

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LE180036-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,  
Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Oberrichter Dr. M. Kriech  
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. A. Baumgartner

## Beschluss vom 19. Dezember 2018

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

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

gegen

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

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

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

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen  
Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 19. Juni 2018 (EE180015-G)**

### Erwägungen:

1. a) Mit Eingabe vom 15. März 2018 stellte die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchstellerin) bei der Vorinstanz ein Gesuch um Bewilligung zum Getrenntleben unter Regelung der Eheschutzfolgen (Urk. 7/1).

Anlässlich der Hauptverhandlung vom 4. Juni 2018 stellte der Gesuchsgegner und Berufungskläger (fortan Gesuchsgegner) unter anderem die folgenden Anträge (Urk. 7/8 S. 2):

- " 3. Die Gesuchstellerin sei zu verpflichten, die Liegenschaft C.\_\_\_\_\_-Strasse ... in D.\_\_\_\_\_, GB Blatt ..., Kataster Nr. ..., bis 31. Juli 2018 zu verlassen, unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB und der zwangsweisen Räumung des Grundstückes durch die Polizei im Unterlassungsfalle. Sollte ein Verkauf bis zum 31. Juli 2018 wider Erwarten noch nicht stattgefunden haben, so sei die Gesuchstellerin zu verpflichten, die Liegenschaft C.\_\_\_\_\_-Strasse ... in D.\_\_\_\_\_, GB Blatt ..., Kataster Nr. ..., bis spätestens innert 10 Tagen nach erfolgter Beurkundung des Kaufvertrages zu verlassen, unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB und der zwangsweisen Räumung des Grundstückes durch die Polizei im Unterlassungsfalle.
8. Der Gesuchsgegner sei zu ermächtigen, die eheliche Liegenschaft an der C.\_\_\_\_\_-Strasse ... in D.\_\_\_\_\_, GB Blatt ..., Kataster Nr. ..., ohne Zustimmung der Gesuchstellerin zu verkaufen."

Mit Verfügung vom 19. Juni 2018 entschied die erstinstanzliche Richterin das Folgende (Urk. 7/21A S. 8):

- " 1. Antrag Ziffer 3 des Gesuchsgegners vom 4. Juni 2018 wird abgewiesen.
2. Dem Gesuchsgegner wird die Ermächtigung zum Verkauf der ehelichen Liegenschaft an der C.\_\_\_\_\_-Strasse ... in D.\_\_\_\_\_, GB Blatt ..., Kataster-Nr. ..., nicht erteilt.
3. Kosten und Entschädigung werden mit der Hauptsache entschieden.
4. (Schriftliche Mitteilung.)
5. (Rechtsmittelbelehrung.)"

Mit Eingabe vom 20. Juni 2018 (gleichentags bei der Vorinstanz eingegangen) zog die Gesuchstellerin ihr Eheschutzbegehren zurück und ersuchte darum, das Verfahren als durch den Rückzug erledigt abzuschreiben (Urk. 7/22).

Mit Verfügung vom 3. Juli 2018 schrieb die erstinstanzliche Richterin das Verfahren als durch Rückzug des Eheschutzgesuchs erledigt ab und auferlegte die Gerichtskosten des Eheschutzverfahrens in der Höhe von gesamthaft Fr. 2'006.25 den Parteien je zur Hälfte. Parteientschädigungen wurden keine zugesprochen (Urk. 7/25 S. 5 Dispositivziffern 1 bis 4).

b) Mit Eingabe vom 2. Juli 2018 (gleichentags der Post übergeben und hierorts am 4. Juli 2018 eingegangen) erhob der Gesuchsgegner innert Frist Berufung gegen die Verfügung vom 19. Juni 2018, wobei er folgende Anträge stellte (Urk. 1 S. 2):

- " 1. Die Verfügung des Bezirksgerichts Meilen, Einzelgericht im summarischen Verfahren, vom 19. Juni 2018, Geschäfts-Nr. EE180015, sei aufzuheben.
2. Der anlässlich der Verhandlung vom 4. Juni 2018 vor dem Bezirksgericht Meilen gestellte Antrag Ziffer 3 des Gesuchsgegners und Berufungsklägers sei gutzuheissen und es sei die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte entsprechend zu verpflichten, die Liegenschaft C.\_\_\_\_\_-Strasse ... in D.\_\_\_\_\_, GB Blatt ..., Kataster Nr. ..., bis 31. Juli 2018 zu verlassen, unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB und der zwangsweisen Räumung des Grundstückes durch die Polizei im Unterlassungsfalle. Sollte ein Verkauf bis zum 31. Juli 2018 wider Erwarten noch nicht stattgefunden haben, so sei die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte zu verpflichten, die Liegenschaft C.\_\_\_\_\_-Strasse ... in D.\_\_\_\_\_, GB Blatt ..., Kataster Nr. ..., bis spätestens innert 10 Tagen nach erfolgter Beurkundung des Kaufvertrages zu verlassen, unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB und der zwangsweisen Räumung des Grundstückes durch die Polizei im Unterlassungsfalle.
3. Der anlässlich der Verhandlung vom 4. Juni 2018 vor dem Bezirksgericht Meilen gestellte Antrag Ziffer 8 des Gesuchsgegners und Berufungsklägers sei gutzuheissen und es sei entsprechend der Gesuchsgegner und Berufungskläger zu ermächtigen, die eheliche Liegenschaft an der C.\_\_\_\_\_-Strasse ... in D.\_\_\_\_\_, GB Blatt ..., Kataster Nr. ..., ohne Zustimmung der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten zu verkaufen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWSt zu Lasten der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten."

Mit Eingabe vom 16. Juli 2018 informierte der Gesuchsgegner die beschliessende Kammer darüber, dass die Gesuchstellerin vorinstanzlich ihr Eheschutzbegehren zurückgezogen habe. Er vertrat dabei die Ansicht, dass er im erstinstanzlichen Verfahren eigene Anträge gestellt habe, welche nicht vom Rückzug des Eheschutzbegehrens durch die Gesuchstellerin betroffen seien. Der Gesuchsgegner stellte den Antrag, es sei das Berufungsverfahren nicht als gegenstandslos abzuschreiben. Über seine im Berufungsverfahren gestellten Anträge sei beförderlich zu entscheiden (Urk. 9).

Mit Verfügung vom 20. Juli 2018 wurde der Gesuchstellerin Frist angesetzt, um zum Antrag des Gesuchsgegners vom 16. Juli 2018 Stellung zu nehmen. Sodann wurde beiden Parteien Frist angesetzt, um zur Frage der Kosten- und Entschädigungsfolgen bei einer allfälligen Abschreibung des Berufungsverfahrens Stellung zu nehmen. Schliesslich wurde dem Gesuchsgegner Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens einen Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– zu leisten (Urk. 10), was dieser innert Frist tat.

Mit Stellungnahme vom 2. August 2018 beantragte der Gesuchsgegner erneut, es sei das Berufungsverfahren nicht abzuschreiben, sondern über seine Anträge beförderlich zu entscheiden. Eventualiter sei das Berufungsverfahren bis zum Revisionsentscheid der ersten Instanz zu sistieren. Sollte das Berufungsverfahren wider Erwarten doch abgeschrieben werden, so wäre die zweitinstanzliche Entscheidgebühr der Gesuchstellerin aufzuerlegen. Zudem wäre diese zu verpflichten, ihm für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung zu bezahlen. Eventualiter wären die Entscheidgebühr und die Parteientschädigung für ihn auf die Gerichtskasse zu nehmen (Urk. 11).

Mit Stellungnahme vom 3. August 2018 stellte die Gesuchstellerin folgende Anträge (Urk. 13 S. 1):

- " 1. Der Antrag des Berufungsklägers vom 16. Juli 2018 sei abzuweisen.
2. Das vorliegende Berufungsverfahren LE180036 sei als erledigt abzuschreiben.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt) zulasten des Berufungsklägers.  
Eventualiter unter Kostenfolgen zulasten des Kantons und Ent-

schädigungsfolgen (zzgl. MwSt) zulasten des Berufungsklägers."

Die Parteien reichten in der Folge zu der Eingabe der Gegenseite vom 2. bzw. 3. August 2018 keine weitere Stellungnahme ein (Urk. 11 bis Urk. 19).

Mit Eingabe vom 18. Oktober 2018 stellte die Gesuchstellerin der beschliessenden Kammer die vorinstanzliche Verfügung vom 9. August 2018 zu, mit welcher das Revisionsgesuch des Gesuchsgegners abgewiesen wurde (Urk. 20 f.). Der Gesuchsgegner nahm hierzu innert Frist keine Stellung (Urk. 20 bis Urk. 22).

c) Auf die im Berufungsverfahren gemachten Ausführungen der Parteien ist nachfolgend nur insoweit einzugehen, als sich dies für die Entscheidungsfindung als notwendig erweist.

2. Mit Eingabe vom 15. März 2018 stellte die Gesuchstellerin bei der Vorinstanz das Begehren um Bewilligung zum Getrenntleben unter Regelung der diesbezüglichen Folgen (Urk. 7/1). Anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung stellte der Gesuchsgegner seine Anträge (Urk. 7/8 S. 1 bis S. 6).

Beim Gesuch um Eheschutzmassnahmen gemäss Art. 176 ff. ZGB handelt es sich um eine doppelseitige Klage, eine sogenannte *actio duplex* (CR CPC-Tappy, Art. 273 N 22; CPra Matrimonial-Bohnet, Art. 273 CPC N 11). Bei der *actio duplex* kann die beklagte Partei eigene Sachanträge bzw. Gegenrechtsbegehren stellen, die über den blossen Antrag auf Klageabweisung hinausgehen, ohne eine Widerklage erheben zu müssen (Willisegger, Grundstruktur des Zivilprozesses, 2012, S. 156 m.w.H.; ZR 115 [2016] Nr. 30 E. 5.2). Der Gesuchsgegner machte geltend, er habe im erstinstanzlichen Verfahren eigene Anträge gestellt, welche nicht vom Rückzug der Gesuchstellerin betroffen seien (Urk. 9). Er unterliess es hingegen, substantiiert auszuführen, wieso im vorliegenden Eheschutzverfahren ausnahmsweise nicht von einer *actio duplex* auszugehen sei. So machte er nicht einmal explizit geltend, dass er im vorinstanzlichen Verfahren eine Widerklage erhoben habe, womit er hätte verhindern können, dass die Gesuchstellerin den Prozess mit einem Klagerückzug alleine beendet (Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 224 N 10 m.w.H.; BSK ZPO-Willisegger, Art. 224 N 28; Pahud, DIKE-Komm-ZPO, Art. 224 N 4; BK ZPO-

Killias, Art. 224 N 14). Somit ist wie üblicherweise von einer actio duplex auszugehen, weshalb durch den Rückzug des Eheschutzbegehrens durch die Gesuchstellerin das gesamte Eheschutzverfahren mitsamt den vom Gesuchsgegner gestellten Anträgen Ziffer 3 und 8 dahingefallen ist (vgl. auch EGV-SZ 2003 S. 19 ff.). Entsprechend ist das Berufungsverfahren gegenstandslos geworden und demgemäss abzuschreiben (Art. 242 ZPO in Verbindung mit Art. 219 ZPO).

3. Die Verfügung vom 19. Juni 2018 versandte die Vorinstanz am 21. Juni 2018 (vgl. Urk. 7/21A S. 1 und Urk. 7/24/1-2), obwohl der Rückzug des Begehrens um Bewilligung des Getrenntlebens bereits am 20. Juni 2018 bei der Vorinstanz eingegangen ist (Urk. 7/22). Ein Klagerückzug hat die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheids (Art. 241 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 219 ZPO; BSK ZPO-Gschwend/Steck, Art. 241 N 10 m.w.H.). Da ein Klagerückzug unbeschränkt zulässig ist (BSK ZPO-Gschwend/Steck, Art. 241 N 9 m.w.H.) und bis zur Eröffnung des Endentscheids abgegeben werden kann (Kriech, DIKE-Komm-ZPO, Art. 241 N 11), hätte die Vorinstanz die angefochtene Verfügung nicht mehr verschicken dürfen. Aufgrund der unrichtigen Rechtsanwendung durch die Vorinstanz wären in Anwendung von Art. 107 Abs. 2 ZPO die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens dem Kanton Zürich aufzuerlegen, was dazu führt, dass gemäss Art. 116 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit § 200 lit. a GOG keine Kosten erhoben werden können. In einem Fall wie dem vorliegenden, in welchem der Kanton Zürich selber nicht unterliegende Prozesspartei ist, besteht keine Rechtsgrundlage für die Zurechnung einer Parteientschädigung an die Parteien (BK ZPO-Sterchi, Art. 107 N 25).

**Es wird beschlossen:**

1. Das Berufungsverfahren wird abgeschrieben.
2. Es werden für das Berufungsverfahren keine Kosten erhoben.
3. Es werden für das Berufungsverfahren keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 19. Dezember 2018

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Baumgartner

versandt am:  
bz