

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PC170015-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 Beschwerdeführerin

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

gegen

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

Kläger und Beschwerdegegner

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

betreffend **Ehescheidung / Frist Gesuchsantwort / Rechtsverweigerung**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 17. März 2017; Proz. FE150211**

### **Erwägungen:**

1.

1.1. Die Parteien sind seit dem tt. Juni 1992 verheiratet. Sie haben zwei gemeinsame, mittlerweile volljährige Töchter (act. 6/3/1; act. 6/3/4). Im Eheschutzurteil des Bezirksgerichts Dietikon vom 24. April 2015 wurde der Kläger und Beschwerdegegner (fortan Kläger) u.a. verpflichtet, Fr. 1'250.00 an den Unterhalt der Tochter C.\_\_\_\_\_, Fr. 2'000.00 an die Beklagte und Beschwerdeführerin (fortan Beklagte) sowie die (Wohn-)Kosten von damals insgesamt Fr. 4'967.00 für die von der Beklagten mit den Töchtern bewohnte Eigentumswohnung in D.\_\_\_\_\_ zu bezahlen (Geschäfts-Nr. EE140103; act. 6/5/23).

1.2. Seit Oktober 2015 stehen sich die Parteien in einem Scheidungsverfahren nach Art. 114 ZGB am Bezirksgericht Dietikon, Einzelgericht im ordentlichen Verfahren (fortan Vorinstanz), gegenüber (Geschäfts-Nr. FE150211; act. 6/1). Nach ergebnisloser Einigungsverhandlung, durchgeführter Hauptverhandlung und vorinstanzlich veranlasster Gutachtenseinholung 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 C.\_\_\_\_\_ und die Beklagte (Prot. Vi S. 4 f. und 8 ff.; 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 C.\_\_\_\_\_ eingestellt habe (act. 6/42). Mit Eingabe vom 2. März 2017 stellte die Beklagte ein unbegründetes Begehren um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses im Umfang von Fr. 10'000.00 für das Massnahmeverfahren. Sie beehrte gleichzeitig um Fristansetzung zur Begründung des Antrages (act. 6/57). Die Vorinstanz wies die Begehren mit Verfügung vom 8. März 2017 ab (act. 6/60). Am 16. März 2017 reichte die Beklagte ein begründetes Gesuch um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses mit folgendem Rechtsbegehren ein (act. 6/66 S. 2):

"Es sei der Kläger zu verpflichten, der Beklagten im Hinblick auf das klägerische Massnahmeverfahren (Abänderung des Eheschutzent-

scheides vom 24. April 2015) einen Prozesskostenvorschuss im einstweiligen Umfang von Fr. 12'000.-- zu bezahlen.

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

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers."

Mit Verfügung vom 17. März 2017 setzte die Vorinstanz der Beklagten eine nicht erstreckbare Frist von 30 Tagen an, um zum Gesuch des Klägers auf Erlass vorsorglicher Massnahmen Stellung zu nehmen (act. 6/68 = act. 7 S. 2).

2.

2.1. Die Beklagte focht die vorinstanzlichen Verfügungen vom 8. sowie 17. März 2017 mit Eingabe vom 27. März 2017 (Datum Poststempel) rechtzeitig beim Obergericht des Kantons Zürich an und stellte die folgenden Rechtsbegehren (act. 2 S. 2 f.; act. 6/63/2; act. 6/73a):

- "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."

#### Verfahrensanträge:

- "1. Es sei der vorliegenden Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, und es sei festzuhalten, dass die mit der vorinstanzlichen Verfügung vom 17. März 2017 angesetzte Frist zur Stellungnahme zum Massnahmebegehren des Beschwerdegegners vom 1. Februar 2017 (vi act. 40) nicht zu laufen begonnen hat, und es sei diese Frist abzunehmen.

2. Es sei die Beschwerdeführerin von der Verpflichtung zur Leistung einer Prozesskaution für das Beschwerdeverfahren zu befreien."

2.2. Soweit die Rechtsmitteleingabe der Beklagten die vorinstanzliche Verfügung vom 8. März 2017 betrifft, wurde das Berufungsverfahren mit der Geschäfts-Nr. PC170014 angelegt. In Bezug auf die vorinstanzliche Verfügung vom 17. März 2017 beanstandet die Beklagte zum einen, dass ihr Frist zur Stellungnahme angesetzt wurde, und gleichzeitig, dass ihr (begründetes) Gesuch um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses vor der Fristansetzung nicht behandelt wurde (act. 2 S. 2, 7 f. und 10). Bei der vorinstanzlichen Fristansetzung mit Verfügung vom 17. März 2017 handelt es sich um einen prozessleitenden Entscheid, welcher (wenn ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht) mit Beschwerde anfechtbar ist (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO). Die Nichtbehandlung eines gestellten Gesuchs kann mit Rechtsverweigerungsbeschwerde nach Art. 319 lit. c ZPO geltend gemacht werden. Für die gegen die vorinstanzliche Verfügung vom 17. März 2017 gerichteten Rügen wurde daher das vorliegende Beschwerdeverfahren eröffnet.

2.3. 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 der 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 Beschwerdeantwort angesetzt (act. 8). Der Kläger erklärte mit Eingabe vom 17. Mai 2017, auf eine Stellungnahme im vorliegenden Verfahren zu verzichten und für den Fall der Beschwerdeabweisung eine angemessene Parteientschädigung gemäss kantonalem Tarif zu verlangen (act. 12 S. 2). Die Eingabe wurde der Beklagten zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 13).

2.4. 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 oberge-

richtlichen Akten genommen (act. 15-16). Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Auf die Parteivorbringen ist im Folgenden – soweit entscheiderelevant – einzugehen.

3.

3.1. Die Vorinstanz führte in den Erwägungen der angefochtenen Verfügung vom 17. März 2017 aus, das Begehren der Beklagten um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses sei am 8. März 2017 abgewiesen worden. Der entsprechende Entscheid sei sofort vollstreckbar und einem allfälligen Rechtsmittel komme keine aufschiebende Wirkung zu. Die neuerliche Eingabe der Beklagten betreffend den Prozesskostenvorschuss vom 16. März 2017 sei nicht als eigenständiges Begehren aufzufassen, sondern als (allerdings verspätete) Ergänzung des bereits abgewiesenen Begehrens. Dies zumal ausgeschlossen werden könne und auch nicht geltend gemacht werde, dass sich die Verhältnisse zwischen dem 8. März 2017 und der Eingabe vom 16. März 2017 derart verändert hätten, dass ein erneutes Begehren um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses gestellt werden könnte. Der Beklagten sei somit Frist anzusetzen, um zum klägerischen Begehren betreffend vorsorgliche Massnahmen Stellung zu nehmen (act. 7 S. 2 f.).

3.2. Die Beklagte macht geltend, die Vorinstanz habe ihr begründetes Gesuch um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses mit willkürlicher Begründung nicht behandelt. Überspitzter formalistisch gehe es gar nicht. Die Vorinstanz verkenne, dass ein Gesuch um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses jederzeit gestellt, erneuert und erweitert (sowie auch zurückgezogen und wieder eingebracht) werden könne. Die Nichtbehandlung ihres Begehrens durch die Vorinstanz stelle daher eine Gehörs- sowie Rechtsverweigerung dar. Offensichtlich wolle die Vorinstanz nicht über ihr Begehren vom 16. März 2017 entscheiden, habe sie doch umgehend nach Erhalt ihres Begehrens die angefochtene Verfügung erlassen und ihr Frist zur Beantwortung des klägerischen Massnahmebegehrens angesetzt. Der Kläger hingegen werde von der Vorinstanz geschont, indem von ihm – trotz mehrfachen früheren Hinweisen ihrerseits – keine Kautions für die Gerichtskosten des Scheidungsverfahrens verlangt werde. Dies obwohl der Kläger, wie von ihr aufgezeigt, über sechsstelligen Betreffnisse verfüge. Durch dieses Vor-

gehen erwecke die Vorinstanz den Anschein, bei der Frage der Prozessfinanzierung nicht unvoreingenommen zu sein. Bevor weitere Verfahrensschritte unternommen werden, insbesondere bevor das klägerische Massnahmebegehren zu beantworten sei, müsse über ihr Gesuch um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses entschieden werden (act. 2 S. 7 ff.).

3.3. Zu den Behauptungen der Beklagten zur Schonung des Klägers durch die Vorinstanz und deren anscheinenden Voreingenommenheit ist vorab zu bemerken, dass dies nicht zum Gegenstand des Beschwerdeverfahrens gemacht werden kann. Sollte die Beklagte damit einen Grund für den Ausstand des Vorderrichters geltend machen wollen, wäre ein Ausstandsgesuch beim Bezirksgericht Dietikon zu stellen (Art. 49 Abs. 1 ZPO). Der Vollständigkeit halber ist an dieser Stelle jedoch anzufügen, dass Art. 98 ZPO über die Erhebung der mutmasslichen Gerichtskosten von der klagenden Partei als Kann-Vorschrift konzipiert ist. Obwohl die Erhebung des vollen Vorschusses die Regel und die Verfügung eines geringeren oder gar keines Vorschusses die Ausnahme ist, ist die Vorschusspflicht nicht zwingend vorgeschrieben, sondern liegt im pflichtgemässen Ermessen des Richters (siehe BGE 140 III 159, E. 4.2). Aus der Nichterhebung eines Kostenvorschusses kann wohl kaum auf Befangenheit geschlossen werden, vermögen nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung doch insbesondere Verfahrensmassnahmen als solche, seien sie richtig oder falsch, noch keinen objektiven Verdacht der Voreingenommenheit des Richters zu begründen (statt Vieler: BGE 114 Ia 153, E. 4.bb).

3.4. Das Institut des Prozesskostenvorschusses (sog. *provisio ad litem*) und das prozessuale Armenrecht sind – trotz unterschiedlicher (verfahrens- resp. materiellrechtlicher) Natur – eng miteinander verknüpft. Der Prozesskostenvorschuss ist unter denselben Voraussetzungen wie die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren: Vorausgesetzt ist, dass der ersuchende Ehegatte mittellos ist und sein Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Für die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses muss es dem zu verpflichtenden Ehegatten zusätzlich möglich sein, dem anderen die zur Durchführung des Prozesses benötigten Kosten zu bevorschussen. Ob und gegebenenfalls in welcher Weise der anspruchs-

berechtigte Ehegatte einen Prozesskostenvorschuss vom anderen Ehegatten erhältlich macht, hat er selbst zu entscheiden. Es gilt die Dispositionsmaxime. Völlig frei beim Entscheid über die Stellung des Gesuches um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses ist ein Ehegatte jedoch nicht. Eine Einschränkung ergibt sich aufgrund der Subsidiarität der unentgeltlichen Rechtspflege (BGE 142 III 36, E. 2.3; BGE 138 III 672, E. 4.2.1; BGE 119 Ia 11, E. 3.a; BGer 5P.395/2001 vom 12. März 2002; BGer 5A556/2014 vom 4. März 2015 E. 3.2). Weiter ist zu beachten, dass sowohl die unentgeltliche Rechtspflege als auch der Prozesskostenvorschuss grundsätzlich für die zukünftigen Kosten wirken (vgl. BK ZPO-Bühler, Bd. I, Bern 2012, Art. 119 N 126 und ZR 82/1983 N 86). Überdies kann nicht jederzeit ein neues oder weiteres Gesuch gestellt werden. Für die unentgeltliche Rechtspflege gilt, dass nach Abweisung eines ersten Gesuchs nicht voraussetzungslos ein neues Gesuch gestellt werden kann, ansonsten der Prozessverschleppung Tür und Tor geöffnet wäre. Ein neuerliches Gesuch gestützt auf denselben Sachverhalt hat den Charakter eines Wiedererwägungsgesuches, auf dessen Beurteilung kein Anspruch besteht. Anders präsentiert sich die Situation, wenn sich die Verhältnisse seit dem Entscheid über das erste Gesuch geändert haben. Der Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege wird nur formell, aber nicht materiell rechtskräftig. Ein neues Gesuch auf der Basis geänderter Verhältnisse ist somit zulässig. Keine Verhältnisveränderung liegt allerdings dann vor, wenn lediglich neue Beweismittel zur Darlegung der finanziellen Situation vorgebracht werden. Handelt es sich bei den neuen Beweismitteln allerdings um unechte Noven, können sie einen Anspruch auf Wiedererwägung begründen (BGer 4A\_410/2013 vom 5. Dezember 2013, E. 3.2; siehe auch BK ZPO-Bühler, a.a.O., Art. 119 N 68 ff.). Dies muss auch für den Prozesskostenvorschuss gelten, wird doch insbesondere auch ein darüber getroffener Entscheid nicht materiell rechtskräftig.

3.5. Die Beklagte hatte mit Eingabe vom 2. März 2017 einzig ein Rechtsbegehren um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses für das Massnahmeverfahren gestellt. Dieses hatte die Vorinstanz mit Verfügung vom 8. März 2017 abgewiesen (act. 6/57; act. 6/60). Am 16. März 2017 stellte die Beklagte das auf Fr. 12'000.00 erhöhte, begründete Gesuch (act. 6/66). Der von der Vorinstanz im

angefochtenen Entscheid vorgenommene Verweis auf die Vollstreckbarkeit und die aufschiebende Wirkung des Rechtsmittels gegen die Verfügung vom 8. März 2017 ist nicht passend, zumal dem Entscheid gar kein vollstreckungsfähiger Inhalt resp. kein Inhalt zugrunde lag, welcher aufgeschoben werden könnte. Da die Eingabe der Beklagten vom 2. März 2017, welche ohne jegliche Begründung erfolgte, kein (hinreichendes) Gesuch im Sinne von Art. 252 ZPO darstellte, hatte die Vorinstanz darüber mit Verfügung vom 8. März 2017 inhaltlich nicht entschieden und auch nicht entscheiden können, was folgerichtig – anstatt zu einer Abweisung – zu einem Nichteintreten auf den Antrag der Beklagten hätte führen müssen (vgl. OGer PC170014, Erw. III. 4.2. und 5.). Im Zusammenhang mit dem nachgereichten, begründeten Gesuch der Beklagten vom 16. März 2017 kann daher nicht von einer (verspäteten) Ergänzung oder einem Wiedererwägungsgesuch, auf dessen Beurteilung kein Anspruch besteht, ausgegangen werden. Vorliegend erscheint auch die Prüfung einer Verhältnisveränderung als verfehlt, erfordert doch die Beurteilung des Vorliegens veränderter Verhältnisse, dass in einem vorgängigen Entscheid festgestellt worden ist, was die Verhältnisse sind. Dies ist – wie gesehen – gerade nicht geschehen. Lag damit noch keine Beurteilung des Gesuchs vor, so hätte die Vorinstanz nicht nur Erwägungen zum begründeten Antrag auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses anstellen dürfen, sondern sie hätte im Dispositiv förmlich darüber entscheiden müssen, um ihn damit der Anfechtbarkeit durch die Parteien zugänglich zu machen. Dass dies nicht geschah, bedeutet – wie von der Beklagten in ihrer Beschwerde geltend gemacht – eine Rechtsverweigerung im Sinne von Art. 319 lit. c ZPO.

3.6. Wird eine Rechtsverweigerungsrüge im Beschwerdeverfahren gutgeheissen, kann die Beschwerdeinstanz weder einen vorinstanzlichen Entscheid aufheben, einen solchen gibt es gerade nicht, noch kann sie anstelle der Vorinstanz in der Sache selbst entscheiden; hierfür fehlt ihr die Zuständigkeit, und den Parteien würde eine Instanz entzogen. Grundsätzlich kann die Beschwerdeinstanz der Vorinstanz einzig die Anweisung erteilen, die unterlassene Handlung vorzunehmen resp. den zu Unrecht verzögerten Entscheid unverzüglich zu erlassen und hierfür gegebenenfalls eine Frist ansetzen (so auch ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 319 N 16 ff. und Art. 327 N 15 ff., Blickenstorfer, DI-

KE-Komm-ZPO, 2. A., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 319 N 45 ff., BK ZPO-Sterchi, a.a.O., Art. 327 N 16 f.).

Zu beachten ist vorliegend, dass die Beklagte vorinstanzlich nicht nur den Antrag auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses stellte, sondern auch verlangte, es sei vor weiteren Verfahrensschritten zunächst über die Prozesskostenvorschusspflicht des Klägers zu befinden (act. 6/66 S. 2). Die Beklagte verlangt auch mit ihrer Beschwerde, es sei bis zum rechtskräftigen Entscheid über das Gesuch um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses mit einer Fristansetzung zur Stellungnahme zum Massnahmebegehren des Klägers zuzuwarten (act. 2 S. 2). Damit stellt sich die Frage nach dem Zeitpunkt des Entscheides über den Prozesskostenvorschuss. Anhand des Rechtsbegehrens der Beklagten ist nicht davon auszugehen, dass sie den Prozesskostenvorschuss über Fr. 12'000.00 als vorsorgliche Massnahme im Scheidungsverfahren verlangte. Sie verlangte ihn explizit für das Massnahmeverfahren (act. 6/66 S. 2). Nichts anderes geht auch aus ihren Rechtsmittelanträgen hervor (act. 2 S. 2). Auf die Abänderung von Eheschutzmassnahmen im Sinne vorsorglicher Massnahmen während des Scheidungsverfahrens sind die materiell- sowie verfahrensrechtlichen Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft, das heisst Art. 271 ff. ZPO und Art. 172 ff. ZGB, sinngemäss anwendbar (Art. 276 Abs. 1 und 2 ZPO; vgl. etwa Dolge, DIKE-Komm-ZPO, a.a.O., Art. 276 N 15). Im Eheschutzverfahren können praxismässig keine vorsorglichen Geldzahlungen angeordnet werden. Dies wird damit begründet, dass gemäss der Schweizerischen Zivilprozessordnung die Leistung einer Geldzahlung als vorsorgliche Massnahme nur in den vom Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Fällen verfügt werden könne (Art. 262 lit. e ZPO). Ein solcher Fall sei für die im summarischen Verfahren zu behandelnden Eheschutzverfahren in Art. 271 ff. ZPO nicht gegeben und es liege keine Gesetzeslücke vor (vgl. zur Thematik im Eheschutzverfahren etwa: OGer ZH I. ZK LE110069 vom 8. Februar 2012 und OGer ZH I. ZK RE130016 vom 17. September 2013). Dies muss auch für die Abänderung von Eheschutzmassnahmen im Sinne vorsorglicher Massnahmen während des Scheidungsverfahrens gelten, weil sie denselben Gesetzesbestimmungen wie die Eheschutzmassnahmen folgen. Es kann mit derselben Begründung kein Prozesskostenvorschuss in

Frage kommen. Dies ändert jedoch nichts daran, dass der leistungsfähige Ehegatte aus ehelichen Pflichten verpflichtet werden kann, dem beistandsbedürftigen Ehegatten einen Beitrag an die Prozesskosten zu leisten. Ein Antrag ist, wenn er wie hier nicht ausdrücklich als Massnahmeantrag bezeichnet ist, als Antrag auf Leistung eines Prozesskostenbeitrages im Massnahmeentscheid aufzufassen und dementsprechend von der Vorinstanz entgegen zu nehmen (siehe dazu OGer ZH I. ZK LE130048 vom 21. Oktober 2013, E. 4.a). Das heisst, die Vorinstanz wird den Antrag der Beklagten nicht bereits vor weiteren Fristansetzungen bzw. Verfahrensschritten im Massnahmeverfahren, sondern erst mit dem Endentscheid über die Abänderung des Eheschutzentscheides zu entscheiden haben.

Bei diesem Ergebnis erübrigt sich eine Rückweisung an die Vorinstanz zum Entscheid über das beklagte Gesuch vom 16. März 2017; die Vorinstanz hat im derzeitigen Stadium des Verfahrens um Abänderung des Eheschutzentscheides vom 24. April 2015 im Sinne vorsorglicher Massnahmen während des Scheidungsverfahrens noch nicht darüber zu entscheiden. Da der Beschwerde der Beklagten die aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde, wird die Vorinstanz der Beklagten eine neue Frist zur Einreichung einer schriftlichen Stellungnahme zum Massnahmegesuch des Klägers anzusetzen oder allenfalls direkt zur Massnahmeverhandlung vorzuladen haben. Die vorinstanzliche Verfügung vom 17. März 2017 (Geschäfts-Nr. FE150211/Z09) ist folglich aufzuheben und die Sache ist zur Verfahrensfortführung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

#### 4.

Auch wenn den Beschwerdeanträgen der Beklagten in der Sache nicht vollständig entsprochen wird, so dringt sie doch teilweise (Rüge der Rechtsverweigerung) mit ihrer Beschwerde durch, und es kommt zu der von ihr verlangten Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung vom 17. März 2017. Die Beklagte ist deshalb im Beschwerdeverfahren nicht als unterliegende Partei zu betrachten. Der Kläger verzichtete auf eine Beschwerdeantwort und identifizierte sich insofern mit dem vorinstanzlichen Entscheid nicht, weshalb er ebenfalls nicht als unterliegende Partei gelten kann (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Da die Verfügung vom 17. März 2017 – wegen fehlerhaften Vorgehens der Vorinstanz – aufzuheben ist, rechtfertigt es sich, die

Kosten der Beschwerdeinstanz auf die Gerichtskasse zu nehmen bzw. keine Kosten zu erheben (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Mangels gesetzlicher Grundlage für eine Entschädigung zulasten des Staates sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen (vgl. Urwyler, DIKE-Komm-ZPO, a.a.O., Art. 107 N 12; BSK ZPO-Rüegg, 3. A., Basel 2017, Art. 107 N 11).

**Es wird erkannt:**

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird die Verfügung des Bezirksgerichts Dietikon vom 17. März 2017 (Geschäfts-Nr. FE150211/Z09) aufgehoben und die Sache zur Fortführung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Dietikon, je gegen Empfangsschein.

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

5. 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.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Würsch

versandt am: