

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LY110047-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichter Dr. M. Kriech  
und Ersatzoberrichterin lic. iur. R. Blesi Keller sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. L. Stünzi

## **Beschluss vom 4. Februar 2013**

in Sachen

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

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

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

gegen

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

Gesuchsteller und Berufungsbeklagter

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

betreffend **Vorsorgliche Massnahmen (Nutzungszuteilung Ferienhaus)**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am  
Bezirksgericht Meilen vom 19. Dezember 2011 (FE110156)**

**Erwägungen:**

**I.**

1. Die Parteien reichten am 13. Oktober 2011 bei der Vorinstanz ein gemeinsames Scheidungsbegehren im Sinne von Art. 112 ZGB ein (Urk. 25/1). Mit Eingabe vom 17. November 2011 stellte die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (fortan Gesuchstellerin) unter anderem nachfolgendes Begehren um Anordnung vorsorglicher Massnahmen betreffend die Nutzung des Ferienhauses C.\_\_\_\_\_, ... in D.\_\_\_\_\_ (Urk. 25/9 S. 1 f.):

"1. [...]

2. Die Benutzung des Ferienhauses C.\_\_\_\_\_, ... in D.\_\_\_\_\_ sei nach gerichtlichem Ermessen alternierend zur Benutzung während dem Scheidungsverfahren zu gleichen Teilen zuzuteilen, wobei die Zeit zwischen 20.12.2011 und 10.01.2012 und jedenfalls während der Weihnachtsfeiertage (einschliesslich Neujahr) 2011 der Gesuchstellerin zusammen mit den Kindern zuzuteilen ist.

[...]"

2. Mit Verfügung vom 21. November 2011 wurde dem Gesuchsteller und Berufungsbeklagten (fortan Gesuchsteller) Frist bis zum 14. Dezember 2011 angesetzt, um das Massnahmebegehren zu beantworten (Urk. 25/11 S. 3 f. Dispositivziffer 3).

3. Mit Eingabe vom 6. Dezember 2011 stellte die Gesuchstellerin – unter Bezugnahme auf die Verfügung vom 21. November 2011, mit welcher den Parteien mitgeteilt wurde, dass vor den Gerichtsferien keine Termine mehr für eine Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen frei seien – ein Begehren um Zuweisung des Ferienhauses in D.\_\_\_\_\_ ab dem 20. Dezember 2011 bis zum 5. Januar 2012 im Sinne einer superprovisorischen Massnahme (Urk. 25/13 S. 6).

4. Der Gesuchsteller beantragte mit Eingabe vom 14. Dezember 2011 die Abweisung des Massnahmebegehrens (Urk. 25/15).

5. Mit Urteil vom 19. Dezember 2011 entschied die Vorinstanz wie folgt (Urk. 2 S. 6):

- "1. Das Begehren um vorsorgliche Massnahmen wird abgewiesen.
2. Auf das Begehren betreffend die Anordnung von superprovisorischen Massnahmen wird nicht eingetreten.
3. (Schriftliche Mitteilung)
4. (Rechtsmittelbelehrung)"

6. Mit Eingabe vom 27. Dezember 2011 erhob die Gesuchstellerin rechtzeitig Berufung gegen das vorgenannte Urteil und stellte folgende Anträge (Urk. 1 S. 2 f.):

- "1. Ziffer 1 des Urteilsdispositivs vom 19. Dezember 2011 des Bezirksgerichts Meilen, Geschäfts-Nr. FE110156-G, sei hinsichtlich der Benutzungszuteilung der Liegenschaft C.\_\_\_\_\_, ..., D.\_\_\_\_\_ für die Zeit ab 11. Januar 2012 während der Dauer des Scheidungsverfahrens aufzuheben.
2. Es sei das Verfahren zur Entscheidung über den Antrag zur alternierenden Benutzung der Liegenschaft C.\_\_\_\_\_, ..., D.\_\_\_\_\_ zu gleichen Teilen während des Scheidungsverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen zur Durchführung einer Verhandlung oder zur Gelegenheit zur Stellungnahme durch die Gesuchstellerin mit einer angemessenen Frist.
3. Eventualiter, sofern keine Rückweisung erfolgt, sei die Benutzungsregelung der Liegenschaft C.\_\_\_\_\_, ..., D.\_\_\_\_\_ alternierend zu gleichen Teilen für die Zeitdauer des Scheidungsverfahrens festzulegen.
4. Eventualiter, sofern keine Rückweisung erfolgt und das Obergericht in der Sache selbst entscheidet, sei der Gesuchsteller vorgängig zu verpflichten detaillierte Belege über Zeitpunkt und Dauer seiner Aufenthaltsorte während des Jahres 2011 zu edieren, einschliesslich
  - Bestätigung der Gemeinden E.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ über den Zeitpunkt der Anmeldung und den Status davor sowie
  - detaillierter Kontoauszüge aller Bankkonten und Kreditkarten des Gesuchstellers aus dem Jahre 2011
  - detaillierte Auszüge des Festnetztelefons in D.\_\_\_\_\_ während des Jahres 2011
  - detaillierte Auszüge sämtlicher Mobiltelefone des Gesuchstellers während des Jahres 2011
  - GPS Tracking Reports sämtlicher Mobiltelefone des Gesuchstellers
  - Auflistung der Sendeantennenanknüpfungen sämtlicher Mobiltelefone des Gesuchstellers aus dem Jahre 2011

und die Gesuchstellerin dazu Stellung nehmen und weitere Belege einreichen zu lassen.

5. Das Berufungsverfahren sei zu sistieren bis das Teilwiedererwägungsgesuch vom 21. Dezember 2011 erledigt ist.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Gesuchstellers."

7. Mit Verfügung vom 3. Januar 2012 wies der Vorderrichter das von der Gesuchstellerin bei der Vorinstanz mit Schreiben vom 21. Dezember 2011 gestellte Gesuch um Teilwiedererwägung des angefochtenen Entscheids ab (Urk. 25/26+27; Urk. 25/29 = Urk. 7). Hierauf zog die Gesuchstellerin ihren Antrag auf Sistierung des Berufungsverfahrens mit Schreiben vom 11. Januar 2011 zurück (Urk. 6). Auf gleichentags erfolgte telefonische Nachfrage hin äusserte sich der Vorderrichter dahingehend, dass er gestützt auf Art. 268 Abs. 1 ZPO erneut zur Verhandlung betreffend Anordnung vorsorglicher Massnahmen in Bezug auf die Nutzung des Ferienhauses in D.\_\_\_\_\_ vorladen werde (Urk. 8). In der Folge wurde das Berufungsverfahren mit Beschluss der Kammer vom 2. Februar 2012 im Einverständnis mit den Parteien sistiert (Urk. 14).

8. Mit Urteil vom 20. August 2012 wies der Vorderrichter die Liegenschaft C.\_\_\_\_\_ in D.\_\_\_\_\_ für die Dauer des Scheidungsverfahrens dem Gesuchsteller zur alleinigen Nutzung zu (Urk. 18 S. 65f. und S. 73 Dispositivziffer 5).

9. Mit Beschluss der Kammer vom 29. Oktober 2012 wurde die Sistierung des Berufungsverfahrens aufgehoben. Den Parteien wurde die Möglichkeit zur Stellungnahme zur Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen eingeräumt (Urk. 20). Die erfolgten Stellungnahmen wurden je der Gegenseite zur Kenntnis gebracht (Urk. 21; Urk. 23).

## II.

1. Die Vorinstanz hat mit Urteil vom 19. Dezember 2011 das vorab angeführte Massnahmebegehren auf Festsetzung einer Nutzungsregelung für die Liegenschaft der Parteien in D.\_\_\_\_\_ abgewiesen (Urk. 2 S. 6 Dispositivziffer 1). Mit Urteil vom 20. August 2012 hat die Vorinstanz gestützt auf Art. 268 Abs. 1 ZPO die

Zuteilung der Liegenschaft in D.\_\_\_\_\_ materiell neu beurteilt. Sie hat die Liegenschaft für die Dauer des Scheidungsverfahrens dem Gesuchsteller zur alleinigen Benutzung zugewiesen (Urk. 18 S. 65 und S. 73 Dispositivziffer 5). Das Urteil vom 20. August 2012 stellt somit, insoweit eine (neue) Regelung mit Bezug auf die Liegenschaft der Parteien in D.\_\_\_\_\_ getroffen wurde, einen "Abänderungsentscheid" dar. Der Entscheid ist ein vom Urteil vom 19. Dezember 2011 zu unterscheidender, eigenständiger Entscheid, welcher, wie dies die Gesuchstellerin denn auch getan hat (vgl. Urk. 1 S. 2 Rechtsbegehren Ziffer 2 im Verfahren LY120036), selbständig mit einem Rechtsmittel angefochten werden konnte. Mit dem Urteil vom 20. August 2012, welches mit Bezug auf Dispositivziffer 5 zwischenzeitlich in Rechtskraft erwachsen ist (vgl. Beschluss vom 29. Oktober 2012 im Verfahren LY120036, S. 11 Dispositivziffer 2), wurde eine Regelung betreffend die Liegenschaft nur für die Zukunft getroffen respektive diese zur alleinigen Nutzung für die Dauer des Scheidungsverfahrens dem Gesuchsteller zugewiesen. Eine rückwirkende Regelung für die Zeitspanne ab dem 11. Januar 2012 bis zum 20. August 2012 wurde nicht getroffen. Im vorliegenden Berufungsverfahren könnte somit nur noch über die Nutzungsregelung der Liegenschaft vom 11. Januar 2012 bis zum Zeitpunkt der Rechtskraft des Entscheides der Vorinstanz vom 20. August 2012 entschieden werden. Dies umfasst eine Zeitspanne in der Vergangenheit. Es ist kein rechtlich geschütztes Interesse der Gesuchstellerin ersichtlich und wird von dieser auch nicht geltend gemacht, dass hierüber im jetzigen Zeitpunkt noch zu entscheiden wäre.

2. Fällt das Rechtsschutzinteresse einer Partei im Laufe des Verfahrens dahin, so wird der Prozess gegenstandslos (Leumann Liebster, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 242 N 2). Hiervon gehen auch die Parteien aus (Urk. 21 S. 1; Urk. 23 S. 1). Das Berufungsverfahren ist abzuschreiben (Art. 242 ZPO).

### III.

1. Der Gesuchsteller beantragt die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchstellerin (Urk. 21 S. 2). Gemäss Gesuchstellerin wäre es "nicht rechtens" ihr Kosten aufzuerlegen (Urk. 23 S. 3).

2.1. Die Prozesskosten – bestehend aus Gerichtskosten und Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO) – werden den Parteien grundsätzlich nach Obsiegen und Unterliegen auferlegt (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Wird das Verfahren als gegenstandslos abgeschrieben und sieht das Gesetz nichts anderes vor, so kann das Gericht von den Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen (Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO). Dabei ist in Betracht zu ziehen, wer die Gegenstandslosigkeit veranlasst hat, welche Partei vermutlich obsiegt hätte oder welche Partei das gegenstandslos gewordene Verfahren veranlasst hat (Botschaft zur ZPO, S. 7297). Zur Auslegung dieser Kriterien ist auch unter Geltung der eidgenössischen Zivilprozessordnung auf die einhellige Lehre und gefestigte Praxis zu § 65 Abs. 1 ZPO/ZH abzustellen. Insbesondere ist daran festzuhalten, dass unter den erwähnten Kriterien keine Rangordnung existiert. Ebenso wenig brauchen dieselben notwendigerweise stets kumulativ geprüft zu werden. Vielmehr ist die vom Gesetz angestrebte angemessene Lösung je nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zu treffen (Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 107 N 16).

2.2. Wie bereits erwähnt, stellte die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 17. November 2011 ein Begehren um Anordnung vorsorglicher Massnahmen betreffend die Nutzung des Ferienhauses C. \_\_\_\_\_ in D. \_\_\_\_\_ (Urk. 25/9 S. 1 f.). Mit Verfügung vom 21. November 2011 wurde dem Gesuchsteller Frist bis zum 14. Dezember 2011 angesetzt, um das Massnahmebegehren zu beantworten (Urk. 25/11 S. 3 f.). Mit Eingabe vom 14. Dezember 2011, bei der Vorinstanz am 16. Dezember 2011 eingegangen, beantragte der Gesuchsteller unter gleichzeitigem Einreichen zahlreicher neuer Unterlagen die Abweisung des Begehrens (Urk. 25/15; Urk. 25/16/1-78). Mit dem angefochtenen Urteil vom 19. Dezember 2011 wies die Vorinstanz das Begehren um die Anordnung vorsorglicher Mass-

nahmen ab. Dies mit der Begründung, der Gesuchsteller habe im Ferienhaus in D.\_\_\_\_\_ seinen Wohnsitz (Urk. 2 S. 5ff.). Die den angeblichen Wohnsitz betreffenden tatsächlichen Behauptungen waren vom Gesuchsteller erstmals in der Massnahmeantwort vorgebracht worden. Die Gesuchstellerin konnte zu diesen Behauptungen vor Erlass des Urteils nicht Stellung nehmen. Sie macht denn in der Berufung insbesondere geltend, ihr sei von der Vorinstanz vor Erlass des Entscheides vom 19. Dezember 2011 das rechtliche Gehör mit Bezug auf die dem Entscheid als einzig relevantes Kriterium zugrunde gelegte Frage, ob der Gesuchsteller in D.\_\_\_\_\_ einen Wohnsitz begründet habe, verweigert worden, und ersucht um Aufhebung von Ziffer 1 des Urteilsdispositivs vom 19. Dezember 2011 hinsichtlich der Benutzungszuteilung der Liegenschaft in D.\_\_\_\_\_ für die Zeit ab dem 11. Januar 2012 und während der weiteren Dauer des Scheidungsverfahrens (Urk. 1).

Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 53 Abs. 1 ZPO). Dieser Grundsatz beinhaltet insbesondere das Recht auf Anhörung zu den für die Willensbildung des Gerichts relevanten Tatsachen. Der Gesuchstellerin ist mit Bezug auf die Frage des Wohnsitzes des Gesuchstellers in D.\_\_\_\_\_ und die von ihm diesbezüglich in der Massnahmeantwort vom 14. Dezember 2011 geltend gemachten Tatsachenbehauptungen sowie eingereichten Unterlagen das rechtliche Gehör verweigert worden. Die Möglichkeit einer Heilung dieses schweren Mangels durch Stellungnahme in der Berufung hätte wohl verneint werden müssen (vgl. hierzu Sutter-Somm/Chevalier in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 53 N 26f.). Entsprechend hätten die Berufungsanträge der Gesuchstellerin wohl gutgeheissen werden müssen, wäre die Berufung nicht bis zum (neuerlichen) Entscheid der Vorinstanz über die Nutzungszuteilung sistiert worden. Die Prozesschancen der Gesuchstellerin standen sehr gut. Sie hätte voraussichtlich obsiegt.

2.3. Die nunmehr gegenstandslos gewordene Berufung wurde von der Gesuchstellerin erhoben. Diese sah sich in guten Treuen dazu veranlasst, sich gegen das vorab geschilderte, sich im angefochtenen Entscheid zu ihrem Nachteil

auswirkende Fehlverhalten der Vorinstanz mittels der Erhebung eines Rechtsmittels zur Wehr zu setzen.

2.4. Die Vorinstanz erliess ihr Urteil am 19. Dezember 2011 (Urk. 2). Es wurde der Gesuchstellerin am 22. Dezember 2011 zugestellt (Urk. 25/24). Gleichentags, vorab per Fax übermittelt, stellte die Gesuchstellerin bei der Vorinstanz ein Teilwiedererwägungsgesuch, indem sie darum ersuchte, es sei Dispositivziffer 1 des Urteils vom 19. Dezember 2011 auf die Zuordnung des Nutzungsrechtes der Liegenschaft C.\_\_\_\_\_ vom 20. Dezember 2011 bis zum 10. Januar 2012 zu beschränken, und die Nutzungsbefugnis für die Zeit nach dem 11. Januar 2012 zu einem späteren Zeitpunkt zu entscheiden, nachdem eine Massnahmeverhandlung durchgeführt oder ihr Gelegenheit zur Stellungnahme zur Eingabe des Gesuchstellers vom 14. Dezember 2011 gegeben worden sei (Urk. 25/26 S. 3; Urk. 25/27 S. 3). Die Berufungsschrift wurde fristwahrend am 27. Dezember 2012 zur Post gegeben (Urk. 1). Das Teilwiedererwägungsgesuch wurde mit Verfügung vom 3. Januar 2012 abgewiesen (Urk. 25/29 Dispositivziffer 1). Dies geschah mit der Begründung, dass das Wiedererwägungsgesuch noch vor Ablauf der Berufungsfrist gestellt worden sei und gegen die Verfügung ein ordentliches Rechtsmittel hätte ergriffen werden können (Urk. 25/29 S. 2). Sodann verwies der Vorderrichter darauf, die Lehre gehe davon aus, eine Abänderung der vorsorglichen Massnahmen sei unter den Voraussetzungen von Art. 268 Abs. 1 ZPO möglich (Urk. 25/30 S. 2). Die Verfügung wurde der Gesuchstellerin am 9. Januar 2012 zugestellt (Urk. 25/30/1). In der Folge äusserte sich der vorinstanzliche Richter dahingehend, dass er (erneut) über die Nutzungszuteilung der Ferienwohnung gestützt auf Art. 268 Abs. 1 ZPO verhandeln werde. Hierauf erklärten sich beide Parteien mit einer Sistierung des Berufungsverfahrens einverstanden (Urk. 8; Urk. 12). Mit Beschluss der Kammer vom 2. Februar 2012 wurde das Verfahren sistiert und den Parteien aufgetragen, dem Gericht vom Ausgang des Verfahrens betreffend Anordnung vorsorglicher Massnahmen hinsichtlich des Ferienhauses in D.\_\_\_\_\_ ungesäumt Mitteilung zu machen (Urk. 14 Dispositivziffern 1 und 2).

Aus diesem (zeitlichen und inhaltlichen) Abriss wird Folgendes ersichtlich: Zur Behebung des Mangels der Verweigerung des rechtlichen Gehörs musste die



Gesuchstellerin eine Berufung erheben. Im Zeitpunkt, als sie die Berufung fristwährend erhob, hatte die Gesuchstellerin noch keine Kenntnis davon, dass der Vorderrichter über ihren im Teilwiedererwägungsgesuch gestellten Antrag, welcher mit dem Berufungsantrag inhaltlich übereinstimmt, verhandeln und neu entscheiden würde. Den Entscheid vom 3. Januar 2011 über die Ablehnung des Wiedererwägungsgesuches mit dem Hinweis auf Art. 268 Abs. 1 ZPO hatte sie noch nicht erhalten. Als bekannt war, dass der Vorderrichter über die Nutzungszuteilung verhandeln und erneut entscheiden würde, stimmten beide Parteien einer Sistierung des Berufungsverfahrens zu. Die Gegenstandslosigkeit des Berufungsverfahrens wurde dadurch verursacht, dass mit dem Berufungsentscheid zugewartet wurde, bis der angekündigte "Abänderungsentscheid" der Vorinstanz vorlag. Dies geschah auf gemeinsames Begehren der Parteien hin, weshalb sie die Gegenstandslosigkeit des vorliegenden Verfahrens gemeinsam verursacht haben. Der Gesuchstellerin kann auch kein dahingehender Vorwurf gemacht werden, dass sie das Thema "Ferienhaus im ..." vor Vorinstanz erneut vorgebracht hat (Urk. 21 S. 2). Dies war gestützt auf Art. 268 Abs. 1 ZPO und das Fehlverhalten der Vorinstanz ihr gutes Recht.

2.5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich die Gesuchstellerin in guten Treuen zur Erhebung der Berufung veranlasst sah. Sie hätte voraussichtlich obsiegt. Die Gegenstandslosigkeit des vorliegenden Verfahrens wurde von den Parteien gemeinsam verursacht. Es erscheint daher angemessen, die Kosten für das Berufungsverfahren vollumfänglich dem Gesuchsteller aufzuerlegen. Entsprechend hat er der Gesuchstellerin eine volle Parteientschädigung zu bezahlen. Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

3. Die Gerichtskosten sind in Anwendung der §§ 6 Abs. 1 in Verbindung mit 5, 8 Abs. 1, 10 Abs. 1 und 12 Abs. 1 und 2 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 auf Fr. 1'500.– festzusetzen. Sodann erscheint gestützt auf die §§ 6 Abs. 1 in Verbindung mit 5, 9 und 13 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 eine volle Prozessentschädigung von Fr. 2'500.– als angemessen. Ein Zusatz für die Mehrwertsteuer wird nicht verlangt.

**Es wird beschlossen:**

1. Die Berufung wird abgeschrieben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden dem Gesuchsteller auferlegt.
4. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Meilen, Einzelgericht im ordentlichen Verfahren, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

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. 90 und 98 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, 4. Februar 2013

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. L. Stünzi

versandt am:  
ss