

ZSU.2023.33
ZSU.2023.86
(SF.2022.35)
Art. 32

Entscheid vom 1. Mai 2023

Besetzung Oberrichter Brunner, Präsident
 Oberrichter Lindner
 Oberrichter Holliger
 Gerichtsschreiber Hess

Klägerin **A.**_____,
 [...]
 unentgeltlich vertreten durch MLaw Julian Burkhalter, Rechtsanwalt,
 Rue Saint-Pierre 8, Postfach, 1701 Fribourg

Beklagter **B.**_____,
 [...]
 vertreten durch lic. iur. Barbara Lind, Rechtsanwältin,
 Untere Grubenstrasse 3, Postfach, 5070 Frick

Gegenstand Summarisches Verfahren betreffend Prozesskostenvorschuss / unentgeltliche Rechtspflege

Das Obergericht entnimmt den Akten:

1.

Das Bezirksgericht Q. fällte am 10. August 2022 zwischen den Parteien das Scheidungsurteil (OF.2018.54). Der Klägerin wurde die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt. Beide Parteien erhoben gegen das Scheidungsurteil Berufung beim Obergericht (ZOR.2022.47).

2.

2.1.

Mit Gesuch vom 15. September 2022, mithin gleichzeitig mit ihrer Berufungserhebung gegen das Scheidungsurteil, beantragte die Klägerin beim Gerichtspräsidium Q., unter Kosten- und Entschädigungsfolgen:

"1. [...]

2.

Es sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin einen Prozesskostenvorschuss in Höhe von CHF 50'000.00 für das Berufungsverfahren vor Obergericht zu bezahlen.

3.

Es sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin einen Prozesskostenbeitrag in Höhe von CHF 5'000.00 für das vorliegende Verfahren zu bezahlen.

4.

Es sei der Gesuchstellerin die unentgeltliche Rechtspflege für das vorliegende Verfahren zu gewähren, unter Verbeiständung durch den Unterzeichneten."

2.2.

Nachdem die Klägerin Kenntnis über die Berufungserhebung des Beklagten gegen das Scheidungsurteil erlangte, reichte sie am 7. November 2022 beim Gerichtspräsidium Q. ein zusätzliches Gesuch ein und beantragte unter Kosten- und Entschädigungsfolge:

"1. [...]

2.

Es sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin einen Prozesskostenvorschuss in Höhe von CHF 30'000.00 für das Berufungsverfahren ZOR.2022.47 vor Obergericht zu bezahlen.

3.

Es sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin einen Prozesskostenbeitrag in Höhe von CHF 5'000.00 für das vorliegende Verfahren zu bezahlen.

4.

Es sei der Gesuchstellerin die unentgeltliche Rechtspflege für das vorliegende Verfahren zu gewähren, unter Verbeiständung durch den Unterzeichneten."

2.3.

Mit Stellungnahme vom 21. November 2022 beantragte der Beklagte, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, auf die Gesuche vom 15. September und 7. November 2022 sei nicht einzutreten, eventuell seien sie abzuweisen.

2.4.

Mit Schreiben vom 13. Januar 2023 teilte der Gerichtspräsident dem Rechtsvertreter der Klägerin mit, er erwäge, ihm die Verfahrenskosten gestützt auf Art. 108 ZPO aufzuerlegen, wogegen sich der Rechtsvertreter der Klägerin mit Eingabe vom 23. Januar 2023 verwahrte.

2.5.

Mit Entscheid vom 14. Februar 2023 erkannte das Bezirksgericht Q., Präsidium des Familiengerichts:

"1.

Auf die Gesuche vom 15. September 2022 und vom 7. November 2022 wird nicht eingetreten.

2.

Die Entscheidgebühr von Fr. 500.00 wird der Gesuchstellerin auferlegt.

3.

Die Gesuchstellerin hat die richterlich genehmigten Parteikosten des Gesuchsgegners von Fr. 7'467.70 (inkl. Fr. 533.90 MwSt) zu ersetzen. Dieser Parteikostenersatz wird direkt lic. iur. Barbara Lind, Rechtsanwältin in Frick, zugesprochen.

4.

4.1.

Das Gesuch der Gesuchstellerin betreffend Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das vorliegende Summarverfahren SF.2022.35 wird abgewiesen.

4.2.

Die Gesuchstellerin hat ihre eigenen Parteikosten selber zu tragen."

3.

3.1.

Gegen den ihr am 16. Februar 2023 zugestellten Entscheid erhob die Klägerin am 27. Februar 2023 fristgerecht Berufung (vgl. Art. 142 Abs. 3 ZPO) mit den Begehren:

"Vorfragen

1.

Es sei der (Berufungs-)Beklagte zu verpflichten, der (Berufungs-)Klägerin für das vorliegende Verfahren einen Prozesskostenvorschuss von CHF 5'000.00, zzgl. 7.7% Mehrwertsteuer, zu leisten [...];

2.

Es sei der Klägerin für das Verfahren vor Obergericht die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, unter Verbeiständung durch den Schreibenden.

Hauptbegehren

3.

Es sei der [angefochtene] Entscheid [...] vollumfänglich aufzuheben und die Sache sei zwecks Eintretens und zwecks neuer Entscheidung und Begründung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Eventualiterbegehren

4.

Es seien die Dispositivziffern 2-4 des [angefochtenen] Entscheids [...] aufzuheben und es sei

- die Entscheidgebühr auf die Gerichtskasse zu nehmen, eventualiter dem Beklagten aufzuerlegen (Ziff. 2);
- die Parteikosten auf die Staatskasse zu nehmen (Ziff. 3) eventualiter: Der Beklagte habe seine Parteikosten selber zu tragen.
- das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege der Klägerin für das Verfahren SF.2022.35 gutzuheissen (Ziff. 4.1).
- die Gerichtskasse des BG Q. anzuweisen, der Klägerin die Parteikosten von Fr. 7'467.70 (inkl. Fr. 533.90 MwSt) zu bezahlen. Dieser Parteikostenersatz wird direkt RA Burkhalter, Fribourg, zugesprochen (Ziff. 4.2).

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen über alle Instanzen (zzgl. MwSt)."

3.2.

Mit Berufungsantwort vom 10. März 2023 beantragte der Beklagte:

"1.

Die Berufung vom 27.02.2023 sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Das Gesuch der Klägerin auf Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses für das vorliegende Verfahren sei abzuweisen.

3.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MwSt.) zulasten der Klägerin; eventualiter zulasten des Kantons Aargau."

4.

Mit Entscheid vom 28. März 2023 beschloss das Obergericht, 1. Zivilkammer, im Scheidungsverfahren (ZOR.2022.47) das Verfahren bezüglich des

Gesuchs der Klägerin um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren bis zur Rechtskraft des Entscheids des Obergerichts des Kantons Aargau, Zivilgericht, 5. Kammer, bzw. bis zum Vorliegen eines materiellen Entscheids über das Gesuch um Prozesskostenvorschuss vom 15. September 2022 bzw. 7. November 2022 zu sistieren. Darüber hinaus erkannte das Obergericht, 1. Zivilkammer, mit seinem Entscheid im Scheidungsverfahren was folgt:

"1.

In teilweiser Gutheissung der Berufung der Klägerin werden die Dispositiv-Ziffern 8.1 bis 8.3 des Entscheids des Bezirksgerichts Q., Familiengericht, vom 10. August 2022 ersatzlos aufgehoben.

2.

2.1.

In teilweiser Gutheissung der Berufung des Beklagten werden die Dispositiv-Ziffern 2 bis 4 des Entscheids des Bezirksgerichts Q., Familiengericht, vom 10. August 2022, aufgehoben und durch die nachfolgenden Ziffern ersetzt:

2. Es wird festgestellt, dass die Parteien güterrechtlich auseinandergesetzt sind. Vorbehalten bleibt die Forderung des Beklagten gegenüber der Klägerin von Fr. 6'688.00 (Parteientschädigung aus dem Verfahren ZOR.2020.70, Entscheid des Obergerichts des Kantons Aargau vom 16. Dezember 2020).
3. Es wird festgestellt, dass die Parteien über keine Mittel der beruflichen Vorsorge verfügen. Es erfolgt somit kein Vorsorgeausgleich.
4. Es sind keine persönlichen Unterhaltsbeiträge geschuldet.

2.2.

Im Übrigen werden die Berufungen abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

3.

Die obergerichtliche Entscheidgebühr von Fr. 9'316.00 wird der Klägerin auferlegt.

4.

Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten die für das Berufungsverfahren gerichtlich festgesetzten zweitinstanzlichen Anwaltskosten von Fr. 7'570.00 (inkl. Auslagen und MwSt.) zu bezahlen."

Das Obergericht zieht in Erwägung:

1.

1.1.

1.1.1.

Der Streit um den Prozesskostenvorschuss des einen Ehegatten an den anderen ist vermögensrechtlicher Natur (vgl. BGE 5D_169/2009 Erw. 1). In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.00 (vgl. Art. 94 ZPO; REETZ/THEILER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO-Komm.], 3. Aufl., Zürich 2016, N. 39 f. zu Art. 308 ZPO) beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Dies ist vorliegend offensichtlich der Fall. Ob der von der Klägerin auf Fr. 90'000.00 bezifferte Streitwert (Berufung, S. 1 f.) allenfalls auf einer rechtsmissbräuchlichen Berechnung beruht (vgl. Berufungsantwort, S. 3, 15 und 22), ist für die Frage des für das Rechtsmittel erforderlichen Streitwerts nicht von Relevanz.

1.1.2.

Der *Beklagte* bestreitet ein aktuelles Rechtsschutzinteresse der Klägerin für die Beurteilung ihres Prozesskostenvorschussbegehrens. Das Rechtsschutzinteresse entfalle mit der Fällung des Entscheids im Verfahren, für welches der Prozesskostenvorschuss verlangt worden sei; auf die Berufung der Klägerin könne deshalb nicht eingetreten werden (Berufungsantwort, S. 3). Mit diesem Einwand ist der *Beklagte* nicht zu hören. Allein der Umstand, dass im Verfahren, für den ein Prozesskostenvorschuss verlangt wurde, der Endentscheid gefällt wurde, lässt die Frage des Prozesskostenvorschusses nicht gegenstandslos werden (vgl. BGE 5A_590/2019 Erw. 3.5).

1.1.3.

Der *Beklagte* bringt weiter vor, auf die Berufung sei nicht einzutreten, weil die Klägerin keine reformatorischen Anträge bezüglich ihrer erstinstanzlichen "Forderungen" stelle, und es ergebe sich auch aus der Begründung des Rechtsmittels nicht, "was und wie viel" sie im Berufungsverfahren verlange. Es sei nicht mal klar, "ob sie noch" einen Prozesskostenvorschuss für das Verfahren ZOR.2022.47 und für das erstinstanzliche Verfahren fordere, oder ob sie einfach einen materiellen Entscheid der Vorinstanz "erzwingen" wolle, auch wenn dieser negativ ausfallen sollte, damit sie die unentgeltliche Rechtspflege geltend machen könne. Selbst wenn die Klägerin noch einen Prozesskostenvorschuss verlangen würde, sei nicht klar, wie viel sie fordere. Sie beantrage bloss die Kassation des vorinstanzlichen Entscheids und die Rückweisung des Verfahrens. Die Klägerin hätte sich aber nicht mit einem rein kassatorischen Rechtsbegehren begnügen dürfen, da sich im angefochtenen Entscheid auch materielle Ausführungen im

Sinne einer Eventualbegründung (welche zu einer Abweisung des Gesuchs geführt hätten) fänden (Berufungsantwort, S. 4 f.).

Dieser Einwand des Beklagten verfängt nicht.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts hat die Berufungseingabe Rechtsbegehren zu enthalten. Mit Blick auf die reformatorische Natur der Berufung (Art. 318 Abs. 1 lit. b ZPO) hat der Berufungskläger grundsätzlich einen Antrag in der Sache zu stellen. Sein Rechtsbegehren muss so bestimmt sein, dass es im Falle der Gutheissung der Klage unverändert zum Urteil erhoben werden kann. Namentlich sind die auf eine Geldzahlung gerichteten Berufungsanträge zu beziffern (BGE 137 III 617 Erw. 4.3 und 6.1 mit Hinweisen). Wegen des Verbots des überspitzten Formalismus, einer besonderen Erscheinungsweise der Rechtsverweigerung (Art. 29 Abs. 1 BV), ist aber auf eine Berufung mit formell mangelhaften Rechtsbegehren ausnahmsweise einzutreten, wenn sich aus der Begründung, allenfalls in Verbindung mit dem angefochtenen Entscheid, ergibt, was der Berufungskläger in der Sache verlangt oder - im Falle zu beziffernder Rechtsbegehren - welcher Geldbetrag zuzusprechen ist. Rechtsbegehren sind im Lichte der Begründung auszulegen (BGE 137 III 617 Erw. 6.2 mit Hinweisen; BGE 5A_380/2012 Erw. 3.2.3). Aus diesen Grundsätzen folgt demnach, dass der Rechtsmittelkläger für die Durchsetzung einer Forderung grundsätzlich ein (reformatorisches) Begehren in der Sache stellen müsste. Ohne einen solchen Antrag ist auf die Berufung grundsätzlich nicht einzutreten (vgl. REETZ/THEILER, a.a.O., N. 35 zu Art. 311 ZPO).

Vorliegend enthält die Berufung der anwaltlich vertretenen Klägerin zwar keinen Antrag in der Sache; in Rechtsbegehren 3 wird lediglich beantragt, "[e]s sei der [angefochtene] Entscheid [...] vollumfänglich aufzuheben und die Sache sei zwecks Eintretens und zwecks neuer Entscheidung und Begründung an die Vorinstanz zurückzuweisen". Aus der Berufungsbegründung ergibt sich allerdings nach Treu und Glauben, dass die Klägerin an der Gutheissung ihrer Prozesskostenvorschussbegehren (für das erstinstanzliche Verfahren sowie für das Berufungsverfahren ZOR.2022.47), auf welche die Vorinstanz nicht eingetreten ist, und am Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das erstinstanzliche Verfahren, welches abgewiesen wurde, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten, festhält. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Klägerin in ihrer Berufungsbegründung ausführt, hinsichtlich des Streitwerterfordernisses nach Art. 308 Abs. 2 ZPO sei massgeblich, was vor der Rechtsmittelinstanz (noch) im Streit liegt und demnach auf einen Streitwert von insgesamt Fr. 90'000.00 abzustellen sei (vgl. Berufung, S. 1 f.), was wiederum dem Streitwert ihrer im vorinstanzlichen Verfahren gestellten Rechtsbegehren entspricht. Dazu kommt, dass ein Aufhebungs- und Rückweisungsantrag ohnehin genügt, wo - wie vorliegend (vgl. Erw. 2.4 unten) - eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (u.a.) in seinem Teilgehalt des

Anhörungsrechts gerügt wird (vgl. BGE 5A_775/2018 Erw. 3.4). Im kantonalen Rechtsmittelverfahren ist sodann eine Rückweisung an die erste Instanz regelmässig geboten, wenn diese zu Unrecht wegen einer (angeblich) fehlenden Prozessvoraussetzung nicht auf die Klage eingetreten ist, die Klage somit materiell überhaupt nicht beurteilt hat (vgl. BGE 4A_207/2019 Erw. 3.2, nicht publ. in: BGE 146 III 413; ferner BGE 5A_424/2018 Erw. 4.2). Nach dem Gesagtem und vor dem Hintergrund der sich aus der Berufungsbegründung ergebenden Begehren der Klägerin verfährt auch der Hinweis des Beklagten auf BGE 4D_71/2020 Erw. 4.3 nicht. In jenem Entscheid hatte es das Bundesgericht lediglich als nicht überspitzt formalistisch und damit als nicht willkürlich erachtet, dass das Rechtsmittelgericht (Obergericht des Kantons Zürich) reformatorische Anträge verlangt hatte, weil dessen Vorinstanz das Verfahren nicht auf die Frage der örtlichen Zuständigkeit beschränkte (und deshalb auf die Klage nicht eingetreten ist), sondern zusätzlich in einer materiellen Eventualbegründung zur Sache Stellung bezogen hatte.

1.1.4.

Der *Beklagte* bringt schliesslich noch vor, auf die Berufung der Klägerin sei nicht einzutreten, weil sie mit keinem Wort auf die vorinstanzliche Begründung der Unzuständigkeit eingehe (Berufungsantwort, S. 22). Die Klägerin hält mit Berufung der rechtlichen Auffassung der Vorinstanz indessen unter anderem entgegen, dass bei Ablehnung derer Zuständigkeit für die Behandlung der klägerischen Prozesskostenvorschussbegehren für das Rechtsmittelverfahren das Erfordernis des doppelten Instanzenzugs verletzt wird (Berufung, S. 7). Folglich kann nicht davon die Rede sein, dass sich die Klägerin nicht mit der vorinstanzlichen Begründung der Unzuständigkeit auseinandergesetzt hat. Eine diesbezügliche Auseinandersetzung mit der vorinstanzlichen Rechtsauffassung wäre zudem ohnehin nicht erforderlich, nachdem sich die Vorinstanz bezüglich der Zuständigkeitsfrage über eine jahrelange und ständige Praxis des Obergerichts, auf welche sich die Klägerin schon in erster Instanz berufen hatte (vgl. act. 59 f.), hinweggesetzt hat.

1.1.5.

Zusammenfassend ist damit auf die Berufung der Klägerin einzutreten.

1.2.

Ein Entscheid, der einer Partei die unentgeltliche Rechtspflege verweigert, kann mit Beschwerde angefochten werden (Art. 319 lit. b Ziff. 2 i.V.m. Art. 121 ZPO). Die *Klägerin* verlangt die Aufhebung der Dispositiv-Ziffer 4, mit welcher ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das erstinstanzliche Verfahren abgewiesen wurde. Erfüllt eine Rechtsmitteleingabe - wie vorliegend - die Zulässigkeitsvoraussetzungen (auch) eines anderen Rechtsmittels, so ist sie - zufolge Konversion des Rechtsmittels - als dieses (andere) Rechtsmittel entgegenzunehmen und zu beurteilen (KUNZ, in:

ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, Kommentar, Basel 2013, N. 45 zu Vorbem. zu Art. 308 ff. ZPO). Vorliegend sind die Rechtsmittelvoraussetzungen der Beschwerde ebenfalls erfüllt (betreffend Frist: Art. 321 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 142 Abs. 3 ZPO). Mit Beschwerde kann beim Obergericht (§ 10 Abs. 1 lit. c EG ZPO) die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO).

2.

2.1.

Die *Vorinstanz* trat unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin "auf die Gesuche vom 15. September 2022 und vom 7. November 2022" (mit welchen sie vom Beklagten Prozesskostenvorschüsse für das Scheidungsverfahren und für das vorinstanzliche Verfahren beantragt hatte) nicht ein. Sie "folgte" der "überzeugenden Begründung" des Beklagten. Die Gesuche der Klägerin um Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses seien als vorsorgliche Massnahme i.S.v. Art. 276 ZPO zu behandeln, wobei infolge Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens vor Obergericht auch das Obergericht für die Beurteilung "sachlich" zuständig sei. "Ergänzend" wurde hinzugefügt: Soweit die Klägerin eventualiter die unentgeltliche Rechtspflege (für das Berufungsverfahren) beantrage (vgl. Ziff. 4 der Begehren vom 15. September 2022), sei darauf "von vornherein nicht einzutreten". Dieses Gesuch sei bei jener Instanz einzureichen, die sachlich bzw. funktional zuständig sei. Konkret wäre dies beim Berufungsgericht (im Verfahren ZOR.2022.47) gewesen. Weil die unentgeltliche Rechtspflege zur Prozesskostenvorschusspflicht ohnehin subsidiär sei, könne es "nicht angehen", dass das Bezirksgericht die Frage des Prozesskostenvorschusses abschliessend entscheiden soll (angefochtener Entscheid, Erw. 1.2 f.). Im Kostenpunkt wurde festgehalten, dass "[a]ufgrund der Eingabe des Rechtsvertreters vom 23. Januar 2023 [...] auf die Kostenaufgabe an diesen persönlich zu verzichten [sei], weil die Praxis des Obergerichts des Kantons Aargau offenbar immer eine erstinstanzliche Behandlung eines Prozesskostenvorschusses verlangt, was möglicherweise in casu neu zu überprüfen ist" (angefochtener Entscheid, Erw. 2.2.2). Bei diesem Verfahrensausgang (Nichteintritt auf die Gesuche um Prozesskostenvorschuss) sei das Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das vorliegende Verfahren als aussichtslos abzuweisen (angefochtener Entscheid, Erw. 2.2.4).

2.2.

Die *Klägerin* wirft der Vorinstanz formelle Rechtsverweigerung vor, da sie als zuständige Behörde auf ihre Prozesskostenvorschussbegehren nicht eingetreten sei. Sie sei ohne eigene Begründung von der Rechtsprechung im Kanton Aargau abgewichen (Berufung, S. 7 f.). Der *Beklagte* hält unter Hinweis auf seine Ausführungen vor Vorinstanz und einen Entscheid des

Obergerichts des Kantons Bern daran fest, die Vorinstanz sei zu Recht von ihrer Unzuständigkeit ausgegangen (Berufungsantwort, S. 9).

2.3.

2.3.1.

Es besteht keine Veranlassung, von der langjährigen, in Gesetz und aargauischer Gerichtspraxis verankerten Rechtsprechung abzuweichen, wonach das Obergericht als Rechtsmittelinstanz für die Beurteilung von in Rechtsmittelverfahren erstmals gestellten Prozesskostenvorschussbegehren nicht zuständig ist bzw. diese in die Zuständigkeit des erstinstanzlichen Eheschutz- resp. Massnahmegerichts fallen (vgl. statt vieler: Entscheid des Obergerichts, 5. Zivilkammer, vom 18. Januar 2023 [ZSU.2022.240], Erw. 6).

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist ein Prozesskostenvorschuss für ein eherechtliches Verfahren bei dem "für Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft zuständigen Gericht" einzufordern (BGE 5A_239/2017 Erw. 3.2 m.H.; für das Verfahren vor Bundesgericht: BGE 5A_147/2020 Erw. 3, 5A_242/2020 Erw. 1.5, je unter Hinweis auf BGE 5A_239/2017 Erw. 3.2). Für den Kostenvorschuss der Eltern für das Kind im Kindesunterhaltsprozess findet sich die verfahrensrechtliche Grundlage in Art. 303 ZPO (vorsorgliche Massnahme; BGE 5A_217/2018 Erw. 1.1). Ein Gesuch um Prozesskostenvorschuss für das ordentliche Ehescheidungsverfahren ist entsprechend in einem summarischen Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen (Art. 276 ZPO) geltend zu machen.

Das in einem ordentlichen Scheidungsverfahren als Rechtsmittelinstanz angerufene Obergericht ist für ein Verfahren, das nicht Gegenstand dieses Scheidungsverfahrens ist, mit Blick auf die unterschiedlichen Verfahrensarten sowie auf das grundsätzliche Erfordernis des doppelten Instanzenzuges (vgl. Art. 75 Abs. 2 BGG) funktionell nicht zuständig. Der Kanton Aargau hat im Rahmen seiner Zuständigkeit zur Regelung der Organisation der Gerichte (Art. 3 ZPO) in § 11 lit. a EG ZPO festgehalten, dass ein hauptamtliches Mitglied des Zivilgerichts als Einzelrichter über die im summarischen Verfahren zu entscheidenden Angelegenheiten entscheidet, für die in der Hauptsache das Zivilgericht (des Obergerichts) gemäss § 10 lit. a ZPO zuständig ist. Bei letzteren handelt es sich um Streitigkeiten, in denen *ein Bundesgesetz eine einzige kantonale Instanz* vorschreibt und das kantonale Recht keine andere Zuständigkeit bestimmt. Darunter fallen somit jedenfalls nicht Fälle, in denen das Zivilgericht als Rechtsmittelinstanz (Art. 308 ff. und Art. 319 ff. ZPO) entscheidet (§ 10 lit. c ZPO). Der Grosse Rat des Kantons Aargau hat in der Sitzung vom 23. März 2010 eine im damaligen Gesetzesentwurf zum EG ZPO in § 11 lit. a enthaltene Verweisung auf § 10 lit. c EG ZPO ausdrücklich gestrichen (vgl. Protokoll des Grossen Rates, Sitzung vom 23. März 2010, Art. 2010-0527). Damit wurde

klar festgehalten, dass das Obergericht insbesondere für den Erlass vorsorglicher Massnahmen, worunter auch solche nach Art. 276 ZPO gehören, auch in Fällen nicht zuständig ist, in denen ein entsprechendes Scheidungsverfahren wegen Ergreifung eines Rechtsmittels am Obergericht hängig ist.

Demgegenüber besteht eine entsprechende Zuständigkeit der Bezirksgerichtspräsidien gemäss § 6 Abs. 1 lit. b EG ZPO. Gegenteiliges Bundesrecht ist entgegen der Behauptung des Beklagten (Berufungsantwort, S. 17 f.) weder Art. 276 ZPO noch BGE 5A_725/2016 (Erw. 1.2) zu entnehmen. Das Bundesgericht hielt in diesem Entscheid lediglich fest, dass Ausnahmen vom Erfordernis des doppelten Instanzenzuges zulässig sein können. Demgegenüber wird darin in keiner Weise ausgeführt, dass im kantonalen Recht zwingend eine Zuständigkeit des oberen kantonalen Gerichts für den Erlass vorsorglicher Massnahmen statuiert werden müsste.

Entsprechend schützte das Bundesgericht in BGE 5A_239/2017 (Erw. 3.2 f.) denn auch einen Entscheid der 5. Zivilkammer des Obergerichts vom 16. Februar 2017 (ZSU.2016.333), worin auf das Prozesskostenvorschussbegehren der berufungsbeklagten Partei für das Berufungsverfahren betreffend ein summarisches Eheschutzverfahren mit der Begründung nicht eingetreten wurde, die Frist für eine eigene Berufung sei bei Einreichung des Begehrens bereits abgelaufen gewesen und eine Anschlussberufung sei im Summarium ausgeschlossen (Art. 314 ZPO) – damit hätte die entsprechende Partei im Sinne einer Änderung der Klage (Art. 317 Abs. 2 ZPO), mit der bereits vor erster Instanz ein Prozesskostenvorschuss verlangt wurde, allenfalls im Rechtsmittelverfahren einen Prozesskostenvorschuss verlangen können. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass das Obergericht im Ergebnis zu Recht auf das Prozesskostenvorschussbegehren nicht eingetreten ist, das im Rechtsmittelverfahren im Sinne eines neuen Begehrens gestellt worden war. Damit hat das Bundesgericht die ständige auf § 11 lit. a EG ZPO sich stützende Praxis der 5. Zivilkammer des Obergerichts, nach welcher Prozesskostenvorschussbegehren für das Berufungsverfahren beim für summarische Verfahren zuständigen erstinstanzlichen Gericht zu beantragen sind, bestätigt.

An der sich auf eine klare gesetzliche Regelung stützenden Praxis des Obergerichts vermag auch der Hinweis des Beklagten auf BGE 5A_786/2021 (Erw. 3.3.2) nichts zu ändern. Das Bundesgericht hat sich in diesem Entscheid gerade nicht abschliessend zur rechtlichen Zuständigkeitssituation im kantonalen Verfahren geäussert, schon gar nicht zur ausdrücklichen Regelung im Kanton Aargau. Irrelevant für das Verfahren im Kanton Aargau sind dementsprechend auch die Praxen anderer Kantone, welche der Beklagte bemüht (vgl. Entscheid des Obergerichts, 5. Zivilkammer, vom 18. Januar 2023 [ZSU.2022.240], Erw. 6).

2.3.2.

Die Vorinstanz ist somit zu Unrecht unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin (Urteil, Erw. 2.2.1; Disp.-Ziff. 2 und 3) auf deren Prozesskostenvorschussbegehren vom 15. September 2022 und 7. November 2022, mit welchen die Klägerin für das vorinstanzliche Verfahren (Begehren Ziff. 3 vom 15. September 2022) und für das Berufungsverfahren ZOR.2022.47 (je Ziff. 2 der Begehren vom 15. September 2022 und vom 7. November 2022) vom Beklagten Prozesskostenvorschüsse beantragt hat, nicht eingetreten (Disp.-Ziff. 1).

2.4.

2.4.1.

Im Falle eines schwerwiegenden Verfahrensmangels sind die Voraussetzungen von Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO erfüllt. Gemäss dieser Bestimmung kann die Rechtsmittelinstanz einen angefochtenen Entscheid u.a. dann kassieren und die Sache an die erste Instanz zurückweisen, wenn ein wesentlicher Teil der Klage nicht beurteilt wurde. Die Rückweisung an die erste Instanz ist u.a. dann geboten, wenn diese (zu Unrecht) wegen einer angeblich fehlenden Prozessvoraussetzung auf die Klage nicht eingetreten ist. Im Falle eines schwerwiegenden Verfahrensmangels, wie er vorliegend (zufolge Verneinung der funktionellen Beurteilungszuständigkeit für die Prozesskostenvorschussbegehren der Klägerin) gegeben ist, liegt eine Nichtbeurteilung der Klage in gehöriger Form und eine Nichtermittlung des Sachverhalts in gehöriger Form vor (REETZ/HILBER, in: ZPO-Komm., a.a.O., N. 34 und 37 zu Art. 318 ZPO). Die Aufhebung eines Entscheids und die Zurückweisung an die Vorinstanz ist unumgänglich, wenn - wie hier - ganze Sachverhaltskomplexe unaufgeklärt geblieben sind resp. der Prozess völlig falsch gelaufen ist (HURNI, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung [BK-ZPO], Bern 2012, N. 48 zu Art. 56 ZPO). Die ratio legis der Rückweisung besteht darin, dass den Parteien nicht Nachteile entstehen sollen, weil nur die Berufungsinstanz (und nicht auch die erste Instanz) über wichtige Tat- und Rechtsfragen entschieden hat (vgl. REETZ/HILBER, a.a.O., N. 29 zu Art. 318 ZPO).

2.4.2.

Die Vorinstanz ist nach Gesagtem zu Unrecht nicht auf die klägerischen Prozesskostenvorschussbegehren eingetreten. In der Folge hat sie weder eine Beurteilung der geltend gemachten Mittellosigkeit der Klägerin noch eine Prüfung der Aussichtslosigkeit derer Begehren in der Sache vorgenommen. Entsprechend ist der Nichteintretensentscheid auf die von der Klägerin gestellten Prozesskostenvorschussbegehren aufzuheben und zur allfälligen Vornahme weiterer Beweiserhebungen und zur anschliessenden Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Anzumerken bleibt, dass die vorinstanzliche Erwägung, wonach sich die angebliche Mittellosigkeit des Beklagten aus dem Umstand ergeben soll, dass dieser gemäss erstin-

stanzlichem Scheidungsurteil nicht in der Lage sei, nacheheliche Unterhaltsbeiträge zu bezahlen (angefochtener Entscheid, Erw. 1.3.3), nicht nachvollziehbar ist. Dies vor dem Hintergrund, dass der Anspruch auf nacheheliche Unterhaltsbeiträge auch bei Vorhandensein von (liquidem) Vermögen und somit auch bei einer nicht vorhandenen Mittellosigkeit verneint werden kann. Eine nähere Überprüfung der vom Beklagten geltend gemachten Mittellosigkeit wird sich daher bei der (erneuten) Beurteilung der Sache aufdrängen.

Die Vorinstanz hat das Gesuch der Klägerin um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das vorinstanzliche Verfahren mit der Begründung abgewiesen, dieses sei aussichtslos gewesen, weil auf deren Prozesskostenvorschussgesuche mangels Zuständigkeit nicht habe eingetreten werden können (angefochtener Entscheid, Erw. 2.2.4). Nachdem die Vorinstanz aber zu Unrecht ihre funktionelle Zuständigkeit für die Beurteilung der Gesuche der Klägerin um Prozesskostenvorschuss verneinte, kann nicht von Vorhinein von der Aussichtslosigkeit der Gesuche der Klägerin um unentgeltliche Rechtspflege ausgegangen werden. Vielmehr war es seitens der Klägerin ein Gebot der Vorsicht, infolge der Subsidiarität der unentgeltlichen Rechtspflege ein entsprechendes Prozesskostenvorschussgesuch zu stellen. Sollte die Prüfung der klägerischen Prozesskostenvorschussbegehren durch die Vorinstanz für das erstinstanzliche Verfahren ergeben, dass beide Parteien prozessbedürftig sind (Art. 117 lit. a ZPO), hat das auch für die Beurteilung des Begehrens um unentgeltliche Rechtspflege zuständige Gerichtspräsidium (vgl. § 22 Abs. 2 ZPO) vielmehr die derzeit nicht spruchreife Frage (vgl. Art. 327 Abs. 3 lit. a und lit. b e contrario) zu prüfen, ob der Klägerin für das erstinstanzliche Verfahren die subsidiäre unentgeltliche Rechtspflege (vgl. Erw. 4.2.3 unten) zu gewähren ist. Dies führt auch zur Gutheissung der (sinngemässen) Beschwerde der Klägerin betreffend unentgeltliche Rechtspflege.

2.5.

Da der angefochtene Entscheid somit ohnehin aufzuheben und die Streitsache gesamthaft an die Vorinstanz zur Beurteilung a) der Prozesskostenvorschussbegehren vom 15. September 2022 und vom 7. November 2022 (vgl. Prozessgeschichte Ziff. 2.1 und 2.2 oben) und b) des Gesuchs der Klägerin um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das erstinstanzliche Verfahren zurückzuweisen ist, erübrigen sich Ausführungen zu ihrer Rüge, die Vorinstanz habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör mehrfach verletzt (vgl. Berufung, S. 5 ff.). Mit dem Rückweisungsentscheid wird derjenige Zustand wieder hergestellt, welcher vor dem Entscheid der Vorinstanz bestand (SEILER, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, N. 1519). Seither eingetretene Neuerungen sind deshalb zu berücksichtigen, weil a) mit dem Rückweisungsentscheid das erstinstanzliche Verfahren in den Stand des Beweisverfahrens zurückversetzt wird und b) im Gel-

tungsbereich des Untersuchungsgrundsatzes Neuerungen bis zur Urteilsberatung vorgebracht und berücksichtigt werden können (vgl. REETZ/HILBER, a.a.O., N. 41 zu Art. 318 ZPO; SEILER, a.a.O., N. 1542; Art. 272 i.V.m. Art. 229 Abs. 3 ZPO).

3.

In einer Rückweisungsentscheid kann die obere Instanz die Verteilung der Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens der Vorinstanz überlassen (Art. 104 Abs. 4 ZPO). Da es sich bei Art. 104 Abs. 4 ZPO um eine Kann-Vorschrift handelt, ist die Rechtsmittelinstanz indessen befugt, die Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens auch selbst zu verteilen, wenn besondere Gründe vorliegen (BGE 4A_364/2013 Erw. 15.4). Solche besonderen Gründe stellen insbesondere die endgültige Entscheidung über gesonderte Fragen wie etwa die Zuständigkeit oder Verjährung dar (JENNY, in: ZPO-Komm., a.a.O., N 11 zu Art. 104 ZPO). So gilt die rechtsmittelführende Partei grundsätzlich als obsiegend (Art. 106 Abs. 1 ZPO), wenn ein Rückweisungsentscheid erfolgt, weil die Rechtsmittelinstanz zum Schluss kommt, dass die Vorinstanz zu Unrecht nicht auf die Klage eingetreten ist. Hat die beklagte Partei in der Vorinstanz die Abweisung der Klage beantragt und somit das Eintreten befürwortet, drängt sich aber eine Überwälzung der Kosten an den Kanton auf (Art. 107 Abs. 2 ZPO), da die Kosten des Rechtsmittelverfahrens von keiner Partei veranlasst worden sind (SUTTER-SOMM/SEILER, in: Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2021, N 12 zu Art. 104 ZPO).

Der Beklagte hat bei der Vorinstanz das Nichteintreten auf die Prozesskostenvorschussgesuche der Klägerin beantragt und diesen Antrag einlässlich begründet. So hat die Vorinstanz das zu Unrecht erfolgte Nichteintreten auf die Prozesskostenvorschussgesuche im angefochtenen Entscheid auch mehrheitlich mit dem Verweis auf die gemäss ihrer Ansicht "überzeugende" Begründung des Beklagten motiviert (angefochtener Entscheid, Erw. 1.3 und 1.2). Im Verfahren vor Obergericht beantragt der Beklagte die Abweisung der von der Klägerin erhobenen Berufung und hält an seiner Begründung fest, wonach die Vorinstanz für die Beurteilung der Prozesskostenvorschussgesuche nicht zuständig ist (Berufungsantwort, S. 10 f.). Infolge Gutheissung der von der Klägerin erhobenen Rechtsmittel (vgl. Erw. 2.3 f. hiavor) erweist sich der Beklagte im Rechtsmittelverfahren somit als unterliegend i.S.v. Art. 106 Abs. 1 ZPO. Folglich ist ihm die obergerichtliche Spruchgebühr für das Berufungsverfahren von Fr. 1'500.00 (§ 11 Abs. 1 i.V.m. § 8 VKD) aufzuerlegen. Er ist zudem zu verpflichten, dem unentgeltlichen Rechtsvertreter der Klägerin (vgl. AGVE 2013 Nr. 77 S. 400 f.; BGE 5A_754/2013 Erw. 5; Erw. 4.2 unten) die zweitinstanzlichen Anwaltskosten zu ersetzen. Diese werden ausgehend von einer praxismässigen Grundentschädigung von Fr. 1'500.00 (§ 3 Abs. 1 lit. b AnwT), einem Abzug von 20 % gemäss § 6 Abs. 2 AnwT (keine Verhandlung), sowie einem

Abzug von 25 % gemäss § 8 AnwT (Rechtsmittelverfahren), einer Auslagenpauschale von Fr. 75.00 (§ 13 AnwT) und der Mehrwertsteuer auf Fr. 1'050.00 festgesetzt.

4.

4.1.

Nachdem der Klägerin im vorliegenden Berufungsverfahren keine Gerichtskosten anfallen und ihr der Beklagte ihre Anwaltskosten zu entschädigen hat (vgl. Erw. 3 hiervor), ist ihr Gesuch um Prozesskostenvorschuss für das vorliegende Berufungsverfahren als gegenstandslos abzuschreiben.

4.2.

Die Klägerin beantragt für das vorliegende Berufungsverfahren die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung. Der Klägerin fallen im vorliegenden Berufungsverfahren keine Gerichtskosten an (vgl. Erw. 3 oben); in Bezug auf die Gerichtskosten ist ihr Gesuch deshalb als gegenstandslos abzuschreiben (vgl. BGE 109 Ia 5 Erw. 5; BGE 5A_849/2008 Erw. 2.2.1 f.). Nachdem der Beklagte eine Mittellosigkeit seinerseits behauptet, kann indessen nicht ausgeschlossen werden, dass die der Klägerin zugesprochene Parteientschädigung uneinbringlich ist. Dementsprechend entbindet hier die Zusprechung einer Parteientschädigung nicht davon, über das Gesuch um unentgeltliche Verteidigung zu entscheiden (vgl. BGE 5A_849/2008 Erw. 2.2.1 f.).

Die Klägerin macht glaubhaft, dass sie nebst den von ihr bezogenen Sozialhilfeleistungen über kein Einkommen und über kein nennenswertes Vermögen verfügt (vgl. Berufsbeilagen). Sie ist somit offensichtlich bedürftig und ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege mit unentgeltlicher Verteidigung ist gutzuheissen, soweit es (bezüglich der Verfahrenskosten) nicht gegenstandslos geworden ist.

Das Obergericht erkennt:

1.

In Gutheissung der Berufung und der Beschwerde der Klägerin wird der Entscheid des Bezirksgerichts Q., Präsidium des Familiengerichts, vom 14. Februar 2023, aufgehoben, und es wird die Streitsache im Sinne der Erwägungen zur allfälligen Vornahme weiterer Beweiserhebungen und zur anschliessenden Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.

Das Prozesskostenvorschussbegehren der Klägerin für das Berufungsverfahren wird infolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben.

3.

Das Gesuch der Klägerin um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird gutgeheissen, soweit es nicht gegenstandslos geworden ist (Gerichtskosten), und MLaw Julian Burkhalter, Rechtsanwalt, Fribourg, zu ihrem unentgeltlichen Rechtsvertreter bestellt.

4.

Die obergerichtliche Spruchgebühr von Fr. 1'500.00 wird dem Beklagten auferlegt.

5.

Der Beklagte wird verpflichtet, dem unentgeltlichen Rechtsvertreter der Klägerin die zweitinstanzlichen Anwaltskosten in gerichtlich festgesetzter Höhe von Fr. 1'050.00 (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuern) zu bezahlen.

Zustellung an:
[...]

Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art. 90 ff. BGG)

Gegen Entscheide, die das Verfahren abschliessen, kann **innert 30 Tagen**, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Beschwerde nur zulässig, wenn der Streitwert in arbeits- und mietrechtlichen Fällen mindestens Fr. 15'000.00 bzw. in allen übrigen Fällen mindestens Fr. 30'000.00 beträgt, es sei denn, es stelle sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung oder es handle sich um einen Entscheid des Konkurs- und Nachlassrichters (Art. 44 Abs. 1, Art. 72, Art. 74, Art. 90, Art. 100 Abs. 1 und Art. 112 Abs. 1 BGG).

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen (Art. 42 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht (Art. 95 ff. BGG) verletzt. Ist eine Beschwerde nur unter der Voraussetzung zulässig, dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, ist auszuführen, warum diese Voraussetzung erfüllt ist. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

Der **Streitwert** des kantonalen Verfahrens beträgt über **Fr. 30'000.00**.

Aarau, 1. Mai 2023

Obergericht des Kantons Aargau

Zivilgericht, 5. Kammer

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Brunner

Hess