

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE150048-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. H.A. Müller, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie
Gerichtsschreiber lic. iur. A. Baumgartner

Beschluss vom 23. November 2015

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner, Massnahmebeklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin, Massnahmeklägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

sowie

1. **C.** _____,

2. ...

Verfahrensbeteiligte

1 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Affoltern vom 24. August 2015 (EE150018-A)**

Erwägungen:

1. a) Die Parteien stehen seit dem 3. Juni 2015 vor Erinstanz in einem Eheschutzverfahren (Urk. 5/1 S. 1).

b) Mit Verfügung vom 22. Juli 2015 wurde die Gesuchstellerin, Massnahmeklägerin und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchstellerin) berechtigt, die Kinder C._____ und D._____ in Begleitung von E._____, F._____ oder G._____ bis Ende August 2015 zwei Mal je einen halben Tag (je 4 Stunden) pro Woche auf eigene Kosten mit sich oder zu sich zu Besuch zu nehmen. Ab September 2015 wurde die Gesuchstellerin berechtigt, die Kinder in Begleitung für die Übergabe von F._____ oder G._____ an zwei Tagen pro Woche (je 8 Stunden) auf eigene Kosten mit sich oder zu sich zu Besuch zu nehmen (Urk. 5/50 S. 6 Dispositivziffer 3).

c) Mit Eingabe vom 31. Juli 2015 (bei der Vorinstanz am 3. August 2015 eingegangen) beantragte der Gesuchsgegner, Massnahmebeklagte und Berufungskläger (fortan Gesuchsgegner) unter anderem, dass auf das Besuchsrecht der Gesuchstellerin im Sinne einer superprovisorischen Massnahme einstweilen bis zum Vorliegen des kinderpsychiatrischen Gutachtens zu verzichten sei (Urk. 5/58 S. 1).

Mit Verfügung vom 5. August 2015 wies die Vorinstanz das Begehren des Gesuchsgegners um Anordnung superprovisorischer Massnahmen respektive vorsorglicher Massnahmen ab (Urk. 5/65 S. 11). Der Rechtsvertreter des Gesuchsgegners nahm diese Verfügung am 6. August 2015 entgegen (Urk. 5/72).

d) Mit Eingabe vom 7. August 2015 (bei der Vorinstanz am 10. August 2015 eingegangen) stellte der Gesuchsgegner erneut den Antrag, es sei auf das Besuchsrecht der Gesuchstellerin im Sinne einer superprovisorischen Massnahme einstweilen zu verzichten (Urk. 5/68 S. 1).

Der Rechtsvertreter des Gesuchsgegners zog am 11. August 2015 den in der Eingabe vom 7. August 2015 gestellten Antrag telefonisch zurück, da die

Rechtsmittelfrist in Bezug auf die Verfügung vom 5. August 2015 noch lief, was die Vorinstanz in einer Aktennotiz festhielt (Urk. 5/74). In der Folge schrieb die Vorinstanz das Verfahren als durch Rückzug des Begehrens vom 7. August 2015 ab (Urk. 5/75 S. 4 Dispositivziffer 1). Der Rechtsvertreter des Gesuchsgegners nahm diese Verfügung am 13. August 2015 in Empfang (Urk. 5/88).

e) Mit Eingabe vom 17. August 2015 (bei der Vorinstanz am 18. August 2015 eingegangen) stellte der Gesuchsgegner im Sinne einer superprovisorischen Massnahme nach Art. 265 ZPO den Antrag, auf das Besuchsrecht der Gesuchstellerin für den Sohn C._____ sei einstweilen zu verzichten (Urk. 5/82 S. 1).

Mit Verfügung vom 24. August 2015 wies die Vorinstanz den Antrag des Gesuchsgegners um Anordnung superprovisorischer Massnahmen respektive vorsorglicher Massnahmen ab (Urk. 2 S. 7 Dispositivziffer 1). Sodann setzte sie die Entscheidgebühr auf Fr. 350.– fest und auferlegte diese dem Gesuchsgegner. Zufolge Aussichtslosigkeit des gestellten Rechtsbegehrens für diesen Entscheid gewährte sie die unentgeltliche Rechtspflege nicht (Urk. 2 S. 7 Dispositivziffer 2).

2. a) Innert Frist erhob der Gesuchsgegner mit Eingabe vom 26. August 2015 Berufung gegen die Verfügung vom 24. August 2015, wobei er den Antrag stellte, es sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und das Besuchsrecht für den Sohn C._____ laut Verfügung der Vorinstanz vom 22. Juli 2015 im Sinne einer superprovisorischen Massnahme nach Art. 265 ZPO, einstweilen, zumindest für drei Monate, zu sistieren. Sodann stellte er den Antrag, ihm sei für die Eingaben bei der Vorinstanz vom 7. August 2015 und 17. August 2015 die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und in der Person von Rechtsanwalt Dr. iur. X._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen (Urk. 1 S. 2).

b) Da gegen die Nichtgewährung bzw. den Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege gemäss Art. 319 lit. b Ziff. 1 i.V.m. Art. 121 ZPO nicht die Berufung, sondern die Beschwerde das korrekte Rechtsmittel darstellt, eröffnete die entscheidende Kammer in der Folge neben dem vorliegenden Berufungs- zusätzlich das Beschwerdeverfahren RE150021-O.

c) Mit Eingabe vom 5. September 2015 zog die Gesuchstellerin ihr Eheschutzgesuch vor erster Instanz zurück (Urk. 7A, Urk. 9/1).

d) Mit Eingabe vom 9. September 2015 zog in der Folge der Gesuchsgegner die Berufung in Bezug auf seinen ersten Antrag zurück; am zweiten Antrag hielt er indessen unter Beilage der Honorarnoten für die erste und die zweite Instanz fest (Urk. 8, Urk. 10a-b). Das Berufungsverfahren ist demnach abzuschreiben.

3. Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint.

In der Schweizerischen Zivilprozessordnung ist kein Rechtsmittel gegen erstinstanzliche Entscheide über superprovisorische Massnahmen vorgesehen (BGE 137 III 417 E. 1.3). Der Gesuchsgegner beantragte die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und im Sinne einer superprovisorischen Massnahme nach Art. 265 ZPO die einstweilige Sistierung – zumindest für drei Monate – des Besuchsrechtes für den Sohn C._____ (Urk. 1 S. 2 erster Antrag). Der rechtskundig vertretene Gesuchsgegner hat somit einzig die Anordnung einer superprovisorischen Massnahme erwirken wollen. So setzt sich auch seine Berufungsbegründung einzig mit der beantragten superprovisorischen Anordnung auseinander (vgl. Urk. 1). Auf die gegen die Abweisung des Antrags des Gesuchsgegners um Anordnung superprovisorischer Massnahmen in der angefochtenen Verfügung gerichtete Berufung wäre daher nicht einzutreten gewesen.

Somit war die Berufung von vorneherein aussichtslos, weshalb dem Gesuchsgegner für das Berufungsverfahren die von ihm beantragte unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 1 S. 2 zweiter Antrag) nicht gewährt werden kann.

4. Die Entscheidgebühr für das Rechtsmittelverfahren ist in Anwendung von § 1 lit. b, § 2, § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 2 lit. b, § 10 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) vom 8. September 2010 auf Fr. 800.– festzusetzen und gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO vollständig dem Gesuchsgegner aufzuerlegen. Der Gesuchstellerin und dem Verfahrensbeteiligten 1

sind mangels wesentlicher Umtriebe für das Berufungsverfahren keine Entschädigungen zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Das Berufungsverfahren wird beschrieben.
2. Das Gesuch des Gesuchsgegners um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
3. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 800.– festgesetzt.
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Gesuchsgegner auferlegt.
5. Der Gesuchstellerin und dem Verfahrensbeteiligten 1 werden für das Berufungsverfahren keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage der Doppel der Urk. 1, 3 und 4/1-6 sowie einer Kopie der Urk. 8, an den Verfahrensbeteiligten 1 unter Beilage je einer Kopie der Urk. 1, 3 und 8 sowie der Doppel der Urk. 4/1-6, und an die Vorinstanz unter Beilage der vorinstanzlichen Akten, je gegen Empfangsschein.
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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 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, 23. November 2015

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Baumgartner

versandt am:
mc