

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LC110042-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. V. Seiler.

## **Beschluss vom 24. November 2011**

in Sachen

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

Beklagter und Berufungskläger

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

gegen

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

Klägerin und Berufungsbeklagte

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

betreffend **Ergänzung eines ausländischen Scheidungsurteils**

**Berufung gegen ein Urteil der 7. Abteilung des Einzelgerichtes des Bezirkes  
Zürich vom 30. Mai 2011; Proz. FP100257**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

"Es sei das Urteil des Grundgerichts in C.\_\_\_\_\_ vom 23. September 2010 anzuerkennen und wie folgt zu ergänzen;

- a. Es seien die während der Ehedauer geäußerten Pensionskassenguthaben gestützt auf Art. 122 ZGB hälftig zu teilen;
- b. Eventualiter sei der Klägerin gestützt auf Art. 124 ZGB eine angemessene Entschädigung zuzusprechen;
- c. Es sei die güterrechtliche Auseinandersetzung vorzunehmen;
- d. Eventualiter sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin gestützt auf Art. 125 ZGB einen nachehelichen Unterhalt bis zum Eintritt ins ordentliche AHV-Alter zu bezahlen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zu Lasten des Beklagten."

**Anlässlich der Hauptverhandlung modifiziertes Rechtsbegehren:**

(act. 26 S. 1 f.)

"Es sei das Urteil des Grundgerichts in C.\_\_\_\_\_ vom 23. September 2010 anzuerkennen und wie folgt zu ergänzen;

- a) Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin gestützt auf Art. 125 ZGB einen nachehelichen indexierten Unterhalt bis zum Eintritt in sein ordentliches AHV-Alter ab Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsurteils von mindestens CHF 4'000.00, sowie nach Abschluss einer ordentlichen Ausbildung der Tochter D.\_\_\_\_\_ von CHF 4'500.00 sowie nach Abschluss einer ordentlichen Ausbildung des Sohnes E.\_\_\_\_\_ von CHF 5'000.00 zu bezahlen;
- b) Es sei die güterrechtliche Auseinandersetzung vorzunehmen und es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin aus Güterrecht einen Betrag von mindestens CHF 30'000.00 zuzusprechen;
- c) Es sei der Klägerin gestützt auf Art. 124 ZGB eine angemessene Entschädigung aus der 2. Säule zuzusprechen und die Pensionskasse des Beklagten gerichtlich anzuweisen, die der Klägerin zugesprochene Entschädigung auf ein von ihr noch zu eröffnendes Freizügigkeitskonto zu überweisen;

alles unter Kosten und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zu Lasten des Beklagten."

**Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 30. Mai 2011**

1. Das Scheidungsurteil des Grundgerichts C.\_\_\_\_\_ (Republik F.\_\_\_\_\_ [Staat in Europa]) vom 23. September 2010 wird anerkannt und wie folgt ergänzt:

- a) Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 4000.-- zu bezahlen, zahlbar im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, rückwirkend ab 1. Januar 2011 bis zum Eintritt in sein ordentliches AHV-Alter. Nach Abschluss der ordentlichen Ausbildung der beiden gemeinsamen Kinder D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ erhöht sich dieser Betrag um jeweils Fr. 500.-- pro Monat, erstmals zahlbar auf den Ersten desjenigen Monats, der dem Monat folgt, in dem die Kinder ihre Ausbildung abschliessen.

Die Unterhaltsbeiträge basieren auf dem Landesindex für Konsumentenpreise des Bundesamtes für Statistik, Stand Ende April 2011 mit 100.8 Punkten (Basis Dezember 2010 = 100 Punkte). Sie werden jeweils auf den 1. Januar eines jeden neuen Kalenderjahres, erstmals per 1. Januar 2012, dem Stand des Indexes per Ende November des Vorjahres angepasst. Die Anpassung erfolgt gemäss folgender Formel:

$$\text{Neuer Unterhaltsbeitrag} = \frac{\text{alter Unterhaltsbeitrag} \times \text{neuer Index}}{\text{alter Index}}$$

Weist die zu Unterhaltsleistungen verpflichtete Partei nach, dass sich ihr Einkommen nicht im Umfange der Teuerung erhöht, so erhöhen sich die persönlichen Unterhaltsbeiträge an die unterhaltsberechtigte Partei nur im Verhältnis der tatsächlich eingetretenen Einkommenserhöhung.

- b) Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine güterrechtliche Ausgleichszahlung in der Höhe von Fr. 30'000.-- zu bezahlen.
- c) aa) Der Beklagte wird gestützt auf Art. 124 ZGB verpflichtet, der Klägerin eine Entschädigung im Umfang von Fr. 85'000.-- zu bezahlen.
- bb) Die Pensionskasse G.\_\_\_\_\_ ... [Adresse], wird gestützt auf Art. 22b FZG angewiesen, vom Freizügigkeitsguthaben des Beklagten (AHV-Nr. ...) den Betrag von Fr. 85'000.-- auf Anrechnung an die angemessene Entschädigung auf ein von der Klägerin noch zu bezeichnendes Freizügigkeitskonto (SOV-Nr. ...) zu übertragen.
2. Es wird davon Vormerk genommen, dass der Antrag um Erlass vorsorglicher Massnahmen zurückgezogen wurde.

3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'600.--. Die Barauslagen betragen Fr. 150.--. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
4. Die Gerichtskosten werden dem Beklagten auferlegt.
5. Der Beklagte wird verpflichtet, der unentgeltlichen Rechtsvertreterin der Klägerin eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 7000.-- (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

6./7. Mitteilungen, Rechtsmittel

### **Berufungsanträge:**

des Beklagten (act. 43 S. 2):

Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 30. Mai 2011 sei vollumfänglich aufzuheben, und die Sache sei an das Bezirksgericht Zürich zurückzuweisen,

eventualiter sei die Klage vollumfänglich abzuweisen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) für beide Instanzen zulasten der Klägerin und Berufungsbeklagten.

der Klägerin (act. 55 S. 2):

Es sei die Berufung vollumfänglich abzuweisen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWSt) zu Lasten des Beklagten und Berufungsklägers.

### **Erwägungen:**

1. Die Parteien, offenbar ursprünglich ... Staatsangehörige [des Staates F. \_\_\_\_\_], wurden mit Urteil vom 23. September 2010 durch das Grundgericht von C. \_\_\_\_\_/F. \_\_\_\_\_ geschieden (act. 4/3). Das Urteil weist die Sorge für den (damals) minderjährigen Sohn der Mutter zu und regelt Unterhaltszahlungen für ihn und für die bereits volljährige Tochter der Parteien. Keine Bestimmungen enthält es zum Güterrecht, zum Vorsorgeausgleich und zum nahehelichen Unterhalt.

Am 22. Dezember 2010 liess die Klägerin am Bezirksgericht Zürich eine Klage betreffend Ergänzung des erwähnten ... Scheidungsurteils [des Staates F.\_\_\_\_\_] einreichen. Sie beantragte Teilung der Pensionsguthaben, eventuell Zuspprechung einer angemessenen Entschädigung und (ohne Spezifizierung) Vornahme der güterrechtlichen Auseinandersetzung. Sie wies darauf hin, dass das Gericht in F.\_\_\_\_\_] eine weitere Verhandlung angesetzt habe, anlässlich derer über den nahehelichen Unterhalt entschieden werden solle. Sie widersetzte sich dem, und für den Fall, dass sie damit erfolgreich sei und also nicht das ... Gericht [des Staates F.\_\_\_\_\_] darüber urteile, beantrage sie die Verpflichtung des Beklagten zur (nicht bezifferten) Zahlung nahehelichen Unterhaltes bis zum ordentlichen AHV-Alter (act. 1). Mit Zustimmung der beiden Anwältinnen wurde das Verfahren sistiert, bis über die Situation des ... Verfahrens [des Staates F.\_\_\_\_\_] Klarheit herrsche.

In der Folge teilte die Vertreterin des Beklagten dem Einzelrichter mit, das ... Verfahren [des Staates F.\_\_\_\_\_] sei durch Rückzug der Klage erledigt worden und es könne nun zur Hauptverhandlung vorgeladen werden (act. 11 - 13). Mit Verfügung vom 4. März 2011 hob der Einzelrichter die Sistierung auf und lud gleichzeitig zur Hauptverhandlung auf den 12. Mai 2011 vor (act. 16).

Am Montag 9. Mai 2011 informierte die Vertreterin des Beklagten das Gericht, dass der Mandant ihr am Freitag zuvor das Mandat entzogen habe (act. 24). Am Tag der Verhandlung ging beim Gericht das Schreiben eines lic. iur. Z.\_\_\_\_\_] ein, welcher mitteilte, der Beklagte werde an der Verhandlung nicht teilnehmen, weil auf seiner Seite der Termin nicht vorbereitet worden sei; er werde sich schriftlich äussern (act. 29). An der Verhandlung erschien der Beklagte denn auch nicht (Prot. I S. 5). Die Klägerin liess neu formulierte Anträge stellen (act. 26 S. 1) und zahlreiche Belege einreichen (act. 28/1-23). Die in Aussicht gestellte nachträgliche Eingabe des Beklagten erfolgte nicht. Im Anschluss an die Hauptverhandlung zog das Gericht Informationen über die Pensionskasse des Beklagten bei (act. 30 ff.) und gab den Parteien Gelegenheit, sich schriftlich dazu zu äussern (act. 34, Verfügung vom 17. Mai 2011); der Beklagte liess sich nicht vernehmen.

Am 30. Mai 2011 fällte der Einzelrichter das Urteil. Es verpflichtet den Beklagten zunächst zu Zahlungen für nahehehlichen Unterhalt gemäss dem in der Hauptverhandlung neu formulierten Rechtsbegehren der Klägerin, nämlich Fr. 4'000.-- monatlich, zuzüglich je Fr. 500.-- ab Ende der Ausbildung jedes der Kinder und bis zu seinem Eintritt ins ordentliche AHV-Alter. Zudem spricht es der Beklagten wie verlangt Fr. 30'000.-- aus Güterrecht zu, und es legt eine der Klägerin im Sinne von Art. 124 ZGB zustehende Entschädigung von Fr. 85'000.-- fest.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung.

2. Das Verfahren der Berufung richtet sich nach der neuen schweizerischen Zivilprozessordnung (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Das angefochtene Urteil ist aber nach den Vorschriften zu überprüfen, die für es galten, und das sind, weil das Verfahren vor dem 1. Januar 2011 seinen Anfang nahm, die im Übrigen aufgehobenen kantonalen Verfahrensvorschriften von GVG und ZPO/ZH (Art. 404 Abs. 1 ZPO; ZR 110/2011 Nr. 6 Erw. 3).

Die Frist von dreissig Tagen ab Zustellung des Urteils ist gewahrt (act. 39 und 43), und die Berufung enthält sowohl Anträge wie Begründung (act. 311; zu diesen Anforderungen vgl. *OGerZH* NQ110033 vom 26. August 2011).

Die Akten des Einzelrichters wurden beigezogen.

Der Beklagte hat den ihm auferlegten Vorschuss für die Kosten des Berufungsverfahrens von Fr. 3'000.-- (act. 48, Verfügung vom 11. Juli 2011) innert der wegen der Gerichtsferien bis zum 23. August 2011 verlängerten Frist rechtzeitig geleistet (act. 51).

Der Klägerin wurde Gelegenheit zum Beantworten der Berufung gegeben (act. 53). Sie stellte und begründete ihre Anträge mit Eingabe vom 19. Oktober 2011, welche gleichzeitig das Begehren um Entzug der aufschiebenden Wirkung der Berufung resp. Sicherstellung und eventuell vorsorgliche Massnahmen enthält (act. 55). Der Beklagte nimmt zu den prozessualen Anträgen mit Eingabe vom 10. November 2011 Stellung (act. 59).

3.1 Die Berufung enthält zahlreiche neue Behauptungen und vierzig Beilagen. Dass das im Verfahren betreffend güterrechtliche Auseinandersetzung und nachehelichen Unterhalt (Art. 277 Abs. 1 ZPO) nicht zulässig ist, erkennt der Beklagte wohl. Allerdings macht er geltend, der Einzelrichter hätte nicht trotz seiner Abwesenheit an der Hauptverhandlung entscheiden dürfen: er habe keine anwaltliche Vertretung (mehr) gehabt, was dem Gericht bekannt gewesen sei. Damit hätte die Verhandlung verschoben werden müssen, was das Gericht offenbar erkannt, die Gegenpartei aber abgelehnt habe, weil die Waffengleichheit verletzt war. Zudem sei anlässlich der Hauptverhandlung die Klage geändert worden, und er hätte daher Gelegenheit erhalten müssen, Stellung zu nehmen (act. 43).

Die Klägerin lässt das letzte Argument nicht gelten: einerseits habe es sich nur um eine Präzisierung der bereits weit gehend bekannten Ansprüche gehandelt, zudem habe der Beklagte jetzt in der Berufung Gelegenheit gehabt, sich zu äussern, und richtig habe der Einzelrichter auch nicht etwa gestützt auf § 131 Abs. 1 ZPO/ZH von Amtes wegen Beweise erhoben. Einen Grund zum Verschieben der Verhandlung sieht sie nicht (act. 55).

3.2 Der Beklagte war zunächst anwaltlich vertreten (act. 9 und 10). Seine Vertreterin hatte mit dem Einzelrichter wegen der mit Rücksicht auf das Verfahren in F.\_\_\_\_\_ erwogenen und dann verfügten Sistierung des Verfahrens am 6. Januar 2011 Kontakt gehabt (act. 6), dem Einzelrichter noch am 3. Mai 2011 auf Anfrage Auskunft zu einer möglichen gütlichen Einigung gegeben und mitgeteilt, sie werde am 6. Mai 2011 eine Besprechung mit ihrem Klienten haben (act. 19). Am Montag 9. Mai 2011 teilte sie dem Gericht mit, das Mandat sei ihr entzogen worden (act. 24). Am 12. Mai 2011, dem Tag der auf 8 Uhr morgens angesetzten Hauptverhandlung, ging beim Gericht ein Brief ein (act. 29): ein lic. iur. Z.\_\_\_\_\_, der in ... ein "Beratungsbüro" führt, teilte ohne Vollmacht mit, er sei dem Beklagten "behilflich", dieser könne sich bis zur Verhandlung nicht ausreichend vorbereiten, werde daher nicht erscheinen und sich später schriftlich zur Sache äussern; eine solche Eingabe erfolgte dann nicht.

Ein Verschiebungsgesuch war damit nicht einmal gestellt, zudem hätte es abgewiesen werden müssen: Dass sich der Beklagte mit seiner Anwältin nicht

(mehr) verstand, weil er der Auffassung war, wenn sie bis anfangs Mai keine Zeit für ein Gespräch mit ihm gefunden hatte, sei eine ordentliche Vorbereitung der Verhandlung vom 12. Mai nicht möglich, war kein "zureichender Grund" im Sinne von § 195 Abs. 1 GVG. Dass der Einzelrichter eine Verschiebung erwogen, nach Rücksprache mit der Gegenseite aber nicht verfügt habe, ist ein in diesem Zusammenhang tendenziöses Zitat: zwar hatte bereits am 4. Mai 2011 (also bevor man vom Mandatsentzug seitens des Beklagten wusste) der Einzelrichter die Frage aufgeworfen, ob eine Verschiebung des Termins zum Erleichtern von Vergleichsgesprächen sinnvoll wäre, und dazu hatte sich die Anwältin der Klägerin ablehnend geäußert (act. 20). Damit, dass der Beklagte seine Anwältin eine Woche vor dem Termin entliess, hatte das aber nichts zu tun.

Einen von den Gerichten zu beachtenden Grundsatz der Waffengleichheit in dem Sinne, dass nicht verhandelt werden dürfte, wenn nur eine Partei anwaltlich vertreten ist, gab und gibt es im Zivilprozess nicht. Wohl ist es ein mögliches Element der Beurteilung, wenn eine unentgeltliche Vertretung zur Diskussion steht. Ein solches Gesuch war aber nicht gestellt. Ob der Kläger in der Lage war, seine Sache selbst zu vertreten oder ob ihm unter diesem Aspekt Frist zur Bestellung eines Anwaltes anzusetzen sei (§ 29 Abs. 2 ZPO/ZH), hätte das Gericht entscheiden können und müssen, wenn es den Beklagten an der Hauptverhandlung erlebt hätte - das verhinderte der Beklagte allerdings durch sein Fernbleiben selbst.

Ob das Gericht hätte von Amtes wegen Beweise erheben sollen, weil es im Sinne von § 131 Abs. 1 ZPO/ZH ernsthafte Zweifel an den Darstellungen der Klägerin hatte oder hätte haben müssen, kann offen bleiben, da der Beklagte hätte Gelegenheit erhalten müssen, zu den in der Hauptverhandlung geänderten Behauptungen Stellung zu nehmen (§ 131 Abs. 3 ZPO/ZH):

Die Klägerin hatte zum Vorsorgeausgleich zunächst verlangt, es seien die während der Ehe geäußerten Guthaben hälftig zu teilen, und nur eventuell den Antrag gestellt, es sei ihr im Sinne von Art. 124 ZGB eine angemessene Entschädigung zuzusprechen. In der Hauptverhandlung verzichtete sie (wohl mit Rücksicht darauf, dass sie eine IV-Rente bezieht: vgl. das angefochtene Urteil) auf die erste Variante und konzentrierte sich auf die Entschädigung nach Art. 124 ZGB.

Das war keine Änderung der Klage nach dem für dieses Verfahren damals noch geltenden Prozessrecht, sondern nur eine Einschränkung. Ob die Präzisierung, die (betraglich nicht genannte) Entschädigung sei von der Pensionskasse des Beklagten zu zahlen, ihrerseits eine solche Änderung war, muss nicht entschieden werden. Jedenfalls war das nämlich bei den anderen Begehren der Fall.

Bei Einleitung des Verfahrens hatte die Klägerin nur gefordert, es sei "die güterrechtliche Auseinandersetzung vorzunehmen", und es sei der Beklagte "eventualiter" zu verpflichten, ihr "einen nahehelichen Unterhalt" zu zahlen. In der Hauptverhandlung verlangte sie unter dem Titel Güterrecht konkret "mindestens Fr. 30'000.--" und einen nahehelichen indexierten Unterhaltsbeitrag von zunächst Fr. 4'000.--, ab Selbständigkeit der beiden Kinder je Fr. 500.-- mehr. Das war formell eine Klageänderung, was nach dem kantonalen Recht insbesondere auch die Bezifferung von anfänglich nicht bezifferbaren Begehren umfasste (§ 61 Abs. 1 und 2 ZPO/ZH). Der Klägerin ist darin beizupflichten, dass der Beklagte mit einer solchen Klageänderung an sich rechnen musste. Mit den wenigen Angaben in der ersten Eingabe hatte die Vertreterin der Klägerin doch immerhin die Behauptung aufgestellt, das jährliche eheliche Einkommen habe zuletzt, das heisst im Jahr 2008, Fr. 196'000.-- betragen und der Beklagte habe dazu Fr. 144'000.-- beigesteuert (act. 1 S. 4). Die in der Hauptverhandlung gestellten konkreten Begehren bewegten sich damit in nicht unerwarteten Grössenordnungen. Das ändert allerdings nichts daran, dass die Klage doch geändert wurde. Es mag sein, dass der Gesetzgeber vor allem den "überraschenden Rechtsverlust" verhindern wollte (in diese Richtung, wenn auch nur ganz knapp und ohne weitere Begründung Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur Zürcher ZPO, 3. Aufl. 1997 § 131 N. 5). Der Terminus "Änderung der Klage" ist aber in Verbindung mit § 61 ZPO/ZH klar, und es wäre mit Treu und Glauben kaum vereinbar, ihn hier restriktiver anzuwenden (§ 50 Abs. 1 ZPO). Der Grundsatz der Verhandlungsmaxime nach § 54 Abs. 1 und § 133 Abs. 1 ZPO/ZH wird durch § 131 Abs. 1 ZPO bewusst relativiert, und das zeigt, dass der kantonale Gesetzgeber die Folgen der Säumnis massvoll halten und dem "richtigen" Entscheid im Zweifel den Vorrang einräumen wollte. Mit einer strengen Anwendung von § 131 Abs. 3 ZPO/ZH wird der Klägerin zugemutet, sich nachträglich doch noch auf die Diskussion der Behaup-

tungen ihres Mannes einzulassen. Das ist aus ihrer Sicht unerfreulich, nachdem er bewusst säumig blieb. Sie hat es sich insofern selber zuzuschreiben, als es ihr unbenommen gewesen wäre, die neuen Begehren rechtzeitig vor der Hauptverhandlung zu formulieren. Wenn sie dem Beklagten noch hätten zugestellt werden können (was unter dem Aspekt der Fairness mindestens nicht falsch, wo nicht wünschbar gewesen wäre), stellte sich heute die Frage nicht.

3.3 Die Klägerin wendet sich gegen eine Rückweisung der Sache an den Einzelrichter, weil der Beklagte mittlerweile Gelegenheit gehabt habe, seine Darstellung zu ergänzen und davon auch tatsächlich Gebrauch gemacht habe. Das trifft zu. Das neue, auf die Berufung anwendbare und hinsichtlich der Möglichkeiten der Rückweisung an sich restriktive Recht sieht die Rückweisung aber gerade dann vor, "wenn der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist" (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO). Damit soll dem grundsätzlichen Anspruch auf zwei Instanzen mit voller Kognition Rechnung getragen werden (Peter Volkart, Dike-Komm. ZPO, Art. 318 N. 5) - anders als nach dem alten kantonalen Recht, das in dieser Beziehung der Berufungsinstanz mehr Freiheit zugestand (§ 270 ZPO/ZH).

Für das weitere Verfahren gilt auch in der ersten Instanz neues Verfahrensrecht (*OGerZH NK100014* vom 12. Januar 2011 = ZR 110/2011 Nr. 6). Das macht die bisherigen Prozess-Schritte freilich nicht ungültig. Wie gesehen war der Beklagte an der (altrechtlichen) Hauptverhandlung, an welcher die Behauptungen zum Sachverhalt abschliessend vorzutragen waren, unentschuldigt säumig. Ein Gesuch um Wiederherstellung wurde nicht gestellt, und hätte nicht gutgeheissen werden können. Dem Anspruch auf Stellungnahme im Sinne von § 131 Abs. 3 ZPO/ZH ist mit der Berufungsbegründung Genüge getan. Das Verfahren in der Sache wird also nun mit einer kurzen Fristansetzung zum abschliessenden Bezeichnen aller Beweismittel (Art. 221/222 ZPO) und dann, wo erforderlich, mit der Beweisabnahme weiter gehen.

4. Mit der Rückweisung der Sache an den Einzelrichter wird das Gesuch um Entzug der aufschiebenden Wirkung der Berufung (act. 55 S. 2) gegenstandslos. Eventuell stellt die Klägerin das Gesuch um Anordnung vorsorglicher Mass-

nahmen (act. 55 S. 2 und S. 26), wozu sich der Beklagte ablehnend äusserte (act. 59). Das Verfahren ist auch diesbezüglich dem Einzelrichter als Sachrichter zu überweisen.

5. Die Klägerin hat sich mit dem angefochtenen Urteil identifiziert und wird daher für das Berufungsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Allerdings stellt sie für das Verfahren in zweiter Instanz ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und Vertretung (act. 55 S. 3). Die Prozessarbitrage kann unter Hinweis auf die entsprechenden Überlegungen im angefochtenen Urteil angenommen werden. Angesichts der nicht ganz einfachen und nicht durch eine reichhaltige Praxis geklärten prozessualen Fragen lässt sich auch nicht sagen, der Standpunkt der Berufungsantwort sei im Sinne des Gesetzes aussichtslos gewesen, auch wenn er nun verworfen wird.

**Es wird beschlossen:**

1. Der angefochtene Entscheid wird aufgehoben, und die Sache wird im Sinne der Erwägungen (namentlich auch hinsichtlich der vorsorglichen Massnahmen, Erw. 4) an den Einzelrichter zurückgewiesen.
2. Der Klägerin wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung bewilligt und Frau Rechtsanwältin Y. \_\_\_\_\_ als unentgeltliche Vertreterin bestellt.
3. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 2'500.-- festgesetzt. Sie wird der Klägerin auferlegt, zufolge der unentgeltlichen Prozessführung aber einstweilen auf die Gerichtskasse genommen - unter Vorbehalt der Nachforderung im Sinne von Art. 123 ZPO.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für das Berufungsverfahren eine Entschädigung von Fr. 4'500.-- zuzüglich 8% Mehrwertsteuer zu bezahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie – unter Beilage der erst- und der zweitinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Zürich, 7. Abt. / Einzelrichter, je gegen Empfangsschein.
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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. V. Seiler

versandt am: