

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE180030-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter Dr. M. Kriech
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. P. Kunz Bucheli

Beschluss vom 4. Oktober 2018

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Hinwil vom 25. Mai 2018 (EE180036-E)**

Erwägungen:

1. a) Die Parteien schlossen vor Vorinstanz anlässlich einer Eheschutzverhandlung am 5. April 2018 eine Vereinbarung über das Getrenntleben und dessen Folgen ab, namentlich über den gegenseitigen Verzicht auf Unterhaltsbeiträge und die Zuteilung der ehelichen Wohnung (Geschäftsnummer EE180015-E; Urk. 29/26). Daraufhin erliess die Vorinstanz gleichentags eine Verfügung und ein Urteil und bewilligte beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege, bestellte ihnen in der Person ihres jeweiligen Parteivertreters einen unentgeltlichen Rechtsbeistand und genehmigte bzw. merkte die abgeschlossene Vereinbarung vor (Urk. 29/27).

Gestützt auf diese Verfügung reichte die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchstellerin) am 17. April 2018 vor Vorinstanz ein erneutes Gesuch um Anordnung von Eheschutzmassnahmen ein, mit welcher sie dem Gesuchsgegner und Berufungskläger (fortan Gesuchsgegner) gestützt auf die Parteivereinbarung vom 5. April 2018 bis zum 15. Juli 2018 verbieten wollte, die eheliche Wohnung an der C.____-strasse ... in D.____ zu benutzen (Urk. 1 S. 2).

b) Mit Urteil vom 25. Mai 2018 entschied die Vorinstanz das Folgende (Urk. 2 S. 9):

- "1. Dem Gesuchsgegner wird gestützt auf Ziffer 3 der mit Urteil vom 5. April 2018 genehmigten Eheschutzvereinbarung der Parteien verboten, die eheliche Wohnung an der C.____-strasse ... in D.____ samt Hausrat und Mobiliar bis zum 15. Juli 2018 ohne ausdrückliches Einverständnis der Gesuchstellerin zu benutzen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt.
3. Die Kosten werden dem Gesuchsgegner auferlegt, jedoch infolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung im Sinne von Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
4. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 1'000.– (inkl. MWSt.) zu bezahlen.
5. ... (Mitteilungssatz)
6. ... (Rechtsmittelbelehrung)"

2. Gegen dieses Urteil erhob der Gesuchsgegner mit Eingabe vom 8. Juni 2018 innert Frist (vgl. Urk. 18 und Urk. 24) Berufung mit folgenden Anträgen (Urk. 21 S. 2):

"1. Es sei Ziff. 1 des angefochtenen Urteils aufzuheben, und es sei festzustellen, dass der Berufungskläger zur Benutzung der ehelichen Wohnung an der C.____-strasse ... in D.____ befugt ist;

2. Es sei ausgangsgemäss Ziff. 4 des angefochtenen Urteils aufzuheben, und es sei die Berufungsbeklagte zur Zahlung einer Parteientschädigung in Höhe von Fr. 1'000.- (inkl. MWSt.) an den Berufungskläger bzw. an dessen Rechtsanwalt zu verpflichten."

In prozessualer Hinsicht beantragte der Gesuchsgegner, es sei ihm für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und ihm in der Person seines Rechtsanwaltes ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen sowie es seien die Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchstellerin zu regeln (Urk. 21 S. 2).

3. a) Gestützt auf die Auskunft der Einwohnerkontrolle D.____ vom 12. Juni 2018 (Urk. 27) sowie nach Einsicht in das in den vorinstanzlichen Akten liegende Schreiben von Rechtsanwältin lic. iur. Y.____ an Rechtsanwalt lic. iur. X.____ vom 8. Juni 2018 ergab sich, dass die Gesuchstellerin inzwischen die eheliche Wohnung an der C.____-strasse ... in D.____ verlassen hatte und der Gesuchsgegner daher in die Wohnung zurückkehren und diese vereinbarungsgemäss für die Dauer des Getrenntlebens alleine benützen könne (Urk. 20). Beiden Parteien wurde daher mit Verfügung vom 2. Juli 2018 Frist angesetzt, um sich zur Frage der Gegenstandslosigkeit des vorliegenden Berufungsverfahrens sowie zur Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen zu äussern (Urk. 30).

b) Die Gesuchstellerin nahm mit Eingabe vom 16. Juli 2018 Stellung, wobei sie die Abschreibung des Berufungsverfahrens zufolge Gegenstandslosigkeit unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Gesuchsgegners beantragte und ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege stellte (Urk. 31 S. 2). Der Gesuchsgegner liess sich ebenfalls mit Eingabe vom 16. Juli 2018 vernehmen. Er machte in seiner Stellungnahme geltend, er sei durch den angefochtenen Entscheid nach wie vor beschwert, weil er eine

Entschädigung von Fr. 1'000.– an die Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin zu bezahlen habe. Diese Entschädigung bilde ebenfalls Gegenstand der Berufung; aus seiner Sicht sei die Auferlegung der Parteientschädigung zu Unrecht erfolgt (Urk. 34). Die Stellungnahmen der Parteien wurden der jeweiligen Gegenpartei mit Verfügung vom 10. August 2018 je zur Kenntnissnahme zugestellt (vgl. Urk. 31 S. 1 und Urk. 34 S. 1).

4. Nachdem die Gesuchstellerin aus der ehelichen Wohnung ausgezogen ist und die eheliche Wohnung samt Hausrat und Mobiliar dem Gesuchsgegner zur alleinigen Benützung überlassen hat (Urk. 20), hat das angefochtene richterliche Verbot zur Benützung der ehelichen Wohnung inzwischen keine praktische Bedeutung mehr. Das Rechtsschutzinteresse des Gesuchsgegners an der materiellen Behandlung seiner Berufung vom 8. Juni 2018 ist daher dahingefallen. Zwar ist der Gesuchsgegner durch die ihm auferlegte Parteientschädigung im angefochtenen Urteil beschwert (Urk. 24 S. 1), indessen hat sein Antrag betreffend Entschädigungsfolgen keine selbstständige Bedeutung. Er beantragt nämlich ausdrücklich, die Verpflichtung zur Leistung einer Parteientschädigung sei "ausgangsgemäss" aufzuheben und die Gesuchstellerin sei zur Leistung einer Parteientschädigung (in gleicher Höhe) an ihn zu verpflichten (Urk. 21 S. 2, Antrag Ziffer 2). Auch in der Begründung benützt der Gesuchsteller das Wort "ausgangsgemäss" und verweist auf die Begründung der Vorinstanz (Urk. 21 S. 6). Das Berufungsverfahren ist daher zufolge Gegenstandslosigkeit als erledigt abzuschreiben (Art. 242 ZPO).

5. a) Die Entscheidegebühr für das vorliegende Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 sowie § 10 Abs. 1 Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 auf Fr. 1'200.– festzusetzen.

b) Das Gericht kann von den Verteilungsgrundsätzen nach Art. 106 ZPO abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen, wenn das Verfahren als gegenstandslos abgeschrieben wird und das Gesetz nichts anderes vorsieht (Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO). Dabei hat das Gericht bei der Kostenverteilung zu berücksichtigen, welche Partei Anlass zur Klage gegeben hat und wie der

mutmassliche Prozessausgang gewesen wäre. Die Prozessaussichten sind ohne Verursachung weiterer Umtriebe im Einzelnen zu prüfen. Dabei muss es bei einer knappen Prüfung aufgrund der Aktenlage sein Bewenden haben; es soll nicht auf dem Weg über den Kostenentscheid ein quasi materielles Urteil gefällt werden. Lässt sich der mutmassliche Ausgang des Verfahrens – wie dies vorliegend insbesondere aufgrund des Umstandes, dass sich die Gesuchstellerin bisher weder zum Verfahren vor der Vorinstanz noch zum Berufungsverfahren äussern konnte, der Fall ist – nicht ohne weiteres feststellen, ist auf allgemeine zivilprozessuale Kriterien zurückzugreifen (Urwyler/Grütter, DIKE-Komm-ZPO, Art. 107 N 8).

c) Vorliegend hat der Gesuchsgegner die Berufung erhoben, weshalb er grundsätzlich das Risiko der Gegenstandslosigkeit zu tragen hat. Allerdings ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass sich die Gesuchsgegnerin bereits per 4. Juni 2018 bei der Einwohnerkontrolle D._____ abgemeldet und in E._____ angemeldet hat (Urk. 27). Sie hat somit dem Gesuchsgegner nicht umgehend mitgeteilt, dass sie die eheliche Wohnung verlassen hat und diese ihm nunmehr zur alleinigen Benützung zur Verfügung stehe. Hätte sie dem Gesuchsgegner ihren Auszug sofort mitgeteilt, was angesichts der laufenden Rechtsmittelfrist zu erwarten gewesen wäre, wäre die vorliegende Berufung nicht erhoben worden. Daran ändert entgegen der Auffassung der Gesuchstellerin auch nichts, dass bei ordentlicher Durchführung des Berufungsverfahrens bis zum Ablauf der Auszugsfrist am 15. Juli 2018 ein relativ kurzer Zeitraum für den Entscheid zur Verfügung gestanden wäre (Urk. 31 S. 3). Es rechtfertigt sich daher, die Kosten des Berufungsverfahrens den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen. Angesichts der hälftigen Kostenauflage sind sodann für das Berufungsverfahren keine Parteientschädigungen zuzusprechen (Art. 106 Abs. 2 ZPO in Verbindung mit Art. 95 Abs. 3 ZPO).

6. a) Beide Parteien stellen für das Berufungsverfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 21 S. 2 und Urk. 31 S. 2). Eine Partei hat Anspruch auf die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel zur Prozessfinanzierung verfügt und ihr

Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Mittellosigkeit bzw. Bedürftigkeit (welche ihrerseits sowohl Einkommens- wie auch Vermögensarmut voraussetzt) ist dann zu bejahen, wenn die gesuchstellende Partei trotz Ausschöpfung sämtlicher eigenen Hilfsmittel nicht in der Lage ist, neben dem Lebensunterhalt für sich und ihre Familie auch den Prozess zu finanzieren. Sie beurteilt sich nach der gesamten wirtschaftlichen Situation des Rechtsuchenden im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs. Dazu gehören einerseits sämtliche finanziellen Verpflichtungen, andererseits die Einkommens- und Vermögensverhältnisse (BGE 120 Ia 181, Erw. 3/a).

b) Zur Begründung seines Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege verweist der Gesuchsgegner auf seine bereits vor Vorinstanz gestellten und bewilligten Gesuche und darauf, dass sich seine finanziellen Verhältnisse seither nicht geändert hätten. Er habe immer noch kein Erwerbseinkommen und auch weiterhin kein Vermögen (Urk. 21 S. 6). Neue Unterlagen reicht er nicht ein. In den Akten des Verfahrens EE180015-E finden sich folgende Unterlagen zu den finanziellen Verhältnissen des Gesuchsgegners: Hinsichtlich seines Vermögens und seiner Schulden liegt ein Zins- bzw. Kapitalausweis der F._____ Bank betreffend ein Privatkredit vor, welcher per 31. Dezember 2016 einen ausstehenden Kreditbetrag von Fr. 7'406.30 ausweist (Urk. 29/20/8b). Weiter befindet sich ein Steuerausweis eines auf den Gesuchsgegner lautenden Privatkontos bei der G._____ per 31. Dezember 2017 mit einem Guthaben von Fr. 5'272.21 (Urk. 29/20/9) sowie ein Kontoauszug desselben Kontos per 31. März 2018 mit einem Saldo zu seinen Gunsten von Fr. 1'380.56 in den Akten (Urk. 29/24/3). Zu den Einkünften des Gesuchsgegners lassen sich den Akten folgende Angaben entnehmen: Im Juli 2016 wurde ihm im Rahmen einer Sofortzahlung von der H._____ eine Integritätsentschädigung von Fr. 25'200.– ausbezahlt (Urk. 29/20/12). Weiter liegt eine Taggeldteilabrechnung vom 23. Januar 2018 bei den Akten, welche für den Januar 2018 einen Auszahlungsbetrag von Fr. 1'260.– ausweist (Urk. 29/20/13). Ausserdem lässt sich dem Protokoll entnehmen, dass der Gesuchsgegner für die Monate Januar und Februar 2018 Unfalltaggelder bekommen habe (Prot. EE180015-E S. 19) und er ausserdem bis zirka Mitte 2018 eine Ausbildung absolvieren werde, welche ihm

ermögliche, nachher als Buschauffeur zu arbeiten. Er werde damit zu Beginn wohl zirka Fr. 4'800.– zuzüglich 13. Monatslohn und allfälliger Wochenendzulagen verdienen (Prot. EE180015-E S. 18). Ob der Gesuchsgegner diese Ausbildung inzwischen erfolgreich abschliessen und eine Stelle als Buschauffeur antreten konnte, führt er im Berufungsverfahren nicht aus. Allerdings ist für die Bewilligung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege wie bereits ausgeführt auf den Zeitpunkt der Gesuchseinreichung abzustellen. Es ist daher gestützt auf die vorhandenen Unterlagen davon auszugehen, dass der Gesuchsgegner jedenfalls im Juni 2018 noch nicht über genügend finanzielle Mittel verfügte, um neben seinem Unterhalt auch noch für die Kosten des Berufungsverfahrens aufzukommen. Seine Rechtsbegehren sind auch nicht von Anfang an aussichtslos gewesen, weshalb ihm für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und in der Person seines Rechtsvertreters ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen ist.

c) Die Gesuchstellerin begründet ihr Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege damit, dass sie lediglich über ein monatliches Einkommen von Fr. 2'731.20 netto verfüge und sich ihr enges Existenzminimum auf Fr. 2'777.– belaufe (Urk. 31 S. 5). Sie könne daher ihren Lebensunterhalt nur knapp mit ihrem Einkommen finanzieren; ausserdem habe sie kein Vermögen, sondern vielmehr noch Schulden aus dem ehelichen Zusammenleben (Urk. 31 S. 6). Aus den eingereichten Belegen (Urk. 33/1a-6b sowie Urk. 29/16/21-23) ergibt sich ohne Weiteres, dass die Gesuchstellerin mittellos ist. Aufgrund der frühen Gegenstandslosigkeit des Berufungsverfahrens konnte die Gesuchstellerin ihren Standpunkt noch nicht darlegen; im erstinstanzlichen Verfahren hat sie indessen vollumfänglich obsiegt. Auch ihr ist daher für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und in der Person ihrer Rechtsvertreterin eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

Es wird beschlossen:

1. Beiden Parteien wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt. Dem Gesuchsgegner wird in der Person von

Rechtsanwalt lic. iur. X._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand und der Gesuchstellerin in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.

2. Das Berufungsverfahren wird abgeschrieben.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge der ihnen beiden bewilligten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten der Verfahren EE180036-E und EE180015-E gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

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 in einem Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt weniger als Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 4. Oktober 2018

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Kunz Bucheli

versandt am:
sf