

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY120034-O/U

Mitwirkend: Obergerichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Obergerichter Dr. G. Pfister und Ersatzobergerichterin lic. iur. R. Blesi Keller sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. J. Freiburghaus

Beschluss vom 18. Januar 2013

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin/Massnahmebeklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsteller/Massnahmekläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **vorsorgliche Massnahmen (Obhut über die Kinder, Besuchsrecht, Zuteilung der ehelichen Wohnung, Unterhaltsbeiträge)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 13. August 2012 (FE120107)

Erwägungen:

1. Die Parteien stehen seit dem 18. April 2012 vor Vorinstanz in einem Scheidungsverfahren (vgl. Urk. 6/1 S. 1). In diesem Rahmen hat der Gesuchsteller/Massnahmekläger und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchsteller) ein Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen gestellt. Mit Verfügung vom 13. August 2012 entschied die Vorinstanz über die Massnahmebegehren (Urk. 2).

2. Hiergegen hat die Gesuchstellerin/Massnahmebeklagte und Berufungsklägerin (fortan Gesuchstellerin) mit Eingabe vom 27. August 2012 (gleichentags zur Post gegeben) fristgerecht Berufung mit folgenden Anträgen erhoben (Urk. 1):

- " 1. Es seien die Ziffern 2., 3., 6., 7. und 8 der Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Bülach vom 13. August 2012 im Geschäft Nr. FE120107 aufzuheben.
2. Es seien die drei Kinder C. _____ (geb. tt.mm.2002), D. _____ (geb. tt.mm.2005) und E. _____ (geb. tt.mm.2009) für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Klägerin zu stellen.
3. Es sei der Beklagte zu berechtigen, während der Dauer des Getrenntlebens, die Kinder am ersten und dritten Wochenende jedes Monats sowie in geraden Jahren an Ostern, in ungeraden Jahren an Pfingsten und in jedem Jahr am zweiten Weihnachtstag auf eigene Kosten mit sich oder zu sich auf Besuch zu nehmen und sie ausserdem ab schulpflichtigem Alter für drei Wochen jährlich während der Schulferien auf eigene Kosten mit sich oder zu sich in die Ferien zu nehmen, wobei das Ferienbesuchsrecht mindestens zwei Monate im Voraus anzukündigen ist.
4. Es sei die eheliche Wohnung an der F. _____-Strasse ... , in G. _____ während der Dauer des Getrenntlebens der Klägerin mit den Kindern zur alleinigen Benutzung zuzuweisen.

Es sei der Beklagte zu verpflichten, die eheliche Wohnung bis spätestens 30 Tage nach Rechtskraft dieser Ziffer 4 zu verlassen.

5. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin an die Kosten des Unterhalts der drei Kinder sowie für sie persönlich angemessene, monatlich im Voraus zahlbare Unterhaltsbeiträge zu entrichten, mindestens jedoch Fr. 400.– pro Kind zzgl. allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen und Fr. 255.– für die Klägerin persönlich.
6. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten.
7. Es sei der Klägerin auch für das Rechtsmittelverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und ihr in der Person des Unterzeichneten ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen."

3. Mit Beschluss vom 26. September 2012 wurde der Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt. Sodann wurde dem Gesuchsteller Frist zur Beantwortung der Berufung angesetzt (Urk. 8), welche dieser mit Eingabe vom 8. Oktober 2012 einhielt und die Abweisung der Berufung unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten der Gesuchstellerin verlangte. Gleichzeitig stellte der Gesuchsteller den prozessualen Antrag, ihm sei die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen (Urk. 9). Diesem Antrag wurde mit Beschluss vom 23. November 2012 entsprochen (Urk. 12). Mit der Berufungsantwort hat der Gesuchsteller neue Unterlagen eingereicht und neue Behauptungen aufgestellt, weshalb der Gesuchstellerin mit Verfügung vom 29. November 2012 Frist zur Stellungnahme zu den neu in das Verfahren eingebrachten Behauptungen und Beweismitteln angesetzt wurde (Urk. 13). Mit Eingabe vom 13. Dezember 2012 liess die Gesuchstellerin um Erstreckung der vorgenannten Frist ersuchen, wobei das Fristerstreckungsgesuch durch die Sekretärin des Rechtsvertreters der Gesuchstellerin i.A. unterzeichnet wurde. Das Fristerstreckungsgesuch wurde am 17. Dezember 2012 bewilligt (Urk. 14). Mit Eingabe vom 21. Dezember 2012 beantragte der Gesuchsteller, die Gültigkeit des Fristerstreckungsgesuchs zu prüfen (Urk. 15).

4. Mit Schreiben vom 3. Januar 2012, beim Obergericht eingegangen am 4. Januar 2012, zog die Gesuchstellerin die Berufung zurück (Urk. 16). Ein Klagerückzug hat die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheides (Art. 241 Abs. 2 ZPO). Dies hat auch für die Rückzugserklärung einer Berufung zu gelten. Demzufolge ist das Berufungsverfahren abzuschreiben (Art. 241 Abs. 3 ZPO). Entsprechend erübrigt sich die Prüfung der Frage, ob das vorerwähnte Fristerstreckungsgesuch zu Recht bewilligt wurde.

5. Ausgangsgemäss sind die Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens der Gesuchstellerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Infolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung sind die Gerichtskosten einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen, unter Vorbehalt des Nachforderungsrechts des Staates (Art. 123 ZPO). Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 5, § 6 Abs. 1, § 8 Abs. 1 und § 10 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'500.– festzusetzen.

6. Die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege befreit die entschädigungspflichtige Partei nicht von der Bezahlung der Parteientschädigung an die Gegenpartei, weshalb die Gesuchstellerin entsprechend der Kostenverteilung zu verpflichten ist, dem Gesuchsteller eine Parteientschädigung zu bezahlen. Die Prozessentschädigung ist in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1, § 9 und § 13 der AnwGebV auf Fr. 2'000.–, zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer, festzusetzen. Da die zuzusprechende Parteientschädigung bei der Gesuchstellerin voraussichtlich nicht einbringlich sein wird, ist diese Rechtsanwältin lic. iur. Y._____ direkt aus der Gerichtskasse auszurichten, wobei der Anspruch mit der Ausrichtung auf den Kanton übergeht (Art. 122 Abs. 2 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Das Verfahren wird abgeschrieben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden der Gesuchstellerin auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.
Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
4. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsteller für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'160.– zu bezahlen. Diese Entschädigung wird der Rechtsvertreterin des Gesuchstellers, Rechtsanwältin lic. iur. Y._____, direkt aus der Gerichtskasse ausgerichtet. Der Anspruch auf die unerhältliche Parteientschädigung geht im Umfang von Fr. 2'160.– auf die Gerichtskasse über.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage des Doppels von Urk. 15 und an den Gesuchsteller unter Beilage des Doppels von Urk. 16, sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Bülach, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.
6. 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 über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 90 und 98 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, 18. Januar 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. J. Freiburghaus

versandt am:
ss