

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LE110048-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin Dr.  
M. Schaffitz und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. B. Demuth

## Beschluss vom 24. April 2012

in Sachen

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

Beklagte und Berufungsklägerin

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

gegen

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

Kläger und Berufungsbeklagter

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

betreffend **Eheschutz (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht  
Bülach vom 29. Juli 2011 (EE110087)**

## Erwägungen:

### I.

1. Mit Verfügung vom 29. Juli 2011 hat die Vorinstanz im Eheschutzverfahren der Parteien über das Begehren betreffend vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Verfahrens wie folgt entschieden (Urk. 2 S. 8 f.):

- "1. Die Kinder C.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.2007, und D.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.2008, werden für die Dauer des Eheschutzverfahrens unter die Obhut des Klägers gestellt.
2. Die Beklagte wird für die Dauer des Eheschutzverfahrens für berechtigt erklärt, die Kinder C.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.2007, und D.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.2008, jeweils von Sonntag Abend, 17.00 Uhr, bis Mittwoch Abend, 19.00 Uhr, auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.
3. Für die Kinder C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ wird eine Besuchsrechtsbeistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB angeordnet.  
Der Beistand wird mit der Aufgabe betraut, die Parteien als neutrale Drittperson bezüglich der Ausübung des Besuchsrechts zu beraten und zu unterstützen und die für die korrekte Durchführung des Besuchsrechts erforderlichen Einzelheiten, namentlich die Modalitäten der Übergabe der Kinder, zu regeln. Er wird überdies für berechtigt erklärt, nötigenfalls eine Familienbegleitung anzuordnen.  
Die Vormundschaftsbehörde E.\_\_\_\_\_ wird ersucht, die Person des Beistands zu bezeichnen.
4. Zur Frage der Zuteilung der Obhut über die Kinder C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_, der Erziehungsfähigkeit der Parteien sowie allenfalls zu treffender Kindsschutzmassnahmen wird ein Kurz-Gutachten eingeholt.
5. Als Gutachter werden Dr. phil. F.\_\_\_\_\_ und Dr. iur. G.\_\_\_\_\_, ... [Adresse], mit dem Recht zur Substitution, ernannt.
6. Der Kläger wird aufgefordert, dem Gericht bis spätestens 31. August 2011 die Steuererklärungen einschliesslich der Wertschriften- und Schuldenverzeichnisse der letzten drei Jahre einzureichen.  
Bei Säumnis wird aufgrund der vorliegenden Akten über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege entschieden.

7. (Schriftliche Mitteilung)

8. (Rechtsmittel)"

2. Mit Eingabe vom 12. August 2011 erhob die Beklagte hiergegen innert Frist Berufung mit folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2):

"1. Ziff. 1 + 2 der angefochtenen Verfügung seien aufzuheben, und es seien in Abänderung von Ziff. 1 der angefochtenen Verfügung die Kinder C.\_\_\_\_, geboren tt.mm.2007, und D.\_\_\_\_, geboren tt.mm.2008, für die Dauer des Eheschutzverfahrens unter die Obhut der Berufungsklägerin zu stellen.

2. In Abänderung von Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung sei dem Berufungsbeklagten für die Dauer des Eheschutzverfahrens folgendes Besuchsrecht einzuräumen:

Er sei für berechtigt zu erklären, die Kinder C.\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_ jede Woche von Donnerstagabend, 18.30 Uhr, bis Sonntagabend, 18.00 Uhr, auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

3. Es sei der Berufungsklägerin in der Person der Unterzeichneten eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen sowie die unentgeltliche Prozessführung für die vorliegende Berufung zu gewähren.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten des Berufungsbeklagten."

3. Mit Verfügung vom 26. September 2011 wurde dem Kläger Frist zur schriftlichen Beantwortung der Berufung der Beklagten sowie zur Stellungnahme zu deren Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und um Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertreterin in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_ angesetzt (Urk. 7).

4. Der Kläger ersuchte mit Eingabe vom 7. Oktober 2011 um Abnahme der Frist bis zum Vorliegen des von der Vorinstanz in Auftrag gegebenen Gutachtens gemäss Dispositiv-Ziffer 4 der Verfügung vom 29. Juli 2011, eventualiter um Er-streckung ebendieser Frist um 20 Tage (Urk. 8).

Mit Verfügung vom 10. Oktober 2011 wurde das Gesuch des Klägers abgewiesen (Urk. 9).

5. Am 21. Oktober 2011 ging das Kurzgutachten betreffend die Kinder der Parteien bei der Vorinstanz ein, welche dieses am 31. Oktober 2011 in Kopie an das Obergericht weiterleitete (Urk. 10 und Urk. 11). Am 30. November 2011 wurden dem Obergericht auch die Stellungnahmen der Parteien zum erwähnten Kurzgutachten zur Kenntnis gebracht (Urk. 13/1 und 13/2).

6. Mit Verfügung und Urteil vom 13. April 2012 wurde das Eheschutzverfahren der Parteien durch die Vorinstanz sodann wie folgt erledigt (Urk. 14 S. 4 f.):

" 1. Die Vereinbarung der Parteien vom 30. März 2012 über die Nebenfolgen des Getrenntlebens wird vorgemerkt und in Bezug auf die Kinderbelange genehmigt. Sie lautet wie folgt:

1. Die Parteien stellen fest, dass der Kläger bereits seit dem 5. März 2012 nicht mehr in der ehelichen Wohnung, sondern übergangsweise bis zum Bezug einer eigenen Wohnung (spätestens per 30. Juni 2012) bei seinen Eltern wohnhaft ist. Sie vereinbaren, weiterhin auf unbestimmte Dauer getrennt zu leben.

2. Die Kinder

- C.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.2007 und
- D.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.2008,

werden für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Beklagten gestellt. Diese Obhutsregelung beschränkt sich auf das Staatsgebiet der Schweiz.

3. Ab sofort gilt folgende Besuchs- bzw. Betreuungsregelung: Der Kläger holt die Kinder C.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.2007, und D.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.2008, in einer Woche am Mittwochabend nach der Krippe bzw. dem Hort der Kinder ab und bringt sie am Montagmorgen (erstmalig 2. April 2012) wieder in die Krippe bzw. den Kindergarten. In der folgenden Woche (erstmalig 4. April 2012) holt der Kläger die Kinder am Mittwochabend nach der Krippe bzw. dem Hort ab und bringt sie am Freitagmorgen wieder in die Krippe bzw. den Kindergarten. Die übrige Zeit verbringen die Kinder bei der Beklagten. Diese Regelung gilt für den Streitfall. Eine weitergehende oder veränderte Besuchs- bzw. Betreuungsregelung treffen die Parteien in gegenseitiger Absprache, allenfalls unter Mitwirkung des Besuchsbeistandes (Ziffer 4).

4. Die Parteien sind sich einig, dass die für die Kinder C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ bestehende Erziehungs- und Besuchsrechtsbeistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB weiterzuführen ist und ersuchen das Gericht um entsprechende Anweisung der Vormundschaftsbehörde.

5. Die Parteien beabsichtigen – soweit ihre finanzielle Situation dies erlaubt – im Interesse ihrer Kinder gemeinsam eine Mediation zur Lösung bzw. Verarbeitung ihrer Paarprobleme mit

Blick auf die Situation der Kinder und mit Blick auf zukünftige Entwicklungen aufzusuchen. Allfällige Kosten würden hälftig übernommen.

6. Der Kläger verpflichtet sich, der Beklagten für die Kinder mit Wirkung ab 1. April 2012 monatliche, im Voraus auf den ersten des Monats zahlbare, Kinderunterhaltsbeiträge von Fr. 2'000.– zuzüglich Kinder- bzw. Ausbildungszulagen zu bezahlen, nämlich Fr. 1'000.– zuzüglich Kinder- bzw. Ausbildungszulagen für jedes Kind.
7. Der Kläger verpflichtet sich, der Beklagten für sich persönlich mit Wirkung ab 1. April 2012 monatliche, im Voraus auf den ersten des Monats zahlbare, Unterhaltsbeiträge von Fr. 2'000.– zu bezahlen.
8. Dieser Vereinbarung liegen folgende finanzielle Verhältnisse der Parteien zugrunde:

Einkommen:\*

Kläger:	Fr. 10'000.–
Beklagte (hypothetisch):	Fr. 900.–

\* Nettoeinkommen pro Monat (inkl. 13. Monatslohn, inkl. Kinderzulagen):

Bedarf:

	Kläger:	Beklagte:
Grundbetrag:	Fr. 1'200.–	Fr. 1'350.–
Grundbetrag C._____:	Fr. 150.–	Fr. 250.–
Grundbetrag D._____:	Fr. 150.–	Fr. 250.–
Kinderbetreuungskosten	Fr. –	Fr. 240.–
Wohnkosten inklusive Nebenkosten (jedoch ohne Stromkosten):	Fr. 1'800.–	Fr. 2'289.–
Krankenkasse:	Fr. 370.–	Fr. 250.–
Krankenkasse C._____:	Fr. –	Fr. 70.–
Krankenkasse D._____:	Fr. –	Fr. 70.–
Bilag:	Fr. 38.50	Fr. 38.50
Haftpflicht-/Mobilierversicherung	Fr. 35.–	Fr. 35.–
Post/Telefon/Radio/TV:	Fr. 100.–	Fr. 150.–
Auslagen für Arbeitsweg:	Fr. 200.–	Fr. –
Steuerbelastung:	Fr. 500.–	Fr. 250.–
	Fr. 4'544.–	Fr. 5'243.–

9. Sollte ein Elternbeitrag von über Fr. 240.– monatlich für Hort- bzw. Krippenkosten der Kinder anfallen, übernehmen die Parteien die übersteigenden Kosten je zur Hälfte.

10. Der Kläger erklärt, für das Jahr 2011 keine weiteren zusätzlichen Vergütungen, insbesondere Bonus, als im Lohnausweis 2011 (Nettolohn II Fr. 100'000.–) deklariert von seiner Arbeitgeberin zu erhalten. Er verpflichtet sich, der Beklagten jährlich sofort nach Eingang eine Kopie seines Lohnausweises zu überlassen.  
Die Beklagte verpflichtet sich, dem Kläger jährlich sofort nach Eingang eine Kopie ihres Lohnausweises zu überlassen.
  11. Die eheliche Wohnung ... in E.\_\_\_\_\_ wird samt Mobiliar und Hausrat der Beklagten zur alleinigen Benützung zugewiesen. Der Kläger ist faktisch bereits nicht mehr in dieser Wohnung wohnhaft.
  12. Der Kläger ist berechtigt, auf erstes Verlangen folgende Gegenstände aus der ehelichen Wohnung mit sich zu nehmen:
    - persönliche Effekten
      - Aquarium
      - Fernsehgerät und Fernsehtisch und Couch aus dem Wohnzimmer
      - Canapé und Mediacenter aus dem Reduit.
  13. Die Parteien vereinbaren die Gütertrennung mit Wirkung ab 30. März 2012.
  14. Die Parteien beantragen, das Berufungsverfahren vor dem Obergericht des Kantons Zürich LE110048 sei als durch diese Vereinbarung gegenstandslos erledigt abzuschreiben und ersuchen das Bezirksgericht um entsprechende Mitteilung an das Obergericht des Kantons Zürich. Die Kosten seien ohne weitere Anhörung der Parteien nach Ermessen zu verteilen.
  15. Die Parteien übernehmen die Gerichtskosten je zur Hälfte und verzichten gegenseitig auf Prozessentschädigung.
2. Die Kinder C.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.2007 und D.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.2008, werden unter die Obhut der Beklagten gestellt.
  3. Es wird vorgemerkt, dass seit 10. Dezember 2009 eine von der Sozialbehörde E.\_\_\_\_\_ angeordnete Erziehungsbeistandschaft für die Kinder C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ besteht. Die mit Verfügung des Einzelgerichts vom 29. Juli 2011 für die Kinder C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ angeordnete Besuchsrechtsbeistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB wird fortgesetzt. Der Beistand wird mit der Aufgabe betraut, die Parteien als neutrale Drittperson bezüglich der Ausübung des Besuchsrechts zu beraten und zu unterstützen und die für die korrekte Durchführung des Besuchsrechts erforderlichen Einzelheiten, namentlich die Modalitäten der Übergabe der Kinder, zu regeln. Er wird überdies für berechtigt erklärt, nötigenfalls eine Familienbegleitung anzuordnen.  
Die Vormundschaftsbehörde E.\_\_\_\_\_ wird ersucht, die für die Fortsetzung der Besuchsrechtsbeistandschaft notwendigen Massnahmen zu treffen.

4. Es wird die Gütertrennung mit Wirkung per 30. März 2012 angeordnet.

5. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 2'500.- ; die weiteren Auslagen betragen:

Fr. 975.- Dolmetscherkosten,

Fr. 2'900.- Gutachten,

Fr. 3'661.95 Prozessbeistand,

Fr. 10'036.95 Total.

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

Wird auf Begründung des Entscheides verzichtet, ermässigt sich die Entscheidgebühr auf zwei Drittel.

6. Die Gerichtskosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Parteien werden auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.

7. Vom gegenseitigen Verzicht der Parteien auf Parteientschädigung wird Vormerk genommen.

8. (Schriftliche Mitteilung)

9. (Rechtsmittel)"

## II.

1. Die Parteien beantragen in Ziffer 14 der Vereinbarung vom 30. März 2012 über die Nebenfolgen des Getrenntlebens, das Berufungsverfahren vor dem Obergericht des Kantons Zürich (Prozess-Nr. LE110048) sei als durch diese Vereinbarung gegenstandslos geworden erledigt abzuschreiben. Die Kosten seien ohne weitere Anhörung der Parteien nach Ermessen zu verteilen (Urk. 14 S. 4 f.).

2. Das vorliegende Verfahren ist aufgrund der von den Parteien vor Vorinstanz geschlossenen Vereinbarung gegenstandslos geworden und damit abzuschreiben (Art. 242 ZPO).

### III.

1. Die Prozesskosten sind nach Ermessen zu verteilen, wenn das Verfahren als gegenstandslos abgeschrieben wird (Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO). Dabei hat das Gericht zu berücksichtigen, welche Partei Anlass zur Klage gegeben hat, welches der mutmassliche Prozessausgang gewesen wäre und bei welcher Partei die Gründe eingetreten sind, die dazu geführt haben, dass das Verfahren gegenstandslos wurde (Jenny in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 107 N 16 und Leumann Liebster a.a.O., Art. 242 N 9, je mit Hinweis auf die Botschaft zur ZPO, S. 7297). Das vorliegende Verfahren wurde mit Einreichung der Berufung gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 29. Juli 2011 durch die Beklagte veranlasst (Urk. 1). Die Gegenstandslosigkeit haben indes beide Parteien zu verantworten, indem sie vor Vorinstanz eine Vereinbarung über die Nebenfolgen ihrer Trennung geschlossen haben (Urk. 14 S. 4). Da in der vorliegenden Berufung hauptsächlich Kinderbelange im Streit standen, weshalb die Kosten praxisgemäss beiden Parteien je zur Hälfte auferlegt worden wären, erübrigt es sich, eine Prognose über den mutmasslichen Prozessausgang vorzunehmen. Insgesamt rechtfertigt sich damit die hälftige Kostenaufgabe. Bei diesem Ausgang des Verfahrens und der erwähnten Kostenaufgabe werden keine Parteientschädigungen festgesetzt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). In Anwendung von § 5, § 8 Abs. 1 und § 12 der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG, LS 211.11) ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 1'200.– festzusetzen.

2. Die Beklagte lässt für das Berufungsverfahren die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege beantragen (Urk. 1 S. 2). Zur Begründung bringt sie vor, ohne Einkommen zu sein und nicht einmal über ein Bankkonto zu verfügen. Sie sei von der Fürsorge abhängig (Urk. 1 S. 11). Der Kläger hat auf eine Stellungnahme zum Gesuch der Beklagten verzichtet. Die Vorinstanz hat in ihrem Entscheid vom 13. April 2012 beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt (Urk. 14 S. 4). Aus den in Ziffer 8 der Vereinbarung vom 30. März 2012 festgehaltenen finanziellen Verhältnissen der Parteien geht hervor, dass die Beklagte über kein Einkommen verfügt und offenbar auch kein Vermögen besitzt (Urk. 14 S. 6). Ihre finanzielle Mittellosigkeit ist damit genügend glaubhaft dargetan. Das Berufungs-

verfahren vor Obergericht war sodann nicht aussichtslos und die Beklagte war zur Geltendmachung ihrer Begehren auf rechtlichen Beistand angewiesen. Es ist ihr deshalb die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_ als unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

**Es wird beschlossen:**

1. Der Beklagten wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und es wird ihr Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_ als unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
2. Das Verfahren wird abgeschrieben.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten des Rechtsmittelverfahrens werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt. Der auf die Beklagte entfallende Anteil wird aufgrund der ihr gewährten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.

Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

5. Es werden keine Parteientschädigungen festgesetzt.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Bülach, je gegen Empfangsschein. Die Akten der Vorinstanz befinden sich bereits am Bezirksgericht Bülach.
7. 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, 24. April 2012

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer  
Die Gerichtsschreiberin

lic. iur. B. Demuth

versandt am:  
se