 17. März 2017 eine nicht erstreckbare Frist von 30 Tagen an, um zum Gesuch des Klägers auf Erlass vorsorglicher Massnahmen Stellung zu nehmen (act. 6/68 S. 2).

2.1. Die Beklagte focht die vorinstanzlichen Verfügungen vom 8. sowie 17. März 2017 mit Eingabe vom 27. März 2017 (Datum Poststempel) rechtzeitig (act. 6/63/2; act. 6/73a) beim Obergericht des Kantons Zürich an und stellte die vorstehend aufgeführten Rechtsbegehren. In prozessualer Hinsicht verlangte sie die Gewährung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 2 f.). Soweit die Rechtsmitteleingabe der Beklagten die vorinstanzliche Verfügung vom 8. März 2017 betrifft,

wurde das vorliegende Berufungsverfahren angelegt. In Bezug auf die gegen die vorinstanzliche Verfügung vom 17. März 2017 gerichteten Rügen wurde das Beschwerdeverfahren mit der Geschäfts-Nr. PC170015 eröffnet. Die Kammer erteilte dem Rechtsmittel der Beklagten mit Verfügung vom 30. März 2017 einstweilen insofern die aufschiebende Wirkung, als der Beklagten die mit vorinstanzlicher Verfügung vom 17. März 2017 angesetzte Frist abgenommen wurde. Dem Kläger wurde Frist angesetzt, um sich zur aufschiebenden Wirkung zu äussern, mit dem Hinweis, dass nur im Falle einer Stellungnahme neu entschieden werde (act. 4). Der Kläger äusserte sich zur aufschiebenden Wirkung des Rechtsmittels nicht. Mit Verfügung vom 10. Mai 2017 wurde ihm Frist zur schriftlichen Berufungsantwort angesetzt (act. 8). Er erstattete die Berufungsantwort mit den eingangs aufgeführten Anträgen fristgerecht am 17. Mai 2017 (act. 10). Die Eingabe wurde der Beklagten zur Kenntnisnahme zugestellt. Sie reichte dazu am 2. Juni 2017 eine Stellungnahme ein (act. 14; act. 15/1-4), welche dem Kläger zur Kenntnis gebracht wurde (act. 16).

2.2. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 6/1-78). Die Vorinstanz leitete die klägerische Noveneingabe vom 3. Juli 2017 im vorinstanzlichen Haupt- und Massnahmeverfahren an die Kammer weiter. Diese wurde zu den obergerichtlichen Akten genommen (act. 18-19). Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Auf die Parteivorbringen ist im Folgenden – soweit entscheidrelevant – einzugehen.

II.

1.1. Der Entscheid über die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses gilt als vorsorgliche Massnahme (vgl. etwa OGer ZH PC160020 vom 9. November 2016, E. 2.1 m.w.H.), weshalb gemäss Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO dagegen Berufung erhoben werden kann, sofern der erforderliche Streitwert erreicht ist oder es sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit handelt (vgl. Art. 308 Abs. 2 ZPO).

1.2. Wie sich der Streitwert vorsorglicher Massnahmen bemisst, ist umstritten. Während sich die Botschaft nicht explizit zur Thematik äussert (vgl. Botschaft ZPO, BBl 2006 7221 ff., S. 7371), gehen der wohl überwiegende Teil der Lehre sowie das Bundesgericht davon aus, dass nicht der Streitwert der Klage, sondern derjenige der umstrittenen vorsorglichen Massnahme massgebend ist (BGer 5A_447/2012 vom 27. August 2012, E.1.2; BGer 5D_30/2013 vom 15. April 2013, E. 1; BGer 5D_83/2015 vom 6. Januar 2016, E. 1.2; Blickenstorfer, DIKE-Komm-ZPO, 2. A., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 308 N 32; SHK ZPO-Mathys, Bern 2010, Art. 308 N 35; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, § 26 N 13; ZK ZPO-Reetz/Theiler, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 308 N 41). Auch die nicht immer einheitliche Praxis der Kammer folgte bisweilen diesem Standpunkt (vgl. etwa OGer ZH LY130007 vom 22. Mai 2013, E. II.1; OGer ZH PC140028 vom 21. August 2014, E. 1.4; OGer ZH PC160020 vom 9. November 2016, E. 2.1). Gemäss anderer Ansicht ist hingegen auf den Streitwert der Klage abzustellen (OFK ZPO-Gehri, 2. A., Zürich 2015, ZPO 308 N 6; Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, a.a.O., Art. 91 N 7 f.).

1.3. Das Bundesgericht begründet den Standpunkt, wonach auf den Streitwert der vorsorglichen Massnahme (Prozesskostenvorschuss) selbst abzustellen sei, damit, dass sich in derartigen Fällen der Gegenstand der vorsorglichen Massnahme von demjenigen des Hauptverfahrens unterscheidet und abschliessend beurteilt werde, weshalb es sich auch um einen Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG handelt (siehe etwa BGer 5A_447/2012 vom 27. August 2012, E. 1.2). Demgegenüber lässt sich jedoch ebenso argumentieren, dass vorsorgliche Massnahmen der Durchsetzung der Hauptsache dienen und – je nach Massnahme – (nur) einen kleinen Schritt auf dem Weg zum Entscheid über diese darstellen, sodass auf den Streitwert der Hauptsache abzustellen sei (vgl. Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, a.a.O., Art. 91 N 8 und Fn 24 i.V.m. N 7). Letzteres steht auch mit der in der Lehre überwiegend vertretenen Ansicht im Einklang, wonach Entscheide über vorsorgliche Massnahmen – sofern sie nicht in einem separaten Verfahren behandelt werden und dann Endentscheide darstellen, wie etwa in einem Eheschutzprozess – als Zwischenentscheide im Sinne von Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO zu qualifizieren sind (vgl. BK ZPO-Sterchi, Bd. II, Bern 2012,

Art. 308 N 20; BSK ZPO-Spühler, 3. A., Basel 2017, Art. 308 N 7; Blickenstorfer, DIKE-Komm-ZPO, a.a.O., Art. 308 N 23; a.M. ZK ZPO-Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 308 N 33, wonach es sich um eine eigene Art von Entscheid handeln soll); bei solchen Entscheiden entspricht der Streitwert anerkanntermassen demjenigen der Hauptsache (vgl. statt vieler BSK ZPO-Spühler, a.a.O., Art. 308 N 9; ZK ZPO-Reetz/ Theiler, a.a.O., Art. 308 N 39 und 41).

In Bezug auf den Prozesskostenvorschuss als vorsorgliche Massnahme im Scheidungsverfahren ist in Anwendung der aufgeführten Bundesgerichts- und Lehrmeinungen zusätzlich zu berücksichtigen, dass zwar über den Leistungsanspruch resp. die Leistungspflicht der Ehegatten als auch die Leistungshöhe des Vorschusses entschieden wird. Diesbezüglich kann grundsätzlich von einer abschliessenden Beurteilung gesprochen werden. Anders als jedoch bei Eheschutzmassnahmen, welche die Zeit vor dem Endentscheid regeln und auf die – da das Scheidungsurteil erst vom Zeitpunkt seiner Rechtskraft an Wirkung zeitig – nicht mehr zurückgekommen wird, ist die Leistung des Prozesskostenvorschusses nur eine vorläufige Leistung. Die Zusprechung des Vorschusses bedeutet nicht, dass der/die Verpflichtete die Kosten definitiv zu tragen hat. Über die definitive Kostentragung im Verfahren wird erst im Scheidungsurteil abschliessend geurteilt bzw. befunden (vgl. unter Erw. III.4.1.). Dass sich der Gegenstand des Massnahmeverfahrens über den Prozesskostenvorschuss von demjenigen des Hauptverfahrens unterscheidet und abschliessend beurteilt werde, kann daher insofern nicht gesagt werden. Aufgrund dessen erscheint das Abstellen auf den Streitwert der Hauptsache im Verfahren über den Prozesskostenvorschuss als überzeugender.

1.4. Vorliegend handelt es sich beim Hauptsacheverfahren um einen Scheidungsprozess. Es ist von einer nicht vermögensrechtlichen Streitigkeit auszugehen; entsprechend ist das Rechtsmittel der Berufung gegeben.

2. Die Berufung ist schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO; Art. 314 ZPO). Es kann die unrichtige Rechtsanwendung sowie die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsbegründung hat sich sachbezogen mit der Begründung des angefochtenen Entscheides auseinanderzusetzen, es ist konkret

aufzuzeigen, weshalb und in welchen Belangen der angefochtene Entscheid falsch sein soll und welche Dokumente diese Argumentation stützen (so auch ZK ZPO-Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 311 N 34 ff.). Neue Tatsachen und Beweismittel werden im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor Vorinstanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

3. Vorauszuschicken ist, dass Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens einzig die Verfügung der Vorinstanz vom 8. März 2017 ist. Soweit sich die beklagischen Vorbringen nicht auf diese Verfügung beziehen, die Beklagte etwa Ausführungen zu ihrer Ansicht nach willkürlichen Schlussfolgerungen in der vorinstanzlichen Verfügung vom 8. Februar 2017 macht und den von der Vorinstanz erhobenen Beweiskostenvorschuss mit Verfügung vom 11. Januar 2017 als völlig überrissen bezeichnet (act. 2 S. 5 f.), ist darauf nicht weiter einzugehen. Die genannten Beanstandungen wären allenfalls mit einem Rechtsmittel gegen die jeweiligen vorinstanzlichen Verfügungen geltend zu machen gewesen.

III.

1. Die Vorinstanz erwog, die Beklagte habe ihren Antrag auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses nicht begründet und vielmehr eine Fristansetzung hierzu verlangt. Weshalb es ihr nicht möglich gewesen sein sollte, das Gesuch bereits begründet einzureichen, habe sie nicht dargelegt. Die Vorinstanz befand, die von einem erfahrenen Rechtsanwalt vertretene Beklagte hätte ihr Gesuch bereits begründet und belegt einreichen müssen. Das Verfahren in der Hauptsache sei mit beachtlichem Aktenumfang bereits weit fortgeschritten. Es könne nicht vorgebracht werden, die Beklagte sei noch nicht in der Lage gewesen, die nötigen Unterlagen zu produzieren. Auch sei nicht ersichtlich, weshalb die Beklagte in Nachachtung ihrer Mitwirkungspflicht nicht hätte in der Lage sein sollen, sich auf bereits im Prozess eingebrachte Akten zu stützen und diese zu bezeichnen. Das Gesuch zur Fristansetzung für die Begründung ihres Antrages sei daher abzuweisen. Die Vorinstanz hielt weiter fest, es sei die Obliegenheit der Beklagten gewe-

sen, nachzuweisen, dass sie auf einen Prozesskostenvorschuss angewiesen sei. Es könne nicht Sache des Gerichts sein, in den inzwischen sehr umfangreichen Akten nach einer möglichen Grundlage für die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses zu suchen. Die Beklagte sei ihrer Mitwirkungspflicht offensichtlich nicht nachgekommen, weshalb ihr Gesuch um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses abzuweisen sei (act. 7 S. 2).

2. Der Rechtsvertreter der Beklagten bringt vor, er vertrete die Beklagte seit längerer Zeit; er habe sie insbesondere bereits im vorinstanzlichen Scheidungsverfahren sowie dem vorausgegangenen Eheschutzverfahren vertreten (act. 2 S. 3). Die Beklagte lässt weiter vorbringen, dass der Kläger am 1. Februar 2017 ein umfangreiches Massnahmebegehren samt Beilagen gestellt habe. Gleichzeitig habe er die Unterhaltszahlungen eingestellt resp. die Unterhaltsbeiträge für Dezember 2016/Januar 2017 erst im Februar 2017 und diejenigen für Februar 2017 gar nicht bezahlt. Erst ab März 2017 habe der Kläger den Barunterhalt wieder geleistet. Auch habe der Kläger die (solidarisch) geschuldeten Hypotheken-Amortisationen von Fr. 16'566.00 für das Jahr 2016 ohne ihr Einverständnis nicht mehr erbracht. Sie sei dadurch definitiv in eine Liquiditätskrise geraten. Der Kläger lege es im vorinstanzlichen Verfahren darauf an, sie und die Kinder aus der ehelichen Eigentumswohnung zu drängen. Seine Aushungerungsstrategie sei geradezu offensichtlich (act. 2 S. 5 f.; act. 14 S. 3 ff.). Die Beklagte lässt erklären, am 2. März 2017 ein (noch unbegründetes) Gesuch um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses gestellt und um Fristansetzung zur schriftlichen Gesuchsbegründung ersucht zu haben, da sie auch nicht mehr in der Lage sei, für die Anwaltskosten, welche mit Fr. 12'000.00 für ein aufwändiges Massnahmeverfahren nicht übersetzt seien, aufzukommen. Die Abweisung ihrer Gesuche um Fristansetzung zur schriftlichen Begründung sowie um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses durch die Vorinstanz sei überspitzt formalistisch und stelle im Resultat eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs dar (act. 2 S. 7; act. 14 S. 7). Die Beklagte verweist zudem darauf, dass ein Gesuch um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses bei der Vorinstanz sogar mündlich hätte anhängig gemacht werden können und gleichsam durch die Vorinstanz hätte behandelt werden müssen (act. 2 S. 9). In Bezug auf die Voraussetzungen für die Zuspre-

chung eines Prozesskostenvorschusses verweist die Beklagte auf ihre Eingabe an die Vorinstanz vom 16. März 2017. Sie wiederholt ihre dortigen Ausführungen zur Leistungsfähigkeit des Klägers: Dieser habe per Ende 2015 über ein Bar- und Wertschriftenvermögen von Fr. 233'916.00 verfügt und im Jahr 2016 ein Bruttoeinkommen von Fr. 353'000.00 erzielt, weshalb sein aktuelles Vermögen um einiges höher sein müsse als dasjenige Ende 2015. Die Beklagte bezeichnet ihre Einkommenssituation unter Verweis auf Beilagen der Klageantwort sowie Duplik vor Vorinstanz als unzureichend und ihre Vermögensarmut als belegt. Ihren Bedarf von rund Fr. 12'000.00 exkl. Vorsorgeunterhalt könne sie offensichtlich nicht decken, für die Prozessfinanzierung reiche es ohnehin nicht (act. 2 S. 10 f.; act. 14 S. 5 f.).

3. Der Kläger erklärt, einzig zum Antrag Ziffer 2 Abs. 1 der Beklagten Stellung nehmen zu wollen, diesbezüglich er eine Abweisung des Begehrens auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses zu seinen Lasten verlange (act. 10 S. 2). Er räumt ein, die monatlichen Rentenzahlungen an die Beklagte über Fr. 2'000.00 sowie Fr. 1'1250.00 nicht im Voraus, sondern erst nach Ablauf des jeweiligen Monats geleistet zu haben. Hinsichtlich der Amortisationszahlungen verweist der Kläger im Wesentlichen darauf, dass er mit der ZKB eine Stundung vereinbart habe, da die eheliche Liegenschaft ohnehin im Jahr 2017 verkauft werden müsse. Die Stundung sei der Beklagten bekannt (act. 10 S. 3 f.). Im Weiteren vertritt der Kläger den Standpunkt, dass die Beklagte sehr wohl in der Lage sei, ihren Anwalt aus eigenem Einkommen (Unterhaltszahlungen, Verdienst Kosmetikstudio, Beitrag der Töchter) zu finanzieren, zumal sie "gratis" in der Eigentumswohnung wohne. Hinzu komme das Guthaben der Beklagten bei der UBS von Fr. 10'732.00 per 15. März 2017 sowie dasjenige bei der ZKB, welches Ende 2015 noch Fr. 4'668.00 betragen habe. Mit Einwilligung in den Verkauf der Eigentumswohnung würde sich die Liquidität der Beklagten zudem um rund Fr. 200'000.00 oder mehr verbessern. Im Übrigen habe die Beklagte nicht aufgezeigt, weshalb ein so hoher Prozesskostenvorschuss von Fr. 12'000.00 für das vorsorgliche Massnahmeverfahren nötig sei. Die Kosten seien auf nicht mehr als Fr. 4'000.00 zu schätzen. Er sei seit November 2016 arbeitslos und bis Ende Mai 2017 arbeitsunfähig. Sein Vermögen habe weiter abgenommen. Von einer Aushungerungsstrategie

seinerseits könne keine Rede sein, sondern vielmehr von einer Schädigungsstrategie der Beklagten, indem sie die Eigentumswohnung zu einem möglichst tiefen Preis übernehmen wolle, obwohl sie diese nicht finanzieren könne (act. 10 S. 5 ff.).

4.1. Gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist der eine Ehegatte gehalten, dem anderen in Rechtsstreitigkeiten durch Leistung von Prozesskostenvorschüssen beizustehen. Das Institut des Prozesskostenvorschusses (sog. *provisio ad litem*) ist eng mit dem prozessualen Armenrecht verknüpft. Soweit eine Prozesskostenvorschusspflicht besteht, geht sie dem Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege vor (vgl. BGE 142 III 36, E. 2.3). Während der Anspruch auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege verfahrensrechtlicher Natur ist und sich in erster Linie gegen den Staat richtet, ist der auf eherechtliche Pflichten (je nach dogmatischer Begründung Art. 159 Abs. 3 ZGB oder Art. 163 ZGB) gründende Anspruch auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses gegen den anderen Ehegatten gerichtet. Die Zwecksetzung ist die gleiche: Dem Vorschussempfänger, der selbst nicht über die nötigen Mittel verfügt, soll die Wahrnehmung seiner Interessen vor Gericht ermöglicht werden. Es geht mithin um die Herstellung der prozessualen Waffengleichheit zwischen den Parteien. Dies erheischt keine definitive Kostenauflegung. Der Leistende besitzt grundsätzlich einen Anspruch auf Rückerstattung oder Anrechnung auf güterrechtliche und/oder zivilprozessuale Gegenforderungen. Beim Prozesskostenvorschuss eines Ehegatten an den anderen handelt es sich folglich um eine vorläufige Leistung (siehe KassGer AA080164 vom 9. September 2009, E. 3.1; BGer 5A_170/2011 vom 9. Juni 2011, E. 4.3; BGE 66 II 70). Für vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsprozess (Art. 276 ZPO) besteht (anders als im Eheschutzverfahren, vgl. Art. 172 Abs. 3 ZGB) kein *numerus clausus*. Alle vorsorglichen Regelungen, die nötig, geeignet und verhältnismässig sind, können angeordnet werden. In vermögensrechtlichen Belangen der Ehegatten ist ein entsprechendes Gesuch vorausgesetzt, es gilt die Dispositionsmaxime (vgl. Botschaft ZPO, BBl 2006 7221 ff, S. 7360 und BGer 5P.395/2001 vom 12. März 2002, E. 2). Das Verfahren um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses ist ein summarisches und es gelangt unter der Schweizerischen Zivilprozessordnung die eingeschränkte Untersuchungsmaxime

zur Anwendung (Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 272 ZPO; vgl. OGer ZH LQ100062 vom 28. Juli 2011, E. III.5.3 betr. Verhandlungsmaxime nach ZPO/ZH). Letztere umfasst vor allem eine gesteigerte gerichtliche Fragepflicht; die Parteien werden vom Gericht bei der Sammlung des Prozessstoffs durch geeignete Fragen unterstützt. Sinn und Zweck des eingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes ist die Unterstützung der schwächeren Partei. Sie greift nur zum Ausgleich eines Machtgefälles oder eines ungleichen Know hows. Sind beide Parteien anwaltlich vertreten, hat sich das Gericht bei der Feststellung des Sachverhalts wie im ordentlichen Prozess zurückzuhalten (vgl. Botschaft ZPO, BBl 2006 7221 ff., S. 7348).

4.2. Im summarischen Verfahren muss das Gesuch gemäss Art. 130 ZPO schriftlich resp. elektronisch beim Gericht eingereicht werden; in einfachen oder dringenden Fällen kann es mündlich beim Gericht zu Protokoll gegeben werden (Art. 252 ZPO). Die Möglichkeit der mündlichen Gesuchstellung wurde der Laienfreundlichkeit und zusätzlichen Beschleunigung des Verfahrens halber in die Schweizerische Zivilprozessordnung aufgenommen (siehe Botschaft ZPO, BBl 2006 7221 ff., S. 7350). Ob es der Intention des Gesetzgebers entspricht, dass eine anwaltlich vertretene Partei wie die Beklagte ihr Gesuch mündlich zu Protokoll gibt, und ob ein einfacher oder dringender Fall vorlag, kann vorliegend unbeantwortet gelassen werden. Denn es ist nicht ersichtlich, was die Beklagte aus ihrem Vorbringen, sie hätte das Gesuch um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses auch mündlich anhängig machen können und es hätte diesfalls von der Vorinstanz behandelt werden müssen, zu ihren Gunsten für sich ableiten möchte. Zum einen hat die Beklagte ihr Gesuch nicht mündlich zu Protokoll gegeben. Zum anderen muss ein mündlich wie ein schriftlich gestelltes Gesuch (auch) im summarischen Verfahren in analoger Anwendung von Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO grundsätzlich eine Darstellung des relevanten Sachverhaltes enthalten. Die Stellung eines Rechtsbegehrens mit dem Verlangen um Frist zur Begründung des Gesuches genügt dem nicht (Art. 219 ZPO i.V.m. Art. 221 ZPO; vgl. auch ZK ZPO-Klingler, a.a.O., Art. 252 N 21, 23 und 36, ZK ZPO-Leuenberger, a.a.O., Art. 221 N 6 und Art. 220 N 1 sowie BSK ZPO-Mazan, a.a.O., Art. 252 N 10). Es kann daher keine Rede davon sein, dass die Vorinstanz in überspitzten Forma-

lismus verfallen ist, wenn sie von der Beklagten eine Gesuchsbegründung verlangte. Auch liegt keine Gehörsverletzung vor. Es lag – insbesondere auch in zeitlicher Hinsicht – in der Disposition der Beklagten, ein Gesuch um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses einzureichen. Der anwaltlich vertretenen Beklagten musste bekannt sein, dass ein solches Gesuch begründet und hinreichend dokumentiert einzureichen ist. Anzuführen ist, dass auch nicht wegen der bereits umfangreichen Ausführungen der Parteien zum Unterhalts- bzw. Güterrecht im vorinstanzlichen Verfahren auf eine Begründung des verlangten Prozesskostenvorschusses verzichtet werden durfte, da in diesen Bereichen nicht zwingend von denselben Grundsätzen auszugehen ist (vgl. etwa BGer 5P.346/2005 vom 15. November 2005, E. 4.4). Im Weiteren ist der Vorinstanz auch darin zuzustimmen, dass nicht ersichtlich ist, weshalb es der Beklagten nicht hätte möglich sein sollen, ihr Gesuch begründet einzureichen. Der Rechtsvertreter der Beklagten räumt im Berufungsverfahren selber ein, diese bereits seit längerem zu vertreten. Nur schon deshalb ist davon auszugehen, dass ihm die Tatsachen und Belege zur Gesuchsbegründung bekannt waren bzw. vorgelegen haben. Die für die Gesuchstellung massgeblichen Tatsachen müssen ihm auch sonst bekannt gewesen sein, weil von einem Rechtsvertreter erwartet werden muss, dass er ein Gesuch nicht ohne Prüfung der massgeblichen Fakten, also gewissermassen "ins Blaue", stellt. Es war nicht an der Vorinstanz, der Beklagten zur Gesuchsbegründung eine Frist anzusetzen, ging es doch immerhin nicht um eine Nach- resp. Verbesserung ihres Gesuchs (i.S.v. Art. 132 ZPO), sondern fehlte es ohne jegliche Begründung überhaupt an einem genügenden Gesuch im Sinne von Art. 252 ZPO.

5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beklagte bezüglich der vorinstanzlichen Abweisung ihres Begehrens um Fristansetzung sowie Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses weder eine unrichtige Rechtsanwendung noch eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz aufzuzeigen vermag. Anzuführen ist einzig, dass ohne Vorliegen eines Gesuchs im Sinne von Art. 252 ZPO und ohne inhaltliche Prüfung resp. Prüfungsmöglichkeit durch die Vorinstanz – aufgrund fehlender Begründung – auf die beklagte Eingabe vom 2. März 2017 nicht einzutreten gewesen wäre (vgl. dazu BSK ZPO-Willisegger,

a.a.O., Art. 221 N 28). Auf eine dahingehende Korrektur des vorinstanzlichen Entscheides ist jedoch zu verzichten. Im Abweisungs- wie im Nichteintretensfall dringt die Beklagte mit ihren vor Vorinstanz gestellten Anträgen nicht durch. Aus der Verfahrenserledigung durch die Vorinstanz erwächst der Beklagten kein Nachteil, weshalb ihr auch kein Rechtsschutzinteresse an einer Korrektur des vorinstanzlichen Dispositives zukommt. Die Berufung der Beklagten ist damit abzuweisen und die vorinstanzliche Verfügung vom 8. März 2017 (Geschäfts-Nr. FE150211/Z08) ist zu bestätigen. Bei diesem Ausgang ist nicht weiter auf die Vorbringen der Parteien zu den Voraussetzungen für die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses einzugehen.

IV.

Ausgangsgemäss wird die Beklagte für das zweitinstanzliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 95 ZPO). Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'000.00 festzusetzen und der Beklagten aufzuerlegen. Die Beklagte ist antragsgemäss zu verpflichten, dem Kläger eine Parteientschädigung zu bezahlen (act. 10 S. 2 und 7). Die Parteientschädigung ist in Anwendung von § 13 in Verbindung mit § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und § 9 der AnwGebV auf Fr. 1'350.00 festzusetzen. Ein Mehrwertsteuerzuschlag wurde nicht verlangt und ist demnach auch nicht zu gewähren.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und die Verfügung des Bezirksgerichts Dietikon vom 8. März 2017 (Geschäfts-Nr. FE150211/Z08) wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.00 festgesetzt.

3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten auferlegt.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'350.00 zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Dietikon, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Würsch

versandt am: