

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LY200032-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichterin  
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie  
Gerichtsschreiberin lic. iur. G. Ramer Jenny

## Beschluss vom 2. November 2020

in Sachen

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

Kläger und Berufungskläger

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

gegen

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

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y.\_\_\_\_\_,

sowie

**C.**\_\_\_\_\_,

Verfahrensbeteiligter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Z.\_\_\_\_\_,

betreffend **Ehescheidung (Abänderung vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Affoltern vom 22. Juni 2020 (FE160050-A)**

**Rechtsbegehren:**

(Urk. 6/179 S. 1 f.)

- "1. Die Betreuung C. \_\_\_\_\_s sei entsprechend der Teilvereinbarung der Parteien vom 16. und 17. Mai 2019 zu regeln, konkret, der Vater sei zu berechtigen und zu verpflichten, die Betreuungsverantwortung für den Sohn, C. \_\_\_\_\_, auf eigene Kosten wie folgt zu übernehmen:
  - a. jeden zweiten Mittwoch nach Schulschluss bis 17.30 Uhr
  - b. jedes zweite Wochenende von Donnerstagabend, 17.00 Uhr bis Sonntagabend, 17.00 Uhr
  - c. drei Wochen Ferien pro Jahr während den Schulferien.
2. Der Beklagten sei für jeden Tag der Nichterfüllung der Teilvereinbarung vom 16. und 17. Mai 2019 eine angemessene Ordnungsbusse aufzuerlegen; eventualiter sei ihr die Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall anzudrohen."

**Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht**

**Affoltern vom 22. Juni 2020:**

(Urk. 6/230 S. 15 f. = Urk. 2 S. 15 f.)

1. Der Kläger wird im Rahmen vorsorglicher Massnahmen für berechtigt erklärt und verpflichtet, die Betreuungsverantwortung für den Sohn C. \_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2012, auf eigene Kosten wie folgt zu übernehmen:
  - a. jeden zweiten Mittwoch, beginnend ab 1. Juli 2020, nach Schulschluss bis 17.00 Uhr;
  - b. jedes zweite Wochenende, beginnend ab 10. Juli 2020, von Freitagabend, 17.00 Uhr, bis Sonntagabend, 17.00 Uhr;
  - c. drei Wochen Ferien pro Jahr während den Schulferien, wobei die Eltern die Aufteilung der Ferien jeweils mindestens drei Monate im Voraus miteinander abzusprechen haben.

Weitergehende oder abweichende Betreuungsregeln nach gegenseitiger Absprache bleiben vorbehalten.

Ist ein Elternteil aus welchen Gründen auch immer nicht in der Lage, die Betreuung gemäss dem hier vereinbarten Betreuungsplan selber zu übernehmen, ist er verpflichtet, für eine angemessene Betreuung des Sohnes durch Drittpersonen auf eigene Kosten besorgt zu sein. Eine Anfrage an den anderen Elternteil ist möglich; dieser ist jedoch nicht verpflichtet, die Betreuung zu übernehmen.
2. Die Parteien und Eltern von C. \_\_\_\_\_ werden ermahnt, die gerichtlich festgelegten Betreuungszeiten durch den Vater strikte einzuhalten.
3. Im Übrigen werden die Anträge des Klägers gemäss seinem Gesuch vom 29. November 2019 abgewiesen.

4. (Schriftliche Mitteilung)
5. (Rechtsmittelbelehrung [Berufung, Frist 10 Tage])

### **Berufungsanträge:**

#### **des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 1 S. 2; sinngemäss):**

1. Dispositiv Ziffer 2 der Verfügung des Bezirksgerichts Affoltern vom 22. Juni 2020 sei aufzuheben und der Massnahmegegnerin und Berufungsbeklagten (in der Folge "Beklagte") sei stattdessen für jeden Tag der Nichterfüllung des gerichtlich angeordneten Besuchsrechts eine angemessene Ordnungsbusse anzudrohen; eventualiter sei ihr die Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall anzudrohen.
2. Dem Kläger sei für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihm Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich Mehrwertsteuer von 7.7%, zulasten der Beklagten.

#### **der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 10 S. 2):**

- "1. Die Berufung des Klägers und Berufungsklägers vom 6. Juli 2020 sei vollumfänglich abzuweisen und Dispositiv Ziff. 2 der Verfügung des Bezirksgerichts Affoltern a.A. vom 22. Juni 2020 sei zu bestätigen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7.7% Mehrwertsteuer) zu Lasten des Klägers und Berufungsklägers."

#### **Prozessualer Antrag: (sinngemäss)**

Es sei der Beklagten und Berufungsbeklagten für das vorliegende Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und ihr Rechtsanwältin lic. iur. Y. \_\_\_\_\_ als unentgeltliche Prozessbeiständin zu bestellen.

### **Erwägungen:**

1. Am 10. Juni 2016 machte der Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger) beim Bezirksgericht Affoltern die Scheidungsklage anhängig (Urk. 6/1). Der weitere Prozessverlauf kann dem angefochtenen Entscheid entnommen werden

(Urk. 2 S. 3 ff.). Mit Verfügung vom 22. Juni 2020 ordnete die Vorinstanz im Rahmen vorsorglicher Massnahmen die vorstehend widergegebene Betreuungsregelung für den Sohn C.\_\_\_\_\_ an und ermahnte die Eltern, die gerichtlich festgelegten Betreuungszeiten strikte einzuhalten (Urk. 6/230 S. 15 f. = Urk. 2 S. 15 f.).

2. Dagegen erhob der Kläger am 6. Juli 2020 rechtzeitig Berufung mit den eingangs aufgeführten Anträgen (Urk. 1). Die Beklagte und Berufungsbeklagte (nachstehend Beklagte) erstattete am 27. August 2020 innert Frist die Berufungsantwort (Urk. 9; Urk. 10). Mit Verfügung vom 1. September 2020 wurde dem Kindesvertreter Frist zur Stellungnahme zu den Rechtsschriften der Parteien und dem Kläger Frist zur Novenstellungnahme angesetzt (Urk. 13 S. 3). Am 18. September 2020 reichte der Kindesvertreter seine Stellungnahme (Urk. 15) ein.

Mit Eingabe vom 25. September 2020, hierorts eingegangen am 28. September 2020, zog der Kläger vor Ablauf der erstreckten Frist zur Novenstellungnahme die Berufung zurück. Gleichzeitig hielt er an seinem Antrag auf Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege fest (Urk. 17). Am 30. September 2020 reichte der Kindesvertreter seine Kostennote ein, die den Parteien zur Kenntnis gebracht wurde (Urk. 19). Mit Eingabe vom 13. Oktober 2020 beantragte die Beklagte die Abschreibung des Verfahrens unter Kostenaufgabe an den Kläger und die Zusprechung einer Parteientschädigung in dargetaner Höhe (Urk. 24; Urk. 23 S. 1 f.). Eventualiter halte sie für den Fall einer abweichenden Kosten- und Entschädigungsregelung durch das Gericht an ihrem Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege fest (Urk. 23 S. 2, 4). Auch diese Eingabe wurde der Gegenpartei und dem Verfahrensbeteiligten zur Kenntnis zugestellt. Eine weitere Eingabe des Klägers erfolgte am 26. Oktober 2020 (Urk. 26).

3. Infolge Rückzugs der Berufung ist das Verfahren abzuschreiben.

4.1. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1, § 8 Abs. 1 und § 10 Abs. 1 Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) auf Fr. 1'500.– festzusetzen.

Die Kosten der Kindesvertretung im Umfang von 1'025.65 (Urk. 19) sind als Teil der Gerichtskosten den Eltern entsprechend der Verteilung der Prozesskosten aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 lit. a i.V.m. Abs. 2 lit. e ZPO; Art. 106 ZPO).

4.2. Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens dem Kläger aufzuerlegen und er ist zu verpflichten, der Beklagten eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Diese bemisst sich gestützt auf die Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV) nach der Verantwortung der Rechtsvertretung, dem notwendigen Zeitaufwand und der Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1, § 5 Abs. 1 AnwGebV). Vorliegend ist angesichts der strittigen Kinderbelange (Vollstreckung des Besuchsrechts) von einem einfacheren Schwierigkeitsgrad rechtlicher Natur und einer mittleren Verantwortung auszugehen, weshalb die von der Beklagten beantragte, innerhalb des Tarifr Rahmens liegende Parteientschädigung von Fr. 3'841.75 (inkl. Mehrwertsteuer, Urk. 23, Urk. 24; vgl. § 6 Abs. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1, § 9, § 11 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV), der Verantwortung, dem Aufwand (12.55 Stunden) und der Schwierigkeit des Falles als noch angemessen erscheint. Sie ist daher antragsgemäss festzusetzen.

5.1. Beide Parteien ersuchen für das Berufungsverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 1 S. 2; Urk. 10 S. 2), wobei die Beklagte nur insoweit daran festhalte, als die Verteilung der Kosten- und Entschädigungsfolgen nicht antragsgemäss erfolge (Urk. 23 S. 2, 4).

5.2. Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Wer diese Bedingungen erfüllt, hat ausserdem Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand, soweit dies zur Wahrung seiner Rechte notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Für die Beurteilung der Frage, ob eine Partei als mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO zu betrachten ist, sind ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse zu berücksichtigen, und zwar im Zeitpunkt der Gesuchsstellung (Mohs, OFK-ZPO, ZPO 117 N 5). Der Anspruch auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist subsidiär zum Anspruch auf Prozesskostenvorschuss resp. -beitrag unter Ehegatten

(BGE 138 III 672 E. 4.2.1). Wird kein entsprechender Antrag gestellt, ist von einer anwaltlich vertretenen Partei darzutun, weshalb ihrer Ansicht nach auf einen Prozesskostenvorschuss zu verzichten ist. Wird dies unterlassen, muss kein Hinweis im Sinne von Art. 56 ZPO erfolgen, dient doch die richterliche Fragepflicht nicht dazu, prozessuale Nachlässigkeiten auszugleichen. Die Leistung eines Prozesskostenvorschusses setzt sodann voraus, dass der ansprechende Ehegatte nicht selbst über die nötigen Mittel verfügt, um das Verfahren zu führen. Verlangt ist – wie bei der unentgeltlichen Rechtspflege – eine tatsächliche Bedürftigkeit (vgl. BGer 5A\_103/2014 vom 4. Juni 2014, E. 6 m.Hinw.).

5.3. Der Kläger hat im Berufungsverfahren keinen Antrag auf Leistung eines Prozesskostenbeitrages gestellt. Auch hat er mit keinem Wort dargelegt, weshalb ein solcher vorliegend aussichtslos wäre (Urk. 1). Das Gericht ist nicht verpflichtet, die Akten nach möglichen Hinweisen und Anhaltspunkten zu durchforsten, die auf ein Fehlen des Anspruchs auf Prozesskostenvorschuss schliessen lassen (BGer 5A\_556/2014 vom 4. März 2015 E. 3.2.). Allerdings hat im Berufungsverfahren auch die Beklagte ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt und dieses hinlänglich begründet und belegt (Urk. 10 S. 13 ff.; Urk. 12/1-12). Angesichts ihrer glaubhaft gemachten Mittellosigkeit erscheint die Aussichtslosigkeit eines Gesuchs um Prozesskostenbeitrag beziehungsweise die Überflüssigkeit einer entsprechenden Erörterung trotz unzureichender Vorbringen des Klägers gerade noch genügend augenfällig, sodass es überspitzt formalistisch erscheint, dennoch eine solche zu verlangen (vgl. auch BGer 5A\_244/2019 vom 15. April 2019, E. 4). Auf das Begehren des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist demzufolge einzutreten.

5.4. Im massgeblichen Zeitpunkt der Einreichung seines Gesuchs verbleibt dem Kläger von seinem monatlichen Nettoeinkommen von durchschnittlich Fr. 7'044.– (Fr. 6'640.– zuzüglich Fr. 404.– variabler Lohnanteil; Urk. 1 S. 10; Urk. 4/4-6) nach Deckung seines Bedarfs von Fr. 6'922.– (inkl. Unterhaltsbeiträge von Fr. 2'900.–; Urk. 1 S. 10; Urk. 4/1-3; Urk. 6/113) ein monatlicher Überschuss von Fr. 122.–. Diesen wird er zur Deckung seines erweiterten Bedarfs, namentlich seiner Steuerverbindlichkeiten, zu verwenden haben. Über massgebliches Vermögen verfügt

der Kläger nicht, hingegen über Schulden (Urk. 17 S. 2; Urk. 18/2; Urk. 6/61/4). Damit ist seine Bedürftigkeit im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung glaubhaft gemacht. Ab 16. August 2020 reduzierte sich sein Bedarf aufgrund der Reduktion seiner Wohnkosten um Fr. 674.– (Urk. 17 S. 2; Urk. 18/1; Urk. 4/1), wodurch ein monatlicher Überschuss von Fr. 796.– resultiert. Auch dieser Überschuss ermöglicht es ihm nach Abzug der Steuerbetreffnisse nicht, die Kosten des als wenig aufwändig zu qualifizierenden Berufungsverfahrens von rund Fr. 10'280.– (Fr. 2'525.65 Gerichtskosten, Fr. 3'850.– Parteientschädigung Beklagte, geschätzt Fr. 3'900.– eigene Anwaltskosten) innert Jahresfrist zu tilgen (BGE 141 III 369 E. 4.1). Damit ist die Bedürftigkeit des Klägers im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO zu bejahen.

Sein Prozessstandpunkt kann im vorliegenden familienrechtlichen Verfahren nicht als von vornherein aussichtslos bezeichnet werden. Zudem war der rechtsunkundige Kläger für die sachgerechte Wahrung seiner Rechte im Berufungsverfahren auf anwaltlichen Beistand angewiesen. Sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist demzufolge zu bewilligen und es ist ihm in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Die unentgeltliche Rechtspflege befreit nicht von der Bezahlung einer Parteientschädigung an die Beklagte (Art. 118 Abs. 3 ZPO; vgl. vorstehend E. 4.2.)

5.5. Die Beklagte ist im Berufungsverfahren nicht kostenpflichtig und wird antragsgemäss entschädigt. Nachdem sie an ihrem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (nur) für den Fall einer nicht antragsgemässen Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen festhält (Urk. 23 S. 2, 4), ist es abzuschreiben.

#### **Es wird beschlossen:**

1. Dem Kläger wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und es wird ihm in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
2. Das Gesuch der Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgeschrieben.

3. Das Berufungsverfahren wird beschrieben.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt. Die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 1'025.65 Kosten der Kindesvertretung.
5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt, jedoch zufolge der ihm gewährten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
6. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'841.75 zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Vorinstanz, an die Beklagte unter Beilage von Urk. 26, an die Vorinstanz unter Beilage der erstinstanzlichen Akten, je gegen Empfangsschein.
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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 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.

Die Anfechtung einer Parteierklärung (Vergleich, Anerkennung oder Rückzug des Begehrens) hat nicht mit Beschwerde an das Bundesgericht, sondern mit Revision beim Obergericht zu erfolgen (Art. 328 ff. ZPO).

Zürich, 2. November 2020

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. G. Ramer Jenny

versandt am:  
rl