

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY210046-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili

Beschluss vom 24. November 2021

in Sachen

A._____

Beklagter und Berufungskläger

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwältin MLaw A._____,

gegen

B._____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y._____,

betreffend **Abänderung des Scheidungsurteils**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes (5. Abteilung) des Bezirksgerichtes Zürich vom 6. Oktober 2021; Proz. FP210075

Erwägungen:

1. Die Parteien stehen sich seit dem 14. Juli 2021 in einem Verfahren auf Abänderung und Ergänzung des Scheidungsurteils vor dem Einzelgericht, 5. Abteilung, des Bezirksgerichtes Zürich gegenüber (act. 7/1). In diesem Verfahren regelte das Einzelgericht mit Verfügung vom 6. Oktober 2021 im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen die Betreuungsverantwortung für die beiden gemeinsamen Kinder C._____, geb. am tt. mm. 2010, und D._____, geb. am tt. mm. 2012, in Abänderung des Scheidungsurteils des Bezirksgerichtes Zürich vom 3. April 2019 neu und ordnete für die Kinder eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB an (act. 7/31 = act. 6).

2. Gegen diesen Entscheid erhob der Berufungskläger mit Eingabe vom 18. Oktober 2021 Berufung bei der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich mit den folgenden Rechtsbegehren (act. 2):

"1. Ziffer 1 der Verfügung vom 6. Oktober 2021 des Bezirksgerichts Zürich, 5. Abteilung - Einzelgericht, Geschäfts-Nr. FP210075-L, sei aufzuheben bzw. wie folgt abzuändern:

In einstweiliger Abänderung der Dispositiv-Ziffer 4. 2 fit. c) des Scheidungsurteils vom 3. April 2019 des Bezirksgerichts Zürich (FE180904-L) wird die Betreuungsverantwortung für die Kinder C._____, geboren am tt. mm. 2010, und D._____, geboren am tt. mm. 2012, wie folgt verteilt:

- der Beklagte [Berufungskläger] ist nach Auslaufen der GSG-Schutzmassnahmen einstweilen berechtigt und verpflichtet, die Betreuungsverantwortung für die Kinder C._____ und D._____ jeden Mittwoch, von 13.00 bis 18.00 Uhr, sowie jeden Samstag, von 13.00 bis 21.00 Uhr, auf eigene Kosten zu übernehmen;
- nach Bezug und Einrichtung der Wohnung an der E._____-strasse ... in ... Zürich ist der Beklagte [Berufungskläger] berechtigt und verpflichtet, die Betreuungsverantwortung für die Kinder C._____ und D._____ jeden Mittwoch von 13.00 bis Donnerstagmorgen, Schulbeginn, sowie jeden Samstag von 13.00 bis 21.00 Uhr, in den ungeraden Kalenderwochen bis Sonntag 18.00 Uhr, auf eigene Kosten zu übernehmen;
- der Beklagte [Berufungskläger] ist berechtigt und verpflichtet, nach Absprache mit der Beistandsperson eine weitergehende Betreuungsverantwortung für die Kinder zu übernehmen;

- in der übrigen Zeit werden die Kinder C._____ und D._____ von der Klägerin [Berufungsbeklagte] betreut.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. Mwt. T) zulasten der Berufungsbeklagten."

Gleichzeitig ersuchte der Berufungskläger um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverbeiständung.

Mit Schreiben vom 19. November 2021 zog der Berufungskläger die Berufung nunmehr zurück (act. 10). Das Verfahren ist entsprechend abzuschreiben (Art. 241 ZPO).

3. Es bleibt das Gesuch des Berufungsklägers um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverbeiständung zu beurteilen. Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 lit. a und b ZPO). Als bedürftig gilt, wer die erforderlichen Gerichts- und Parteikosten nur bezahlen kann, indem er die Mittel heranzieht, die er eigentlich zur Deckung seines Grundbedarfs braucht, wobei verlangt wird, dass die gesuchstellende Person sämtliche eigenen Hilfsmittel zur Finanzierung des Prozesses ausschöpft, so etwa Bargeld, die eigene Arbeitskraft oder einen Kredit, den sie aufgrund ihrer Vermögenslage erwarten darf (ZK ZPO-EMMEL, 3. Aufl. 2016, Art. 117 N 4; BGer 4D_30/2009 vom 01.07.2009 E. 5.1; BGE 128 I 225 E. 2.5.1). Die Bedürftigkeit ist zu verneinen, wenn der verbleibende Überschuss es ermöglicht, die Prozesskosten bei weniger aufwändigen Prozessen innert eines Jahres und in anderen Fällen innert zwei Jahren zu tilgen (ZK ZPO-EMMEL, 3. Aufl. 2016, Art. 117 N 12; BGE 135 I 221 E. 5.1).

Gestützt auf die vom Berufungskläger eingereichten Unterlagen, namentlich die Budgets des Sozialzentrums F._____ von Juni bis November 2021, die Steuererklärung 2020 und die provisorische Rechnung für die Staats- und Gemeindesteuern 2021 (act. 4/8-16 und act. 11/1), gilt seine Bedürftigkeit als ausgewiesen. Ferner kann in Status- und Ehesachen in der Regel nicht von Aussichtslosigkeit die Rede sein und der Berufungskläger vertrat im Berufungsverfahren keinen von vornherein aussichtslosen Standpunkt. Dem Berufungskläger ist daher für das

Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen. Ihm ist in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

4. Ausgangsgemäss wird der Berufungskläger kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidgebühr ist auf Fr. 300.-- festzusetzen (§§ 2, 5, 6, 8, 10 und 12 GebV OG), dem Berufungskläger aufzuerlegen und zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege unter Vorbehalt der Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO einstweilen auf die Staatskasse zu nehmen (Art. 122 Abs. 1 lit. c ZPO). Eine Parteientschädigung an die Berufungsbeklagte ist mangels zu entschädigender Umtriebe nicht zuzusprechen. Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ ist für ihre Bemühungen als unentgeltliche Rechtsbeiständin des Berufungsklägers unter Vorbehalt der Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO aus der Staatskasse zu entschädigen. Nach Einsicht in die Eingabe vom 19. November 2021 mit der Zusammenstellung der Bemühungen und Barauslagen von Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ (act. 11/2) erscheint die von dieser verlangte Entschädigung in Höhe von Fr. 1'628.--, zuzüglich 7.7 % Mehrwertsteuer, total Fr. 1'753.35, als angemessen (§ 2, § 5 f., § 9, § 11 und § 13 AnwGebV).

Es wird beschlossen:

1. Dem Berufungskläger wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt.
2. Dem Berufungskläger wird für das Berufungsverfahren Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
3. Das Verfahren wird abgeschrieben.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 300.-- festgesetzt, dem Berufungskläger auferlegt und zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Staatskasse genommen.

Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ wird für ihre Bemühungen und Barauslagen als unentgeltliche Rechtsbeiständin des Berufungsklägers im Berufungsverfahren aus der Gerichtskasse mit Fr. 1'753.35 (inkl. 7.7% Mehrwertsteuer) entschädigt.

Die Nachzahlungspflicht des Berufungsklägers gemäss Art. 123 Abs. 1 ZPO bleibt vorbehalten.

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungskläger persönlich, an seine Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ und unter Beilage von act. 2 und act. 10 an die Berufungsbeklagte, sowie an das Einzelgericht, 5. Abteilung, des Bezirksgerichtes Zürich und an die Obergerichtskasse unter Beilage des Einzahlungsscheins, 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 und ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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).

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

i.V. die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Kröger

versandt am: