

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY200047-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichterin lic. iur.
A. Strähl sowie Gerichtsschreiberin MLaw R. Schneebeili

Beschluss vom 20. Januar 2021

in Sachen

A._____,

Gesuchsteller, Beklagter und Berufungskläger (im Massnahmeverfahren: Gesuchsteller)

gegen

B._____,

Gesuchstellerin, Klägerin und Berufungsbeklagte (im Massnahmeverfahren: Gesuchsgegnerin)

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

betreffend **Ehescheidung / Scheidung auf gemeinsames Begehren (Gesuch um vorsorgliche Massnahmen vom 5. November 2019 bzw. 9. Juli 2020: Entscheidung über die Rechtsbegehren 8 und 11 des Gesuchstellers)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Andelfingen vom 19. Oktober 2020; Proz.
FE160013**

Rechtsbegehren des Gesuchstellers:

(act. 4/203 und act. 5/248, sinngemäss):

1. [...]
2. [...]
3. [...]
4. [...]
5. [...]
6. [...]
7. [...]
8. Das Wohnrecht der Gesuchstellerin im Sinne von Art. 121 Abs. 3 ZGB sei abzuweisen und sofort aufzuheben.
9. [...]
10. [...]
11. Die zur Nutzung überlassenen Gegenstände gemäss Inventar aus dem Eigengut des Gesuchstellers seien innert 30 Tagen nach Inkrafttreten der vorsorglichen Massnahmen zu übergeben und bei deren Beschädigung finanziell abzugelten.
12. [...]
13. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten der Gesuchsgegnerin.

Rechtsbegehren der Gesuchsgegnerin:

(act. 5/251 S. 2 und act. 5/263 S. 2, sinngemäss):

1. Auf das Rechtsbegehren 8 des Gesuchstellers in seiner Eingabe vom 5. November 2019 bzw. 9. Juli 2020 sei nicht einzutreten; eventualiter sei das Rechtsbegehren 8 des Gesuchstellers in seiner Eingabe vom 5. November 2019 bzw. 9. Juli 2020 abzuweisen.
2. Auf das Rechtsbegehren 11 des Gesuchstellers sei nicht einzutreten; eventualiter sei das Rechtsbegehren 11 des Gesuchstellers abzuweisen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten des Gesuchstellers.

Verfügung des Einzelgerichtes:
(act. 3/1 = act. 5/284 = act. 7 S. 14 ff.)

1. Das Rechtsbegehren 8 (Zuweisung der ehelichen Liegenschaft an den Gesuchsteller) wird abgewiesen.
2. Auf das Rechtsbegehren 11 (Herausgabe der zur Nutzung überlassenen Gegenstände) wird nicht eingetreten.
3. Dem Gesuchsteller wird für das vorliegende Verfahren betreffend Gesuch um vorsorgliche Massnahmen vom 5. November 2019 bzw. 9. Juli 2020 die unentgeltliche Rechtspflege nicht gewährt.
4. Der Gesuchsgegnerin wird für das vorliegende Verfahren betreffend Gesuch um vorsorgliche Massnahmen vom 5. November 2019 bzw. 9. Juli 2020 in Rechtsanwalt lic. iur. X. _____, ... [Adresse], ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
5. Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt.
6. Die Gerichtskosten werden dem Gesuchsteller auferlegt.
7. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.– (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
Ist die Parteientschädigung beim Gesuchsteller nicht oder voraussichtlich nicht einbringlich, so wird der unentgeltliche Rechtsbeistand vom Kanton Zürich angemessen entschädigt. Mit der Zahlung geht der Anspruch auf den Kanton über (Art. 122 Abs. 2 ZPO).
8. [Mitteilungssatz.]
9. [Rechtsmittelbelehrung, Berufung innert 10 Tagen.]

Berufungsanträge des Gesuchstellers und Berufungsklägers:
(act. 2 S. 2 ff., sinngemäss):

1. Dispositivziffer 1 der Verfügung des Bezirksgerichtes Andelfingen vom 19. Oktober 2020 (FE160013-B/Z50) sei aufzuheben und es sei dem Antrag des Gesuchstellers stattzugeben der lautete: Das Wohnrecht der Klägerin im Sinne von Art. 121 Abs. 3 ZGB sei abzuweisen und sofort aufzuheben.
2. [Diverse Eventualanträge.]
3. Dispositivziffer 2 der Verfügung des Bezirksgerichtes Andelfingen vom 19. Oktober 2020 (FE160013-B/Z50) sei aufzuheben und auf die Klage des Gesuchstellers sei in diesem Punkt einzutreten. Die zur Nutzung überlassenen Gegenstände gemäss Inventar aus dem Eigengut des Gesuchstellers seien innert 30 Tagen nach Inkrafttreten der vorsorglichen Massnahmen zu übergeben und bei deren Beschädigung finanziell abzugelten.
4. Dispositivziffern 3, 5, 6 und 7 seien aufzuheben und dem Gesuchsteller sei die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen.

5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten der Gesuchsgegnerin.

Prozessualer Antrag des Gesuchstellers und Berufungsklägers:
(act. 2 S. 5)

"Es sei dem Berufungskläger für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen."

Erwägungen:

1.

1.1 A. _____ (Gesuchsteller, Beklagter und Berufungskläger, fortan: Gesuchsteller) und B. _____ (Gesuchsgegnerin, Klägerin und Berufungsbeklagte, fortan: Gesuchsgegnerin) haben am tt. August 2001 geheiratet (act. 4/5/1). Mit Eheschutzurteil des Bezirksgerichts Andelfingen vom 17. April 2013 wurde den Parteien das Getrenntleben auf unbestimmte Zeit bewilligt und die im Alleineigentum des Gesuchstellers stehende ehemals eheliche Liegenschaft für die Dauer des Getrenntlebens der Gesuchsgegnerin und den beiden gemeinsamen Töchtern zugewiesen. Über die Aufteilung von Mobiliar und Hausrat zur Benützung während des Getrenntlebens einigten sich die Parteien aussergerichtlich (Geschäfts-Nr. EE130003-B, act. 4/3/17).

1.2 Seit dem 4. April 2016 stehen sich die Parteien vor dem Bezirksgericht Andelfingen (fortan Vorinstanz) in einem Scheidungsverfahren gegenüber (act. 4/1). Im Rahmen des Scheidungsverfahrens stellten sowohl die Gesuchsgegnerin als auch der Gesuchsteller Gesuche um Erlass vorsorglicher Massnahmen. Über das von der Gesuchsgegnerin gestellte Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen entschied das Bezirksgericht Andelfingen (fortan: Vorinstanz) mit Verfügung vom 18. Juni 2020 (act. 4/242). Dagegen haben beide Parteien bei der Kammer Berufung erhoben, die Gegenstand des unter der Geschäfts-Nr. LY200027 (vereinigt mit LY200028) separat geführten Berufungsverfahrens sind. Über das Gesuch des Gesuchstellers um Erlass vorsorglicher Massnahmen im Scheidungsverfahren mit den eingangs zitierten Rechtsbegehren (vgl. vorstehende S. 3) entschied

die Vorinstanz mit Verfügung vom 19. Oktober 2020 (act. 5/284 = act. 3/1 = act. 7 [Aktenexemplar]).

1.3 Gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 19. Oktober 2020 hat der Gesuchsteller mit Eingabe vom 31. Oktober 2020 (Datum Poststempel) rechtzeitig Berufung an die Kammer erhoben (vgl. act. 2; zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 5/288/2). Damit verlangte er die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides und ersuchte um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das vorliegende Berufungsverfahren (act. 2). Die Gesuchsgegnerin hat gegen die vorinstanzliche Verfügung vom 19. Oktober 2020 ebenfalls ein Rechtsmittel an die Kammer erhoben (Kostenbeschwerde), welches unter der separaten Verfahrens-Nr. PC200038-O behandelt wird.

1.4 Die vorinstanzlichen Akten (act. 4/1–247 und act. 5/248–288) wurden beigezogen. Ebenfalls beigezogen wurden die Akten des Berufungsverfahrens LY200027 (damit vereinigt LY200028; vgl. act. 8/1–36).

1.5 Mit Schreiben vom 12. November 2020 wurde den Parteien der Eingang der Berufung des Gesuchstellers angezeigt und weitere prozessleitende Anordnungen – soweit nötig – in Aussicht gestellt (act. 6/1–2).

1.6 Am 6. Januar 2021 wurde im separat geführten Berufungsverfahren LY200027 (damit vereinigt LY200028) eine Vergleichsverhandlung durchgeführt, anlässlich welcher die Parteien eine Vereinbarung im Sinne einer "Gesamtlösung" abgeschlossen haben (act. 9 = act. 8/35). In der Vereinbarung vom 6. Januar 2021 erklärte der Gesuchsteller den vorbehaltlosen Rückzug seiner unter der Verfahrens-Nr. LY200047-O behandelten Berufung (vgl. act. 8/35, Ziffer 5, 2. Absatz [Original] = act. 9, Ziffer 5, 2. Absatz).

2.

2.1 Nachdem der Gesuchsteller in der Vereinbarung vom 6. Januar 2021 den vorbehaltlosen Rückzug seiner Berufung erklärt hat, ist das vorliegende Berufungsverfahren entsprechend abzuschreiben (Art. 241 Abs. 3 ZPO).

2.2 In Anwendung der §§ 12 Abs. 1 und 2, 4 Abs. 1–3, 8 Abs. 1 und 10 Abs. 1 GebV OG ist die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren auf Fr. 600.– festzusetzen.

2.3 Die Kosten des Berufungsverfahrens sind den Parteien vereinbarungsgemäss (vgl. act. 9, Ziffer 5, 2. Absatz) je zur Hälfte aufzuerlegen. Vom gegenseitigen Verzicht der Parteien auf das Zusprechen einer Parteientschädigung ist Vormerk zu nehmen.

3.

3.1 Der Gesuchsteller hat um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren ersucht (act. 2 S. 5) und nach Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) ist davon auszugehen, dass dieses Gesuch von dem in der Vereinbarung vom 6. Januar 2021 erklärten Rückzug nicht erfasst ist.

3.2 Die Prozessarmut des Gesuchstellers im Sinne von Art. 117 ZPO ist der Kammer bereits aus dem Berufungsverfahren LY200027-O bekannt, wo diese im Beschluss vom 16. November 2020, mithin erst vor rund zwei Monaten ausführlich geprüft und bejaht wurde (vgl. act. 8/29). Nachdem die Berufungsanträge des Gesuchstellers zudem nicht zum Vornherein als aussichtslos erscheinen, ist ihm die unentgeltliche Rechtspflege auch für das vorliegende Berufungsverfahren zu bewilligen, unter Hinweis auf seine Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO.

3.3 Die Gesuchsgegnerin hat mangels Zustellung der Berufungsschrift des Gesuchstellers noch keine Gelegenheit dazu bekommen, ein entsprechendes Gesuch im vorliegenden Berufungsverfahren zu stellen. Nachdem sich die Gesuchsgegnerin aber anlässlich der Vergleichsverhandlung vom 6. Januar 2021 im Geschäft-Nr. LY200027-O im Sinne einer "Gesamtlösung" dazu verpflichtet hat, die Hälfte der Gerichtskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens zu übernehmen und im besagten Berufungsverfahren LY200027-O auch ihre Prozessarmut bejaht und ihr dementsprechend die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt wurde, erscheint es nach dem Grundsatz von Treu und Glauben angezeigt, ihr die unent-

geltliche Rechtspflege auch für das vorliegende Berufungsverfahren zu bewilligen. Die Beiordnung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters erscheint für das vorliegende Berufungsverfahren demgegenüber nicht erforderlich, da der Rechtsmittelrückzug erfolgte, noch bevor sich die Gesuchsgegnerin zur Berufungsschrift des Gesuchstellers hätte äussern müssen. Es bleibt die Gesuchsgegnerin ebenfalls auf ihre Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hinzuweisen.

Es wird beschlossen:

1. Das Verfahren wird abgeschrieben.
2. Beiden Parteien wird die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt.
3. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 600.– festgesetzt und den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für beide Parteien einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.
Die Parteien werden auf Art. 123 Abs.1 ZPO hingewiesen, wonach sie zur Nachzahlung verpflichtet sind, sobald sie hierzu in der Lage sind.
4. Vom gegenseitigen Verzicht der Parteien auf das Zusprechen einer Parteientschädigung für das Berufungsverfahren wird Vormerk genommen.
5. Schriftliche Mitteilung an
 - die Parteien,
 - das Bezirksgericht Andelfingen, unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten (Restakten, act. 5/248–288) zur unverzüglichen Fortführung des Scheidungsverfahrens (Hauptsache),je gegen Empfangsschein, sowie an die Obergerichtskasse.
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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 26'600.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Die **Anfechtung einer Parteierklärung** (Vergleich, Anerkennung oder Rückzug des Begehrens) hat nicht mit Beschwerde an das Bundesgericht, sondern mit **Revision** beim Obergericht zu erfolgen (Art. 328 ff. ZPO).

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw R. Schneeblei

versandt am: