

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY140014-O/U.doc

Mitwirkend: die Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichterin Dr. M. Schaffitz sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Montani Schmidt

Beschluss vom 10. Juni 2014

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **vorsorgliche Massnahmen (Abänderung Unterhalt)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Dietikon vom 10. April 2014 (FE130029-M)

Erwägungen:

1.1 Mit Erstverfügung vom 10. April 2014 wies die Vorinstanz das Gesuch der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (fortan Gesuchstellerin) um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses ab. Sodann gewährte sie beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege und bestellte der Gesuchstellerin Rechtsanwältin lic. iur. Y._____ und dem Gesuchsteller und Berufungskläger (fortan Gesuchsteller) Rechtsanwalt lic. iur. X._____ als unentgeltliche Rechtsbeistände (Urk. 2 S. 4 f.). Gleichentags wies die Vorinstanz mit Zweitverfügung das im Rahmen vorsorglicher Massnahmen gestellte Gesuch des Gesuchstellers auf Abänderung des Eheschutzentscheides des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dietikon vom 8. August 2012 ab; die Kostenregelung wurde dem Endentscheid vorbehalten (Urk. 2 S. 5).

1.2 Hierauf erhob der Gesuchsteller mit Schreiben vom 24. April 2014 (gleichentags zur Post gegeben, eingegangen am 28. April 2014) innert Frist Berufung mit folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2):

- "1. Es sei in Gutheissung dieser Berufung Ziffer 1, Seite 5 der Verfügungen des Bezirksgerichts Dietikon vom 10. April 2014 aufzuheben und den mit Gesuch vom 8. Oktober 2013 gestellten Rechtsbegehren vollumfänglich stattzugeben;
2. Eventualiter seien in Gutheissung dieser Berufung Ziffer 1, Seite 5 der Verfügungen des Bezirksgerichts Dietikon vom 10. April 2014 aufzuheben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen;
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. MwSt.) sowohl des erstinstanzlichen wie auch des Berufungsverfahrens gemäss dem Ausgang des Verfahrens."

Sodann stellte er folgende prozessualen Anträge (Urk. 1 S. 2):

- "4. Es seien die Akten des erstinstanzlichen Verfahrens vor dem Bezirksgericht Dietikon in Sachen A._____ gegen B._____ (Verfahrens-Nr. FE130029) beizuziehen;
5. Es sei dem Berufungskläger die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren sowie ein unentgeltlicher Rechtsbeistand in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X._____ beizugeben."

1.3 Am 22. Mai 2014 fand vor Vorinstanz die Haupt- und Vergleichsverhandlung statt, anlässlich welcher die Parteien eine vollständige Einigung ihre Scheidung betreffend erzielt haben (Prot. I S. 9 ff.; Urk. 8/56). Dabei wurde in Bezug auf die vorliegende Berufung vereinbart, dass der Gesuchsteller die Berufung zurückzieht (Urk. 8/56 S. 3).

2. Mit Schreiben vom 30. Mai 2014, beim Obergericht eingegangen am 2. Juni 2014, zog der Gesuchsteller dementsprechend die Berufung zurück (Urk. 7). Das Berufungsverfahren ist entsprechend abzuschreiben (Art. 241 Abs. 3 ZPO).

3.1 Ausgangsgemäss sind die Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens dem Gesuchsteller aufzuerlegen (Art. 106 Abs.1 ZPO).

3.2.1 Der Gesuchsteller hat auch für das Berufungsverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ersucht (Urk. 1 S. 2). Wie erwähnt, gewährte die Vorinstanz beiden Parteien mit Verfügung vom 10. April 2014 die unentgeltliche Rechtspflege und bestellte ihnen je einen unentgeltlichen Rechtsbeistand (Urk. 2 S. 4). In finanzieller Hinsicht ist davon auszugehen, dass sich die diesbezüglichen Verhältnisse des Gesuchstellers seit dem 10. April 2014 nicht verbessert haben.

3.2.2 Sodann kann nicht gesagt werden, dass die Berufung des Gesuchstellers von vornherein aussichtslos gewesen wäre, d.h. die Gewinnaussichten im Berufungsverfahren beträchtlich geringer gewesen wären als die Verlustgefahren. So begründete die Vorinstanz ihren Abweisungsentscheid damit, dass neben den in Art. 261 Abs. 1 ZPO aufgeführten Voraussetzungen die gesuchstellende Partei als weitere Voraussetzung für die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen glaubhaft darlegen müsse, dass Dringlichkeit des Begehrens vorliege. So fehle es an der notwendigen Dringlichkeit, wenn sich das Ziel eines vorsorglichen Massnahmegesuchs durch das richterliche Endurteil erreichen lasse. Der Gesuchsteller habe es in seinem Gesuch vom 8. August 2013 versäumt, sich zur Dringlichkeit seines Begehrens zu äussern. So würden zwar veränderte Verhältnisse geltend gemacht, jedoch werde nicht ausgeführt, weshalb diesen nicht mit dem

Scheidungsurteil begegnet werden könne. Insbesondere Unterhaltsbeiträge würden auch rückwirkend zum Zeitpunkt der Eingabe des Scheidungsbegehrens festgelegt werden können, weshalb vorliegend die Dringlichkeit nicht gegeben sei (Urk. 2 S. 2 f.).

Zu Recht beanstandete der Gesuchsteller in seiner Berufung, dass die Vorinstanz fälschlicherweise Art. 261 ZPO anstelle von Art. 276 ZPO in Verbindung mit Art. 179 ZGB angewandt habe und damit für die Abänderung eines Eheschutzentscheides im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen das Kriterium der Dringlichkeit zu Unrecht verlangt habe (Urk. 1 S. 2 ff.). So sieht Art. 276 Abs. 1 ZPO vor, dass das Gericht die nötigen vorsorglichen Massnahmen trifft, wobei die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutze der ehelichen Gemeinschaft sinngemäss anwendbar sind (Art. 276 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit Art. 271 ff. ZPO und Art. 172 ff. ZGB). Sodann hält Art. 276 Abs. 2 ZPO fest, dass Massnahmen, die das Eheschutzgericht angeordnet hat, weiter andauern und für die Aufhebung und die Änderung das Scheidungsgericht zuständig ist. Nach wie vor gelten aber auch diesbezüglich die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutze der ehelichen Gemeinschaft. Diese enthalten mit Art. 179 ZGB eine eigens für veränderte Verhältnisse geschaffene Bestimmung. Dabei muss von der antragstellenden Partei glaubhaft gemacht werden, dass sich die tatsächlichen Verhältnisse seit Erlass des Eheschutzentscheides wesentlich und dauerhaft verändert haben bzw. das Eheschutzgericht von unrichtigen tatsächlichen Verhältnissen ausgegangen ist (Entscheid des Bundesgerichts vom 4. März 2014, 5A_597/2013 Erw. 3.4; Dolge in: DIKE Komm-ZPO, Zürich/St. Gallen, Art. 276 N 14, N 17 f.; Sutter-Somm/Vontobel in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 276 N 34 f., N 38; BSK ZGB I-Isenring/Kessler, Basel 2010, Art. 179 N 3 f.; Vetterli in: FamKomm Scheidung, Bd. I, Bern 2011, Art. 176 N 2; vgl. auch LY130022-O vom 27. Januar 2014 Erw. 2.3). Entsprechend aber ist das Kriterium der Dringlichkeit nicht Voraussetzung. Da diesfalls Dispositivziffer 1 der vorinstanzlichen Zweitverfügung vom 10. April 2014 aufzuheben und das Verfahren zur Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen gewesen wäre, kann nicht von einer von vornherein bestehenden Aussichtslosigkeit der Berufung ge-

sprochen werden. An der fehlenden Aussichtslosigkeit ändert des Weiteren auch die nun vorliegende Rückzugserklärung nichts, sind doch einerseits die Voraussetzungen zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ex ante zu beurteilen und erfolgte andererseits die Rückzugserklärung aufgrund der vor Vorinstanz für das gesamte Scheidungsverfahren getroffenen Einigung, mit welcher u.a. auch die Unterhaltsbeiträge reduziert worden sind (Urk. 8/56 S. 1 ff.).

3.2.3 Schliesslich kann auch nicht gesagt werden, dass der Gesuchsteller nicht auf rechtlichen Beistand angewiesen wäre. Damit ist ihm die unentgeltliche Rechtspflege im Sinne von Art. 117 ZPO in Verbindung mit Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO unter Hinweis auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 Abs. 1 ZPO auch für das Berufungsverfahren zu gewähren.

3.3 Mangels erheblicher Umtriebe ist der Gesuchstellerin für das Rechtsmittelverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Dem Gesuchsteller wird die unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren gewährt und es wird ihm Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
2. Das Verfahren wird abgeschrieben.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidungsgebühr wird auf Fr. 800.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten des Rechtsmittelverfahrens werden dem Gesuchsteller auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht im Sinne von Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Bezirksgericht Dietikon, an die Gesuchstellerin unter Beilage des Doppels von Urk. 1, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten 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.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt über Fr. 30'000.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 10. Juni 2014

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin :

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am:
dz