

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LY160020-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter  
lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie  
Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler

## **Beschluss und Urteil vom 8. Juli 2016**

in Sachen

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

Kläger und Berufungskläger

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

gegen

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

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Fürsprecher Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Ehescheidung auf Klage / vorsorgliche Massnahmen**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 20. April 2016; Proz. FE160035**

### **Rechtsbegehren in der Sache**

(act. 5/1 S. 2):

"1. Die Ehe der Parteien sei im Sinne von Art. 114 ZGB zu scheiden.  
[2.-9. ...]"

### **Antrag auf Anordnung vorsorglicher Massnahmen**

(act. 5/1 S. 3):

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, ihre Zustimmung zur Veräusserung der Liegenschaft C.\_\_\_\_-Strasse ..., D.\_\_\_\_, beim zuständigen Grundbuchamt bis zum 30. April 2016 abzugeben.
2. Eventualiter sei der Kläger zu ermächtigen, die Liegenschaft C.\_\_\_\_ - Strasse ..., D.\_\_\_\_, zu veräussern.
3. Es sei die Beklagte zu verpflichten, die Liegenschaft allfälligen Kaufinteressenten und dem Kläger – unter zweiwöchiger vorgängiger Anzeige des Klägers – zur Besichtigung zugänglich zu machen.
4. Es sei die Beklagte zu verpflichten, bis 31. August 2016 aus der ehelichen Liegenschaft am C.\_\_\_\_-Strasse ..., D.\_\_\_\_, auszuziehen."

### **Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 20. April 2016**

(act. 5/16 = act. 3/1 = act. 4):

- "1. Das Begehren des Klägers um Anordnung vorsorglicher Massnahmen wird abgewiesen.
  2. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen bleiben dem Endentscheid vorbehalten.
- [3.-5. Mitteilung, Rechtsmittel]"

### **Berufungsanträge:**

#### des Klägers und Berufungsklägers zur Sache (act. 2 S. 2):

- "1. Es sei der vorinstanzliche Entscheid in Ziffer 1 des Dispositivs aufzuheben und die Berufungsbeklagte zu verpflichten, ihre Zustimmung zur Veräusserung der Liegenschaft C. \_\_\_\_\_-Strasse ..., D. \_\_\_\_\_, beim zuständigen Grundbuchamt abzugeben.
2. Eventualiter sei der Berufungskläger zu ermächtigen, die Liegenschaft C. \_\_\_\_\_-Strasse ..., D. \_\_\_\_\_, zu veräussern.
3. Es sei die Berufungsbeklagte zu verpflichten, die Liegenschaft allfälligen Kaufinteressenten und dem Kläger – unter zweiwöchiger vorgängiger Anzeige des Klägers – zur Besichtigung zugänglich zu machen.
4. Eventualiter sei die Berufungsbeklagte zu verpflichten, bis 31. August 2016 aus der ehelichen Liegenschaft C. \_\_\_\_\_-Strasse ..., D. \_\_\_\_\_, auszuziehen.
5. Subeventualiter sei Dispositiv Ziffer 1 aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer, MWSt-Nummer von E. \_\_\_\_\_ Rechtsanwälte: CHE-...) zulasten der Berufungsbeklagten."

#### prozessualer Antrag des Klägers und Berufungsklägers (act. 2 S. 2):

"Es sei dem Berufungskläger für das vorliegende Verfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und ihm in der Person der Unterzeichneten ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen."

#### der Beklagten und Berufungsbeklagten zur Sache (act. 8 S. 2):

- "1. Die Berufung sei abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. 8% MWST) zu Lasten des Klägers."

#### prozessualer Antrag der Beklagten und Berufungsbeklagten (act. 8 S. 2):

"Es sei der Beklagten für das vorliegende Berufungsverfahren LY160020 die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und ihr in der Person des unterzeichnenden ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen."

## **Erwägungen:**

### **I.**

1. Der Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger) erhob mit Eingabe vom 11. März 2016 vor dem Einzelgericht des Bezirksgerichts Dielsdorf (Vorinstanz) gestützt auf Art. 114 ZGB die Scheidungsklage gegen die Beklagte und Berufungsbeklagte (fortan Beklagte; act. 5/1).

Zuvor, mit Entscheid vom 9. April 2014, hatte das Präsidium des Familiengerichts des Bezirksgerichts Bremgarten das Getrenntleben der Parteien geregelt und hatte nebst anderem die beiden Kinder der Parteien (F.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.1999, und G.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2002) unter die Obhut der Beklagten gestellt und die eheliche Liegenschaft am C.\_\_\_\_\_-Strasse ... in D.\_\_\_\_\_ der Beklagten zur alleinigen Benützung zugewiesen (act. 5/4/16). Die Liegenschaft steht im Alleineigentum des Klägers (vgl. act. 5/1 S. 5, act. 5/4/15, act. 5/10 S. 4).

2. Gleichzeitig mit der Klageanhebung vom 11. März 2016 stellte der Kläger vor der Vorinstanz das eingangs angeführte Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen sowie ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 5/1 S. 3 f.).

3. Die Vorinstanz liess zunächst die Beklagte schriftlich zum Begehren um Anordnung vorsorglicher Massnahmen Stellung nehmen (act. 5/7, 5/10) und erliess sodann am 20. April 2016 die eingangs aufgezeigte Verfügung, mit der sie das Massnahmebegehren abwies (act. 5/16 = act. 3/1 = act. 4). Die Verfügung wurde dem Kläger am 24. Mai 2016 zugestellt (vgl. die Empfangsscheine bei act. 5/16).

Mit Vorladung vom 13. Mai 2016 lud die Vorinstanz die Parteien auf den 14. Juli 2016 zur Einigungsverhandlung vor (act. 5/15).

4. Mit Eingabe vom 3. Juni 2016, beim Obergericht eingegangen am 6. Juni 2016, erhob der Kläger Berufung gegen die Verfügung vom 20. April 2016.

Er stellte die eingangs angeführten Berufungsanträge und ersuchte um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung seiner Rechtsvertreterin als unentgeltliche Rechtsbeistandin (act. 2).

5. Mit Verfügung vom 10. Juni 2016 setzte der Stellvertreter der Kammerpräsidentin dem Kläger Frist zur Vorlage weiterer Unterlagen über die finanziellen Verhältnisse an. Gleichzeitig wurde der Beklagten die Frist zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt (act. 6). Die Verfügung wurde beiden Parteien am 14. Juni 2016 zugestellt (act. 7/1-2).

6. Die Beklagte erstattete mit Eingabe vom 22. Juni 2016 die Berufungsantwort, stellte die eingangs angeführten Anträge und ersuchte um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung ihres Rechtsvertreters als unentgeltlichen Rechtsbeistand (act. 8).

7. Der Kläger reichte mit Eingabe vom 24. Juni 2016 weitere Unterlagen zu seinen finanziellen Verhältnissen zu den Akten (act. 10, 11/1-5).

8. Fürsprecher Y.\_\_\_\_\_ reichte mit Eingabe vom 4. Juli 2016 eine Auflistung seiner Bemühungen für das Berufungsverfahren zu den Akten (act. 13 f.).

9. Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_ reichte mit Eingabe vom 6. Juli 2016 eine Auflistung ihrer Bemühungen für das Berufungsverfahren zu den Akten (act. 15, f.).

10. Die Akten des erstinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 5/1-16). Das Verfahren ist spruchreif. Dem Kläger ist allerdings noch ein Doppel von act. 8 zuzustellen und der Beklagten ein Doppel von act. 10 sowie eine Kopie von act. 16.

## II.

### 1. Vorbemerkungen:

Gegen erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen ist die Berufung zulässig (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens über vorsorgliche Massnahmen ist die vom Kläger verlangte Ermächtigung, die eheliche Liegenschaft zu verkaufen. Der Kläger verfolgt mit diesem Begehren wirtschaftliche Interessen. Damit liegt eine vermögensrechtliche Streitigkeit vor.

Der Rechtsmittelstreitwert von Fr. 10'000.00 (Art. 308 Abs. 2 ZPO) ist offenkundig gegeben, da es um das wirtschaftliche Interesse am Verkauf der Liegenschaft in D.\_\_\_\_\_ geht, deren Steuerwert nach der Steuererklärung 2014 des Klägers Fr. 633'100.00 beträgt (act. 5/4/7). Der Verkehrswert dürfte angesichts der Finanzierung der Liegenschaft mit zwei Hypotheken über Fr. 145'000.00 und Fr. 211'000.00 sowie weiteren Darlehen über Fr. 500'000.00 (vgl. act. 5/1 S. 5) einiges höher sein.

Auf die rechtzeitig schriftlich und begründet erhobene Berufung ist somit einzutreten.

2. Der Kläger will die erwähnte eheliche Liegenschaft, deren Alleineigentümer er ist, aufgrund der angespannten Finanzlage der Parteien verkaufen. Insbesondere müsse er, so seine Schilderung vor Vorinstanz, die beiden bereits erwähnten Darlehen über total Fr. 500'000.00, die er bei Verwandten aufgenommen habe und die bereits 2011 gekündigt worden seien, zuzüglich 5% Verzugszinsen zurückzahlen. Das sei ohne einen Verkauf der Liegenschaft nicht möglich. Ein Kaufinteressent würde allerdings erst dann überhaupt in Vertragsverhandlungen treten, wenn er wisse, dass ein Verkauf momentan effektiv möglich sei. Daher sei er, der Kläger, auf die Zustimmung der Beklagten angewiesen. Er laufe Gefahr, einen erheblichen Schaden zu erleiden, wenn eine Zwangsvollstreckung über ihn eingeleitet werde und die Liegenschaft zwangsversteigert werde. Daher sei die Beklagte zu verpflichten, ihre Zustimmung zum Verkauf zu erteilen, zumal sie seit

längerer Zeit wisse, dass ein Auszug aus der ehelichen Liegenschaft unvermeidlich sei. Der verlangte Auszugstermin per 31. August 2016 berücksichtige die Interessen des Sohnes G.\_\_\_\_\_, der im Sommer 2016 in die Oberstufe wechsele. Um das Kind nicht aus einer Klasse zu reissen, sei dieser Termin angemessen, und die Beklagte habe genügend Zeit, bis dann ein adäquates Ersatzobjekt zu mieten (vgl. act. 5/1 S. 5-7).

3. Die Vorinstanz erwog, bei der Liegenschaft am C.\_\_\_\_\_-Strasse ... in D.\_\_\_\_\_ handle es sich nach wie vor um eine Familienwohnung nach Art. 169 ZGB. Der Verkauf bedürfe daher der Zustimmung der Beklagten. Die Zustimmung könne nur zu einem genügend konkretisierten Rechtsgeschäft erfolgen. Der Kläger habe weder ein konkretes Verkaufsgeschäft, dem die Beklagte zustimmen könnte, noch konkrete Verkaufsbemühungen dargelegt. Seine Ausführungen bezögen sich daher auf einen theoretischen Fall. Der Kläger habe keine Nachweise dafür erbracht, dass unter den gegebenen Umständen kein Käufer gefunden werden könne. Ob die Darlehensverträge gültig gekündigt worden seien und wann die Rückzahlung fällig werde, könne daher offen bleiben. Die beantragte vorsorgliche Massnahme erweise sich nicht als notwendig, zumal die Beklagte sich ausdrücklich bereit erklärt habe, allfälligen Kaufinteressenten die Liegenschaft auf Vorankündigung zu zeigen, worauf die Beklagte zu behaften sei. Abgesehen von der fehlenden Dringlichkeit stünde dem Begehren des Klägers überdies auch das überwiegende Interesse der Beklagten und der gemeinsamen Kinder entgegen. Schulpflichtige Kinder hätten grundsätzlich ein Interesse daran, in dem Haus, in dem sie aufgewachsen seien, und in derselben Schulklasse zu bleiben. Beide Kinder hätten im Jahr 2014 im Eheschutzverfahren angegeben, nicht aus dem betreffenden Haus ausziehen zu wollen. Gegenteiliges hätten die Parteien nicht vorgebracht. Schliesslich wäre eine neue Wohnung für die Beklagte und die Kinder voraussichtlich teurer als die derzeitigen Wohnkosten. Das Interesse an einem raschen Umzug dürfte daher unter dem finanziellen Aspekt eher gering sein (act. 4 S. 6-8).

4. Die Voraussetzungen vorsorglicher Massnahmen nach Art. 276 ZPO:

Vorsorgliche Massnahmen nach Art. 276 ZPO zielen darauf ab, die Verhältnisse der Familie während der Dauer des Scheidungsverfahrens zu regeln, sei es dass Regelungen erstmals erfolgen oder dass vorbestehende Eheschutzmassnahmen nach Art. 179 ZGB abgeändert werden. Allgemein dürfen solche Massnahmen nur angeordnet werden, wenn sie nötig, geeignet und verhältnismässig sind. Die subsidiäre Anwendbarkeit der allgemeinen Bestimmungen über vorsorgliche Massnahmen (Art. 261 ff. ZPO) ist stark beschränkt. Im Rahmen vorsorglicher Massnahmen im Scheidungsprozess ist ein Verfügungsgrund im Sinne von Art. 261 ZPO nicht a priori erforderlich. Welche Bedingungen erfüllt sein müssen, damit eine Anordnung getroffen werden kann, richtet sich vielmehr nach den Bestimmungen des materiellen Rechts, auf die Bezug genommen wird (vgl. zum Ganzen OGer ZH LY150004 vom 16. Juni 2015, E. II./6.1, sowie BK-SPYCHER, Art. 276 ZPO N 13, 23). Der Hinweis der Vorinstanz auf die Voraussetzungen von Art. 261 Abs. 1 ZPO – insb. Glaubhaftmachen eines Anspruchs und einer befürchteten Verletzung, aus der ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (vgl. act. 4 S. 6) – ging somit fehl (so richtig der Kläger, act. 2 S. 4).

Zu berücksichtigen ist aber, dass eine vorsorgliche Massnahme mit präjudizieller Wirkung atypisch ist (vgl. act. 4 S. 7). Bei solchen Massnahmen ist die Verhältnismässigkeitsprüfung von besonderer Bedeutung.

5. Zum Verfahren der Anordnung vorsorglicher Massnahmen:

5.1 Der Kläger rügt, die Vorinstanz habe die Art. 272 f. ZPO verletzt. Sie habe den Sachverhalt nicht abgeklärt und habe die bundesrechtlich vorgeschriebene Verhandlung (Art. 273 ZPO) nicht durchgeführt (act. 2 S. 9 f.).

5.2 Das Verfahren der Anordnung vorsorglicher Massnahmen richtet sich nach den Bestimmungen des Eheschutzverfahrens (der Verweis von Art. 276 Abs. 1 ZPO gilt auch für das Verfahrensrecht, vgl. DOLGE, DIKE-Komm-ZPO, 2. Auflage 2016, Art. 276 ZPO N 15). Somit ist in einem summarischen Verfahren zu entscheiden (Art. 271 ZPO) und gilt (unter dem Vorbehalt der uneingeschränk-

ten Untersuchungsmaxime in Kinderbelangen, Art. 296 Abs. 1 ZPO) die eingeschränkte Untersuchungsmaxime nach Art. 272 ZPO. Damit das Gericht seiner Untersuchungspflicht nachkommen kann, ist nach Art. 273 Abs. 1 ZPO eine mündliche Verhandlung durchzuführen, es sei denn, die Verhältnisse seien aufgrund der schriftlichen Eingaben klar oder unbestritten (vgl. DOLGE, a.a.O., Art. 276 ZPO N 15; vgl. auch PFÄNDER BAUMANN, DIKE-Komm-ZPO, 2. Auflage 2016, Art. 272 ZPO N 1; ).

5.3 Die von der Vorinstanz angeführte Auffassung, wonach die Zustimmung nach Art. 169 ZGB nur zu konkreten Geschäften erteilt werden könne, vermag sich auf konstante Meinungsäusserungen im Schrifttum zu stützen (vgl. BSK ZGB I-SCHWANDER, 5. Auflage 2014, Art. 169 ZGB N 17 mit weiteren Hinweisen; vgl. auch CHK-ZEITER/SCHLUMPF, 3. Auflage 2016, Art. 169 ZGB N 10, sowie KU-KO ZGB-FANKHAUSER/GUILLOD, Art. 169 ZGB N 8). Diese Auffassung kann als herrschend bezeichnet werden. Sie führt allerdings, wenn es um das Ziel des Eigentümerehegatten geht, die Liegenschaft zu verkaufen, zur Problematik, dass es in der Tat oft schwierig sein dürfte, in Verkaufsverhandlungen mit Kaufinteressenten zu treten, wenn unklar ist, ob der andere Ehegatte dem Verkauf zustimmt (vgl. act. 2 S. 6). Dem ist wie folgt zu begegnen:

5.4 Das Begehren des Klägers auf Verpflichtung der Beklagten zur Zustimmung zum Verkauf der Liegenschaft in D.\_\_\_\_\_ nach Art. 169 Abs. 2 ZPO ist nicht isoliert zu betrachten, sondern im Zusammenhang mit der eingangs erwähnten Eheschutzanordnung, mit welcher diese Liegenschaft der Beklagten zur alleinigen Benützung zugewiesen wurde (vgl. vorne I./1.). Der Kläger verlangt mit seinem Massnahmebegehren (zumindest sinngemäss) die Abänderung dieser Regelung: Er stellte neben dem Antrag auf Verpflichtung zur Zustimmung zum Verkauf den weiteren Antrag, die Beklagte sei zu verpflichten, die Liegenschaft per 31. August 2016 (und nicht etwa erst dann, wenn es tatsächlich zu einem Verkauf kommt) zu verlassen, und er begründete dies (nebst anderem) damit, dass seine Interessen am Verkauf der Liegenschaft gegenüber dem Interesse der Beklagten und der Kinder an der weiteren Benützung der Liegenschaft heute überwiegen würden (act. 5/1 S. 3, S. 6 f.). Dass der Kläger sich nicht ausdrücklich auf Art. 176

Abs. 1 Ziff. 2 ZGB bzw. auf Art. 179 ZGB berufen hat, schadet nicht, da das Recht von Amtes wegen anzuwenden ist (Art. 57 ZPO). Die Beklagte bestritt das behauptete höhere Interesse des Klägers, wenn auch rechtlich nur unter dem Blickwinkel seines Begehrens um Zustimmung zum Verkauf (act. 5/10 S. 5 f.). Im Kern geht es aber so oder so um dieselbe Interessenabwägung.

5.5 In rechtlicher Hinsicht ist zum Zusammenhang der beiden Anordnungen (Zustimmung zum Verkauf nach Art. 169 ZGB und Zuweisung zur alleinigen Benützung nach Art. 176 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB) das Folgende festzuhalten: Die Qualität einer ehelichen Wohnung nach Art. 169 ZGB besteht grundsätzlich während der ganzen Dauer der Ehe und auch während des Scheidungsverfahrens, unabhängig davon, ob die Eheleute zusammen leben. Auch die Zuweisung zur Benützung im Rahmen eines Eheschutzes oder einer vorsorglichen Massnahme ändert daran an sich nichts. Vorausgesetzt ist aber ein Rechtsschutzbedürfnis. Dieses kann entfallen, wenn der nicht dinglich (oder obligatorisch) an der Wohnung berechtigte Ehegatte die Familienwohnung endgültig verlassen muss und keine Aussicht mehr darauf besteht, dass die Ehegatten das Zusammenleben in der vormaligen Familienwohnung wieder aufnehmen. Das ist insbesondere nach Anordnungen über die Zuweisung der Wohnung nach Art. 176 ZGB zu bedenken. Das Getrenntleben alleine führt zwar (wie gesehen) noch nicht zum Verlust der Qualität der Wohnung als Familienwohnung. Wird aber z.B. der (nicht dinglich oder obligatorisch berechtigte) Ehegatte verpflichtet, die Wohnung zu verlassen, weil diese den finanziellen Verhältnissen der Ehegatten nicht mehr angemessen ist, so entfällt das erwähnte Rechtsschutzbedürfnis und damit die Qualität der Wohnung als Familienwohnung nach Art. 169 ZGB (vgl. BSK ZGB I-SCHWANDER, 5. Auflage 2014, Art. 169 ZGB N 9 f. mit weiteren Hinweisen).

Eine Abänderung der Wohnungszuteilung kann nach dem Gesagten unabhängig vom Vorliegen eines konkretisierten Verkaufsgeschäfts damit begründet werden, dass das Interesse des Eigentümerehegatten am Verkauf gegenüber den Interessen des anderen Ehegatten an der weiteren Benützung der Liegenschaft überwiegt (vgl. auch OGer ZH LE140044 vom 23. Februar 2015, E. III./3.4.2). Der Kläger kann somit bei gegebenen Voraussetzungen auf diesem Weg auch ohne

Nachweis eines konkreten Geschäfts erwirken, dass die (in seinem Alleineigentum stehende) Liegenschaft in D. \_\_\_\_\_ die Qualität als Familienwohnung verliert und er über die Liegenschaft frei verfügen kann.

5.6 Die Vorinstanz verkannte diese Zusammenhänge. Auf das Fehlen eines konkretisierten Rechtsgeschäfts kommt es nicht an. Das von der Vorinstanz als weiteres Argument angeführte Fehlen besonderer Dringlichkeit (act. 4 S. 8) ist im Übrigen nach dem vorne Gesagten (vgl. vorne II./4.) ohnehin nicht massgeblich.

Die vom Kläger (auch) verlangte Anordnung (Verpflichtung der Beklagten, die Liegenschaft zu verlassen) bedingt die umfassende Prüfung der aktuellen Verhältnisse der Parteien und ihrer entgegenstehenden Interessen an der Benützung der Liegenschaft (im Einzelnen: wirtschaftliches Interesse des Klägers, einen Verkauf voranzutreiben, gegenüber den Interessen der Beklagten und der Kinder an der weiteren Benützung der Liegenschaft). Der Sachverhalt ist insoweit weder klar noch unbestritten. Strittig und unklar sind sowohl die finanziellen Zusammenhänge (insb. zur Pflicht des Klägers zur Rückzahlung der Darlehen und zu Möglichkeiten anderweitiger Finanzierung; vgl. act. 5/10 S. 5 und neu act. 8 S. 5) als auch die Hintergründe des Interesses der Beklagten an der weiteren Benützung der Liegenschaft. Entgegen der Beklagten (act. 8 S. 6) kann sich ihr überwiegendes Interesse (sowie jenes der Kinder) nicht allein aus der Gerichtsnotorietät ableiten, sondern ist der aktuell vorliegende Sachverhalt abzuklären (dabei sind aber die Interessen der Kinder von hohem Gewicht). Der blosse Hinweis der Vorinstanz auf die Aussagen der Kinder im Eheschutzverfahren vor zwei Jahren (act. 4 S. 8) ist für diese Beurteilung ungenügend. Das gilt verstärkt vor dem Hintergrund, dass der Kläger geltend machte, der verlangte Auszugstermin respektiere die Interessen des jüngeren Kindes (act. 5/1 S. 7; die Beklagte machte abweichende Angaben, act. 5/10 S. 5, vgl. auch act. 8 S. 4). Das weitere Argument der Vorinstanz, eine andere Wohnung würde voraussichtlich mehr kosten (act. 4 S. 8), gibt lediglich die Mutmassung der Beklagten wieder (act. 5/10 S. 5; vgl. auch act. 8 S. 4). Darauf ohne weiteres abzustellen, geht nicht an.

5.7 Das Absehen von einer Verhandlung über die beantragten vorsorglichen Massnahmen verletzte vor diesem Hintergrund Art. 273 Abs. 1 ZPO (und daneben auch Art. 272 ZPO, da der Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen ist). Das führt in Gutheissung der Berufung zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids.

6. Anlässlich der durchzuführenden Verhandlung wird der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen sein. Die Sache ist daher zur Ergänzung des Verfahrens (Durchführung der Verhandlung über vorsorgliche Massnahmen) und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO).

### III.

1. Es rechtfertigt sich, über die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Berufungsverfahren bereits im vorliegenden Entscheid zu befinden und nicht bis zum Endentscheid zuzuwarten (Art. 104 Abs. 3 ZPO). Ausgangsgemäss wird die Beklagte für das Berufungsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

1.1 Grundlage für die Festsetzung der Entscheidgebühr bilden der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse, der Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010, GebV OG). Dem tragen die Tarife gemäss §§ 4 ff. GebV OG Rechnung. Sind wie vorliegend in einem Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsprozess lediglich vermögensrechtliche Belange zwischen den Ehegatten strittig, so berechnet sich die mutmassliche Entscheidgebühr nach § 4 Abs. 1 bis 3, § 8 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG (vgl. OGer ZH LY140011, Beschluss vom 7. Mai 2014, E. 5).

Der Streitwert beträgt wie eingangs angeführt (zumindest) Fr. 633'100.00 (Steuerwert der Liegenschaft, vgl. vorne II./1.1). Ob der Verkehrswert der Liegenschaft höher ist, kann offen bleiben, da die nach dem Streitwert berechnete Entscheidgebühr ohnehin nach dem Äquivalenzprinzip zu reduzieren ist (und da fer-

ner zu berücksichtigen ist, dass nicht der Wert der Liegenschaft an sich im Streit liegt, sondern lediglich die Benützung der Liegenschaft bzw. die Berechtigung zu deren Verkauf). Die Entscheidgebür ist auf Fr. 1'800.000 festzusetzen.

1.2 Für die Bemessung der Parteientschädigung sind § 2, § 4 Abs. 1-2, § 9 und § 13 Abs. 1 und 2 der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV) massgeblich (auch hier gilt, dass die streitwertabhängigen Tarife grundsätzlich massgeblich sind, wenn es in einem Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsprozess lediglich um vermögensrechtliche Belange geht). Der notwendige Zeitaufwand des Anwalts oder der Anwältin ist danach lediglich ein Kriterium unter mehreren (im Einzelnen: Streitwert, Verantwortung der Rechtsvertretung, Schwierigkeit des Falls). Zum Streitwert gilt das soeben Gesagte, wobei bei einem offensichtlichen Missverhältnis zwischen dem Streitwert und dem notwendigen Zeitaufwand die nach den genannten Bestimmungen berechnete Gebühr entsprechend erhöht oder herabgesetzt wird (§ 2 Abs. 2 AnwGebV). Diese Bestimmungen geben auch im Rechtsmittelverfahren den Rahmen der Entschädigung vor. Dabei wird die Gebühr im Vergleich zu jener für das erstinstanzliche Verfahren in der Regel auf einen Drittel bis zwei Drittel herabgesetzt. In besonderen Fällen, namentlich bei starker Inanspruchnahme des Novenrechts, kann auf die Herabsetzung verzichtet werden (§ 13 Abs. 2 und 3 AnwGebV). Eine Entschädigung nach Stundenansatz i.S.v. § 3 der AnwGebV wurde nicht vereinbart und ist gesetzlichen Ausnahmefällen vorbehalten (vgl. § 16 AnwGebV). Ein solcher ist hier offenkundig nicht gegeben.

Die auf Basis des Streitwerts von Fr. 633'100.00 berechnete Gebühr stünde (auch nach Ausschöpfung der Reduktionsspielräume) in einem Missverhältnis zum notwendigen Zeitaufwand. Sie ist daher entsprechend zu reduzieren (§ 2 Abs. 2 AnwGebV). Eine Entschädigung von Fr. 2'000.00 ist angemessen. Für die weitere Eingabe vom 24. Juni 2016 (act. 10: Nachreichung von Belegen für das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege) ist ein Zuschlag von Fr. 400.00 zu berechnen (§ 11 Abs. 2 AnwGebV). Die Entschädigung erscheint auch unter Berücksichtigung des Zeitaufwands (act. 15 f.) angemessen.

Zudem sind die Barauslagen von Fr. 33.00 (vgl. act. 15) zu ersetzen und ist der beantragte Mehrwertsteuerzuschlag von 8% zu gewähren (vgl. Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 17. Mai 2006 über die Mehrwertsteuer, mit Ergänzung vom 17. September 2010).

2. Wie eingangs angeführt, ersuchen beide Parteien für das Berufungsverfahren um unentgeltliche Rechtspflege (act. 2 S. 3, act. 8 S. 2).

Seitens des Klägers ist das Gesuch hinsichtlich der Bezahlung von Gerichtskosten abzuschreiben, da ihm keine Kosten auferlegt werden. Sein Gesuch wird dadurch insoweit gegenstandslos.

3. Im Übrigen gilt was folgt:

3.1 Der Kläger verweist zur Mittellosigkeit auf seine Ausführungen vor der Vorinstanz (act. 2 S. 11). Er machte dort ein Existenzminimum von Fr. 6'030.90 (inkl. Unterhaltsbeiträge an die Beklagte und die beiden Kinder der Parteien) und ein Einkommen von Fr. 5'416.70 pro Monat geltend (act. 5/1 S. 8). Ob dem Kläger von den Mietkosten wie an der erwähnten Stelle geltend gemacht mehr als die Hälfte anzurechnen ist (da er die beiden Kinder zu Besuch habe, vgl. act. 5/1 S. 6), kann offen bleiben, da auch bei Berücksichtigung nur des hälftigen Mietzinses (d.h. wenn seiner Partnerin die Hälfte angerechnet wird) noch ein (kleineres) Manko resultiert. Auf der Vermögensseite sind neben der vollumfänglich fremdfinanzierten Liegenschaft (vgl. vorne II./1.1 sowie act. 5/1 S. 5, 9 und act. 5/10 S. 4 unten) lediglich geringfügige Barbeträge auf den beiden ausgewiesenen Bankkonten des Klägers vorhanden (act. 5/4/11-12).

3.2 Das Einkommen des Klägers stammt aus der H. \_\_\_\_\_ GmbH, deren Geschäftsführer und einziger Gesellschafter gemäss Handelsregister er selber ist. Da in dieser Konstellation auf das Einkommen und Vermögen der GmbH durchgegriffen werden kann, wurde der Kläger angehalten, sich zur finanziellen Situation der H. \_\_\_\_\_ GmbH und zur Zumutbarkeit des Bezugs liquider Mittel von ihr zu äussern (act. 6).

Mit Eingabe vom 24. Juni 2016 machte der Kläger geltend, die H.\_\_\_\_\_ GmbH habe 2015 einen Verlust von Fr. 5'746.64 und 2014 einen Verlust von Fr. 6'057.48 erwirtschaftet (act. 10 S. 2). Für das Jahr 2015 belegte er das mit Vorlage der Bilanz und Erfolgsrechnung per 31. Dezember 2015 (act. 11/1). Weiter erklärte der Kläger, er wickle keine Privataufwände über die GmbH ab und in der GmbH würden sich keine liquiden Mittel befinden, die für die Deckung der Gerichts- und Anwaltskosten herangezogen werden könnten (act. 10 S. 2).

Gemäss der bereits erwähnten Bilanz der H.\_\_\_\_\_ GmbH ergibt sich, dass die GmbH am 31. Dezember 2015 über liquide Mittel von Fr. 32'370.00 verfügte (act. 11/1). Im Wesentlichen geht es dabei um das Postfinance-Konto ... der GmbH, welches per 31. Dezember 2015 einen Saldo von Fr. 29'762.72 aufwies (act. 11/1) und am 21. Juni 2016 Fr. 32'749.67; am 23. Juni 2016 erfolgten allerdings Lastschriften über rund Fr. 12'000.00 (act. 11/2).

Aus der erwähnten Bilanz 2015 ergibt sich weiter ein auf der Passivseite geführtes, aber einen Saldo von Fr. 42'309.10 zugunsten der Gesellschaft aufweisendes "Kontokorrentkonto A.\_\_\_\_\_", bei welchem es sich mutmasslich um das Privatkonto des Klägers handelt (act. 11/1 S. 3). Dass der Kläger keinerlei Privataufwendungen über die GmbH abwickeln würde, ist danach nicht ohne weiteres klar. Das fällt aber nicht entscheidend ins Gewicht. Aus wirtschaftlicher Sicht ist davon auszugehen, dass die Unternehmung des Klägers über ein angemessenes Liquiditätspolster verfügen muss. Das gilt insbesondere angesichts der aufgezeigten Verluste. Insgesamt kann somit angenommen werden, dass der Kläger der Gesellschaft keine Mittel für die Deckung der Prozesskosten entnehmen kann, zumal sich diese zuletzt bereits stark reduziert haben. Der Kläger erweist sich daher als mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO. Da die Berufung nicht aussichtslos war (Art. 117 lit. b ZPO) und sich die anwaltliche Vertretung als notwendig erweist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO), ist das Gesuch des Klägers um Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin für das Berufungsverfahren gutzuheissen.

3.3 Auch die Beklagte verweist für ihre Mittellosigkeit auf ihre Ausführungen vor der Vorinstanz (act. 8 S. 7). Sie macht für sich und die Kinder einen Bedarf von Fr. 5'549.60 geltend und verweist auf ihr Einkommen von Fr. 2'357.65

pro Monat. Damit und mit den Unterhaltsbeiträgen gemäss Eheschutz (vgl. act. 5/4/16) vermag die Beklagte ihren Bedarf gerade zu decken (wobei sie noch darauf hinweist, die ältere Tochter decke mit ihrem Lehrlingslohn von Fr. 970.00 ihre Mobilitäts- und auswärtigen Verpflegungskosten sowie ihre Freizeitaktivitäten, vgl. act. 5/10 S. 6 ff. und act. 5/13/11-13). Ferner ergeben sich aus den ausgewiesenen Kontoauszügen nur geringfügige Vermögenswerte der Beklagten (act. 5/13/16-17; vgl. auch die Steuererklärung 2014, act. 5/13/14).

Auch die Beklagte erweist sich daher als mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO. Da auch ihr Standpunkt nicht aussichtslos war (Art. 117 lit. b ZPO), ist ihr Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gutzuheissen. Die anwaltliche Vertretung erweist sich als notwendig (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Der Beklagten ist daher in der Person ihres Rechtsvertreters ein unentgeltlicher Rechtsbeistands für das Berufungsverfahren zu bestellen.

3.4 Die dem Kläger aufgrund seines Obsiegens geschuldete Parteientschädigung steht infolge prozessrechtlicher Legalzession direkt seiner unentgeltlichen Rechtsbeistandin zu (vgl. BK ZPO-BÜHLER, Art. 122 ZPO N 59). Allerdings sind beide Parteien nach dem Gesagten mittellos. Dies führt zur Annahme, dass die Parteientschädigung uneinbringlich ist. Sie ist der Rechtsvertreterin daher aus der Gerichtskasse zu bezahlen. Der Anspruch auf die uneinbringliche Parteientschädigung geht dadurch auf den Kanton über (Art. 122 Abs. 2 ZPO).

3.5 Der unentgeltliche Rechtsbeistand der Beklagten ist aus der Gerichtskasse zu entschädigen (Art. 122 Abs. 1 lit. a ZPO). Für die Bemessung der Entschädigung und das Verhältnis zum Streitwert gilt das zur Festsetzung der Parteientschädigung Gesagte sinngemäss (vgl. vorne III./1.2 sowie § 23 AnwGebV). Eine Entschädigung von Fr. 1'400.00 ist angemessen, auch unter Berücksichtigung des Zeitaufwands (act. 14).

Zudem sind die Barauslagen von Fr. 50.00 (Auslagen ab 21. Juni 2016, vgl. act. 14) zu ersetzen und ist der beantragte Mehrwertsteuerzuschlag von 8% zu gewähren (vgl. Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 17. Mai 2006 über die Mehrwertsteuer, mit Ergänzung vom 17. September 2010).

**Es wird beschlossen:**

1. Das Gesuch des Klägers und Berufungsklägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgeschrieben, soweit es die Bezahlung von Gerichtskosten betrifft.
2. Dem Kläger und Berufungskläger wird für das vorliegende Berufungsverfahren in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
3. Der Beklagten und Berufungsbeklagten wird für das vorliegende Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt, und es wird ihr in der Person von Fürsprecher Y. \_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
4. Mitteilung und Rechtsmittel richten sich nach dem nachfolgenden Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird gutgeheissen, und die Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 20. April 2016 wird aufgehoben.
2. Der Prozess wird zur Ergänzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'800.00 festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten und Berufungsbeklagten auferlegt und infolge der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht der Beklagten und Berufungsbeklagten nach Art. 123 Abs. 1 ZPO bleibt vorbehalten.

5. Die von der Beklagten und Berufungsbeklagten der unentgeltlichen Rechtsbeiständin des Klägers und Berufungsklägers, Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_, geschuldete Parteientschädigung wird auf Fr. 2'433.00 zuzüglich Fr. 194.65 (8 % Mehrwertsteuer auf Fr. 2'433.00) also total Fr. 2'627.65 festgesetzt.

Die Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_ zugesprochene Parteientschädigung von total Fr. 2'627.65 wird der Rechtsbeiständin aus der Gerichtskasse ausbezahlt.

Ihr Anspruch gegen die Beklagte und Berufungsbeklagte auf die uneinbringliche Parteientschädigung geht an den Kanton Zürich (Obergerichtskasse) über (Art. 122 Abs. 2 ZPO).

6. Fürsprecher Y.\_\_\_\_\_ wird für seine Bemühungen und Barauslagen als unentgeltlicher Rechtsbeistand der Beklagten und Berufungsbeklagten im vorliegenden Berufungsverfahren mit Fr. 1'450.00 zuzüglich Fr. 116.00 (8 % Mehrwertsteuer auf Fr. 1'450.00) also total Fr. 1'566.00 aus der Gerichtskasse entschädigt.

Die Nachzahlungspflicht der Beklagten und Berufungsbeklagten gemäss Art. 123 Abs. 1 ZPO bleibt vorbehalten.

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger und Berufungskläger unter Beilage des Doppels von act. 8, an die Beklagte und Berufungsbeklagte unter Beilage des Doppels von act. 10 und einer Kopie von act. 16, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Dielsdorf, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.
8. 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. 98 BGG.  
Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt  
Fr. 30'000.00.  
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am: