

## **BGE 151 III 282**

Bundesgericht (BGE), 2024-11-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_151 III 282](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_151_III_282)

FR: ATF 151 III 282

IT: DTF 151 III 282

### **Regeste**

Regeste Art. 4 Abs. 1 und Art. 276 ZPO; Art. 49 Abs. 1 und Art. 122 BV; funktionelle Zuständigkeit zur Beurteilung eines Prozesskostenvorschussgesuchs (provisio ad litem) im Scheidungsverfahren. Ist das Scheidungsverfahren bei der Berufungsinstanz hängig, ist diese gemäss Art. 276 ZPO zuständig, über Prozesskostenvorschussgesuche (provisio ad litem) für das Berufungsverfahren zu entscheiden. Es besteht für die Kantone kein Raum, diese Zuständigkeit anderweitig zu regeln (E. 6).

### **Erwägungen**

#### **E. 6**

Damit stellt sich die - vom Bundesgericht bisher nicht explizit beantwortete - Frage, welche Instanz für die Beurteilung eines Prozesskostenvorschussgesuchs zuständig ist, wenn das Scheidungsverfahren in zweiter Instanz hängig ist bzw. ob Art. 276 ZPO diese Frage regelt, womit kantonale Bestimmungen ausgeschlossen wären ( Art. 122 BV , Art. 4 Abs. 1 ZPO ).

#### **E. 6.1**

Das Bundesgericht tritt auf bei ihm eingereichte Gesuche um Prozesskostenvorschüsse jeweils nicht ein, weil es ihm an der funktionellen Zuständigkeit fehlt ( BGE 143 III 617 E. 7; Urteile 5A\_716/2021 vom 7. März 2022 E. 1.3; 5A\_561/2020 vom 3. März 2021 E. 1.2). Es verweist die Parteien an das zuständige Sachgericht im kantonalen Verfahren oder - selbst bei hängigem Scheidungsverfahren - an das für Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft zuständige Gericht ( BGE 143 III 617 E. 7; Urteil 5A\_841/2018 / 5A\_843/2018 vom 12. Februar 2020 E. 2.3.2), ohne dieses aber näher zu bestimmen. Dabei hat es auch schon (betreffend ein Ehescheidungsverfahren) ausgeführt, dass daher "das Bezirksgericht" hierüber entscheiden müsse, auch wenn es um ein Verfahren vor einer oberen Instanz gehe (Urteil 5A\_266/2021 vom 1. Juni 2021 E. 8). In diesen Urteilen ging es aber jeweils nicht um die Klärung der Zuständigkeit für das kantonale Rechtsmittelverfahren, sondern um die Unzuständigkeit des Bundesgerichts, über Prozesskostenvorschussgesuche für das bundesgerichtliche Verfahren zu entscheiden. Von daher kommt ihnen zur Klärung der sich vorliegend stellenden Frage nur beschränkt Bedeutung zu. BGE 151 III 282 S. 285

#### **E. 6.2**

Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio

legis . Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen ( BGE 142 III 557 E. 8.3 mit Hinweisen).

### **E. 6.2.1**

Gemäss Art. 276 Abs. 1 ZPO trifft "das Gericht" die nötigen vorsorglichen Massnahmen. Gemeint ist damit das Scheidungsgericht, das - in Abgrenzung zur Zuständigkeit des Eheschutzgerichts - ab Rechtshängigkeit der Scheidung die notwendigen vorsorglichen Massnahmen trifft ( BGE 148 III 95 E. 4.2) bzw. hierzu sachlich zuständig ist (Urteil 5A\_344/2015 vom 29. Februar 2016 E. 8.3). Die Bestimmung äussert sich aber nicht explizit zur vorliegend zu klärenden Frage.

### **E. 6.2.2**

Zu beachten ist allerdings auch das Rechtsmittelsystem der Schweizerischen Zivilprozessordnung. So kommt der Berufung insbesondere ein sogenannter "Devolutiveffekt" zu. Ein Gericht verliert seine Gerichtsbarkeit, sobald es in der Sache sein Urteil gefällt hat ( BGE 139 III 466 E. 3.4; Urteil 5A\_625/2019 vom 22. Juli 2020 E. 4.2). Art. 315 Abs. 2 ZPO überträgt sodann die Zuständigkeit zum Entscheid über die vorzeitige Vollstreckung, die Anordnung sichernder Massnahmen oder der Leistung einer Sicherheit der Rechtsmittelinstanz. Beides spricht dafür, dass sich aus dem Rechtsmittelsystem der ZPO eine Zuständigkeit des Berufungsgerichts im Sinn von Art. 276 ZPO ergibt. Soweit ersichtlich, äussert sich auch die überwiegende Lehre in diesem Sinn (TAPPY, in: Commentaire romand, Code de procédure civile, 2. Aufl. 2019, N. 14 zu Art. 276 ZPO ; FOUNTOULAKIS/D'ANDRÈS, in: CPC, Code de procédure civile, Chabloz und andere [Hrsg.], 2021, N. 5 zu Art. 276 ZPO ; SUTTER-SOMM/SEILER, in: Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2021, N. 3 zu Art. 276 ZPO ; TSCHUDI/AMMANN, Eherechtlicher Unterhalt im Berufungsverfahren betreffend die Scheidungsnebenfolgen, BJM 2018 S. 336 und Fn. 22; REETZ, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Sutter-Somm und andere [Hrsg.], 3. Aufl. BGE 151 III 282 S. 286 2016, N. 7 zu Art. 315 ZPO ; offen lässt die Frage demgegenüber WEINGART, Provisio ad litem - Der Prozesskostenvorschuss für eherechtliche Verfahren, in: Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz, 2018, S. 690, die darauf hinweist, dass die Kantone unterschiedliche Praxen haben; WUFFLI/FUHRER, Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, 2019, S. 224 Rz. 621, führen ohne Begründung aus, ein Gesuch um Gewährung eines Prozesskostenvorschusses müsse vor dem erstinstanzlichen Eheschutzgericht anhängig gemacht werden). Dagegen spricht allenfalls, dass ein Gesuch um Prozesskostenvorschuss nicht den Streitgegenstand des Hauptsacheverfahrens betrifft (siehe dazu Urteil 5A\_362/2017 vom 24. Oktober 2017 E. 4). Aus der Rechtsprechung, mit welcher das Bundesgericht seine funktionelle Zuständigkeit zur Beurteilung eines Prozesskostenvorschussgesuchs verneint, lässt sich nichts zugunsten des Standpunkts der Vorinstanz ableiten, denn: Vorsorgliche Massnahmen gemäss Art. 104 BGG sind auf Massnahmen beschränkt, die dazu dienen, den bestehenden Zustand zu erhalten oder bedrohte Interessen einstweilen sicherzustellen. Nach Art. 276 Abs. 1 ZPO trifft das Gericht dagegen die nötigen vorsorglichen Massnahmen. Eine Beschränkung - wie sie in Art. 104 BGG enthalten ist - fehlt. Vielmehr erklärt Art. 276 Abs. 1 Satz 2 ZPO die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft, in deren Rahmen eine Partei auch zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses verpflichtet werden kann, für sinngemäss anwendbar.

### **E. 6.2.3**

Zu beachten ist ausserdem der vom BGG vorgegebene Grundsatz des doppelten Instanzenzugs ( Art. 75 Abs. 2 BGG ). Das Bundesgericht ist hiervon aber in einigen Fällen abgewichen, so insbesondere für vorsorgliche Massnahmen im Scheidungs- oder Eheschutzverfahren, die vom Berufungsgericht angeordnet wurden ( BGE 143 III 140 E. 1.2; Urteile 5A\_767/2020 vom 25. Juni 2021 E. 1; 5A\_17/2017 vom 25. Oktober 2017 E. 1.1), oder im Fall eines Entscheids der Berufungsinstanz über ein bei ihm eingereichtes Prozesskostenvorschussgesuch (Urteile 5A\_786/2021 vom 18. März 2022 E. 1.3; 5A\_725/2016 vom 6. März 2017 E. 1.2). Es hat sodann ausgeführt, diese im Hinblick auf Art. 75 Abs. 2 lit. a-c BGG zusätzlichen Ausnahmen würden sich damit rechtfertigen, dass das Zivilprozessrecht dem oberen Gericht die funktionelle Kompetenz einräume, so dass dem kantonalen Organisationsrecht kein Mangel vorgeworfen werden könne ( BGE 143 III 140 E. 1.2 in fine). Damit geht das Bundesgericht BGE 151 III 282 S. 287 implizit davon aus, dass die funktionelle Zuständigkeit der Berufungsinstanz sich aus der ZPO ergibt.

### **E. 6.3**

Schliesslich spricht auch die Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung für eine Absicht des Gesetzgebers, die Berufungsinstanz zum Entscheid über vorsorgliche Massnahmen, die bei ihr beantragt werden, funktionell zuständig zu erklären. Zwar fehlen einschlägige Ausführungen zum jetzigen Art. 276 ZPO . Im Zusammenhang mit den Regelungen zur Berufung und dem Devolutiveffekt wurde jedoch erläutert, das obere Gericht entscheide insbesondere, ob vorsorgliche Anordnungen zu treffen seien. Würde die erste Instanz zuständig bleiben, so könnten die betreffenden Verfügungen wiederum mit Berufung oder Beschwerde angefochten werden, was eine unnötige Komplikation bedeute (Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], BBl 2006 7372 f. Ziff. 5.23.1). Dieses Verständnis entspricht somit auch dem mit der Einführung der Schweizerischen Zivilprozessordnung verfolgten Zweck zur Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts.

### **E. 6.4**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Art. 276 ZPO die Zuständigkeit der Berufungsinstanz, bei der das Scheidungsverfahren hängig ist, zum Entscheid über im Rechtsmittelverfahren beantragte vorsorgliche Massnahmen im Sinn von Art. 276 ZPO und damit auch zum Entscheid über ein Prozesskostenvorschussgesuch für das Berufungsverfahren vorsieht. Es besteht damit kein Raum für den Kanton Aargau, diese Zuständigkeit abweichend zu regeln. Der gegenteilige Schluss der Vorinstanz verletzt Art. 49 Abs. 1 BV .

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.