

AR GVP 31/2019, Nr. 3766

Vorsorgliche Massnahmen im Eheschutzverfahren. In Fortführung von AR GVP 27/2015 Nr. 3659 werden vorsorgliche Massnahmen im Eheschutzverfahren (auch) mit Bezug auf Kinderunterhaltsbeiträge als zulässig erachtet. Vorsorgliche Massnahmen über Unterhaltsbeiträge im Rahmen eines Eheschutzverfahrens sind unter Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO zu subsumieren.

Entscheid des Einzelrichters des Obergerichts, 27.05.2019, ERZ 19 4

Aus den Erwägungen:

1. Prozessuales

1.1 Angefochten sind vorsorgliche Massnahmen, die der erstinstanzliche Richter für die Dauer des Eheschutzverfahrens angeordnet hat. Es stellen sich vorerst zwei Fragen: Zum einen diejenige nach der grundsätzlichen Zulässigkeit von vorsorglichen Massnahmen im Eheschutzverfahren und zum anderen, falls man die erste Frage bejaht, nach dem Rechtsmittel.

1.1.1 In einem in der AR GVP (27/2015 Nr. 3659) publizierten Entscheid vom 31. August 2015 hat der Einzelrichter des Obergerichts die vorsorgliche Regelung der Obhut und des Besuchsrechts für die Dauer eines Eheschutzverfahrens als zulässig erkannt. Ausdrücklich offen gelassen wurde, ob auch vorsorgliche Anordnungen zum Unterhalt möglich sind. Das Bundesgericht hat diese Frage - soweit ersichtlich - noch nicht entschieden. In seinem Urteil 5A_212/2012 vom 15. August 2012 (in: SZP 1/2013 S. 27 f; vgl. auch das Urteil des Bundesgerichts 5A_870/2013 vom 28. Oktober 2014, in: ius.focus 3/2015 S. 22 und SZP 1/2015 S. 45 f) hat es im Rahmen einer Beschwerde gegen einen die unentgeltliche Rechtspflege verweigernden Entscheid festgehalten, es sei nicht aussichtslos, in einem Eheschutzverfahren eine vorsorgliche Massnahme auf Zahlung von Unterhalt zu verlangen. Es hat dabei Bezug genommen auf die Literatur, in der die Frage mehrheitlich bejaht wird. Sechs Jahre später kann festgestellt werden, dass die Lehre an ihrer Meinung immer noch festhält (vgl. die Nachweise bei SAMUEL ZOGG, „Vorsorgliche“ Unterhaltszahlungen im Familienrecht, FamPra 2018, S. 47 ff, Fn. 136). Die kantonale Praxis ist gespalten. In mehreren Kantonen wurden vorsorgliche Massnahmen im Eheschutzverfahren auch betreffend vorläufige Unterhaltszahlungen als zulässig erachtet (vgl. die Nachweise bei ZOGG, a.a.O., Fn. 137). Eine andere Meinung vertritt das Obergericht des Kantons Zürich (vgl. die Nachweise bei ZOGG, a.a.O., Fn. 138). Es nimmt Bezug auf Art. 262 lit. e ZPO, der eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage verlange, eine solche aber - anders als im Scheidungs- (Art. 276 ZPO) und im selbständigen Kinderunterhaltsverfahren (Art. 303 ZPO) - für das Eheschutzverfahren (Art. 271 ff ZPO) nicht gegeben sei. Hierbei handle es sich nicht um eine Gesetzeslücke, sondern um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers. Dem hält SAMUEL ZOGG (a.a.O., S. 84) entgegen, bei Unterschieden hinsichtlich der Beweismittelbeschränkung und des Beweismasses zwischen dem Hauptverfahren und dem Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen könne eine gesetzliche Grundlage für vorsorglich zuzusprechende Unterhaltsbeiträge in den Art. 173, 176 Abs. 1 Ziff. 1 bzw. 176 Abs. 3 ZGB erblickt werden. Ferner sei auch eine analoge Anwendung der Art. 303 ZPO bzw. Art. 284 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 276 ZPO möglich. Der Meinung von SAMUEL ZOGG und der vorherrschenden Lehre ist zu folgen. Der auch vom Obergericht Zürich anerkannte Bedarf an Regelungsmöglichkeiten für lange Eheschutzverfahren ist evident. Der Eheschutzrichter wird nur dann vorläufige Anordnungen treffen, wenn er in der Hauptsache noch nicht entscheiden kann, weil der Sachverhalt noch nicht vollständ-

dig abgeklärt ist. Sind die Sachverhaltsermittlungen abgeschlossen, kann direkt der Hauptentscheid ergehen und es besteht kein Bedarf an vorläufigen Anordnungen. Vorläufige Anordnungen und die Hauptentscheide (im Eheschutz) basieren also auf unterschiedlichen Fundamenten. Weil Eheschutzentscheide nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als vorsorgliche Massnahmen (im Sinne der Art. 261 ff ZPO gelten), muss es sich somit bei vorläufigen Anordnungen im Eheschutzverfahren um etwas anderes handeln. Daraus ist zu schliessen, dass die Bestimmungen in Art. 261 ff ZPO nur mittelbar anwendbar sind, womit der Einschränkung gemäss Art. 262 lit. e ZPO keine Bedeutung zukommt. Folgt man dem nicht, lässt aber vorläufige Anordnungen zum Unterhalt zu, müssten diese als vorsorgliche Massnahmen zu vorsorglichen Massnahmen qualifiziert werden. Ohne die Anerkennung der von SAMUEL ZOGG angesprochenen Verfahrensunterschiede macht ein solches Konstrukt keinen Sinn. Bei gleichen Beweismitteln, gleichem Beweismass und gleichem Fundament würden sich die beiden ineinander geschachtelten vorsorglichen Massnahmen nicht voneinander unterscheiden lassen. Nur bei der Anerkennung von Unterschieden machen zwei Verfahren einen Sinn. Zusammenfassend ist die vorläufige Regelung des Unterhalts innerhalb eines Eheschutzverfahrens als zulässig zu erachten. Nochmals zu betonen ist, dass damit eine Beschränkung der Beweismittel und ein herabgesetztes Beweismass verbunden sind.

1.1.2 Es stellt sich somit die weitere Frage nach dem Rechtsmittel. Im bereits erwähnten Entscheid des Einzelrichters des Obergerichts vom 31. August 2015 (AR GVP 27/2015 Nr. 3659) wurde der vorsorgliche Entscheid über die Obhutsuteilung und die Besuchsrechtsregelung als berufungsfähig erkannt. Gibt es Gründe, bei der vorläufigen Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen zu einem anderen Schluss zu kommen? Das Kantonsgericht Basel-Landschaft beruft sich auf die Reversibilität eines solchen Entscheids und verneint die Berufungsfähigkeit (Urteil 400 14 232 vom 29. Oktober 2014, in: CAN 2015 S. 101 ff und ZZZ 2014/2015 S. 205). Ob ein Entscheid reversibel ist oder nicht, ist im Gesetz nicht als Kriterium für die Zulässigkeit der Berufung enthalten. Nach dem üblichen Begriffsverständnis handelt es sich bei vorsorglichen Massnahmen um die verbindliche Anordnung eines Rechtspflegeorgans im Rahmen eines Zivilprozesses, die kurzfristig entweder Rechtsgefährdung abwendet oder sofortigen Regelungsbedarf befriedigt und zudem nur während einer beschränkten Zeit, namentlich vor oder während der Dauer eines Verfahrens zur Hauptsache, gilt (URS H. HOFFMANN-NOWOTNY, in: Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber [Hrsg.], ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, 2013, N. 43 zu Art. 315 ZPO). Der Entscheid der Vorinstanz vom 14. Januar 2019 entspricht diesen Vorgaben und fällt damit unter Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO, auch wenn es sich nicht um eine Verfügung im engeren Sinne von Art. 261 ff ZPO handelt.