

# ZH\_OBERGERICHT LY230028 vom 5. September 2023

ZH Obergericht, 2023-09-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LY230028](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY230028)

FR: ZH\_OBERGERICHT LY230028 du 5 septembre 2023

IT: ZH\_OBERGERICHT LY230028 del 5 settembre 2023

## Erwägungen

### E. 1

Juli 2023 für die weitere Dauer des Getrenntlebens bis zur

- 3 - 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

### E. 2

Das Gesuch der Klägerin vom 29. Juni 2023 um Erlass von vorsorglichen Massnahmen wird abgewiesen. 3.-5. (...)

### E. 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)."

- 4 - 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 Kantons 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 prozessuale 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 Gerichtsanteils, der in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, zu bezahlen.

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

- 6 - 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 Verfahrensbestimmungen 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-

- 7 - 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

- 8 -

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 Entscheidgebür 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:

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