

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY220025-O/U

damit vereinigt Geschäfts Nr. PC220020-O

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichter Dr. M. Sarbach
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Häfeli

Beschluss vom 31. Oktober 2022

in Sachen

A._____,

Beklagte, Gesuchstellerin, Berufungsklägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B._____,

Kläger, Gesuchsgegner, Berufungsbeklagter und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y._____,

betreffend **Ehescheidung auf Klage (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung und Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im
ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 28. Februar
2022; Proz. FE190041**

Vorsorgliches Massnahmenbegehren der Beklagten und Gesuchstellerin:

(act. 5/51 S. 1 f.)

1. In Abänderung des Eheschutzurteils vom 21. Mai 2019 sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, ab Antragsstellung der Gesuchstellerin für die Barauslagen des Sohnes C._____ einen Barunterhalt von CHF 1'830 monatlich und einen Barunterhalt für den Sohn D._____ von CHF 1'675, zuzüglich allfällige gesetzliche und vertragliche Kinder- und Familienzulagen, gerichtsüblich indexiert, bis zum Abschluss einer angemessenen Ausbildung eines jeden Kindes, dies jeweils monatlich im Voraus auf den ersten eines jeden Monats zu bezahlen, auch über die Mündigkeit hinaus.
2. In Abänderung des Eheschutzurteils sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, ab Antragsstellung der Gesuchstellerin einen persönlichen Unterhalt (eventualiter Betreuungsunterhalt) von monatlich insgesamt CHF 2'280 zu bezahlen, zahlbar monatlich jeweils im Voraus auf den ersten eines jeden Monats, für die weitere Dauer des Verfahrens.
3. Die Gesuchstellerin behält sich vor, die obigen Anträge auf Unterhalt zu modifizieren, sobald der Gesuchsgegner die unten aufgeführten Unterlagen (vgl. Editionsantrag) eingereicht hat.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zulasten des Gesuchsgegners.

Prozessuale Anträge:

Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, 20 Tage vor der Hauptverhandlung die folgenden Unterlagen zu edieren:

- Buchhaltungsbelege der E._____ AG für die Geschäftsjahre 2018 und 2019, namentlich die Buchhaltungsbelege für seine Repräsentationsspesen und Transportkosten.
- Jahresrechnungen 2019 und 2020 der E._____ AG des Gesuchsgegners.
- Veranlagungsverfügungen der kt. Steuerverwaltung der Jahre 2017, 2018 und 2019 (falls nicht vorhanden: Belege, dass noch nicht verfügt) der E._____ AG.
- Lohnausweis 2020 des Gesuchsgegners, monatliche Lohnabrechnungen Jan. - Urteilszeitpunkt des Gesuchsgegners"

Verfügungen des Bezirksgerichts:

(act. 3 = act. 5/74 = act. 6)

1. Auf das Editionsbegehren der Beklagten wird nicht eingetreten.

[Mitteilung / Rechtsmittel]

1. Das Massnahmebegehren der Beklagten wird abgewiesen.
2. Der Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird dem Entscheider vorbehalten.

[Mitteilung / Rechtsmittel]

Berufungsanträge:

der Beklagten, Gesuchstellerin, Berufungsklägerin und Beschwerdeführerin
(act. 2 S. 2 i.V.m. act. 31 S. 1):

- " 1. Dispositiv Ziff. 1 des Urteils vom 28. Februar 2022 (Abweisung des Massnahmebegehrens) sei aufzuheben.

Stattdessen sei der Berufungsbeklagte zu verpflichten, in Abänderung des Eheschutzurteils vom 21. Mai 2019, ab Antragsstellung der Berufungsklägerin für die Barauslagen

des Sohnes C. _____ einen Barunterhalt von CHF 1'830 monatlich, ab 1. Mai 2022 CHF 2195, und

für den Sohn D. _____ von CHF 1'675,

jeweils zuzüglich allfällige gesetzliche und vertragliche Kinder- und Familienzulagen, gerichtsüblich indexiert, bis zum Abschluss einer angemessenen Ausbildung eines jeden Kindes, dies jeweils monatlich im Voraus auf den ersten eines jeden Monats zu bezahlen, auch über die Mündigkeit hinaus.

In Abänderung des Eheschutzurteils sei der Berufungsbeklagte zu verpflichten, ab Antragsstellung der Berufungsklägerin einen persönlichen Unterhalt (eventualiter Betreuungsunterhalt) von monatlich insgesamt CHF 2'280, ab 1. Mai 2022 von CHF 2533, zu bezahlen, zahlbar monatlich jeweils im Voraus auf den ersten eines jeden Monats, für die weitere Dauer des Verfahrens.

2. Alles unter gesetzlicher Kosten- und Entschädigungsfolge für das Berufungsverfahren zulasten der Beklagten und Berufungsbeklagten."

Prozessualer Antrag:

Der Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, die folgenden Unterlagen im Berufungsverfahren zu edieren:

- Sämtliche detaillierten Bankkontoauszüge aller seiner Bankkonti vom 1. Januar 2020 - 31. Dezember 2020.
- Jahresrechnungen 2019 und 2020 der E. _____ AG des Gesuchsgegners.
- Buchhaltungsbelege der E. _____ AG für die Geschäftsjahre 2018 und 2019, namentlich die Buchhaltungsbelege für seine Repräsentationsspesen und Transportkosten.
- Veranlagungsverfügungen der kt. Steuerverwaltung der Jahre 2017, 2018 und 2019 (falls nicht vorhanden: Belege, dass noch nicht verfügt) der E. _____ AG.
- Lohnausweise 2020 und 2021 des Berufungsbeklagten.

Der Berufungsbeklagte sei zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses von CHF 5'000 für dieses Berufungsverfahren zu verpflichten; eventualiter sei der Berufungsklägerin die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und ihr ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

[...]

Der Nicht-Eintretensentscheid in Bezug auf die Editionsanträge sei aufzuheben."

des Klägers, Gesuchsgegners, Berufungsbeklagten und Beschwerdegegners (act. 24 S. 3 f.):

- " 1. Es sei die Berufung der Beklagten abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

Eventualiter sei der Kläger in Abänderung von Dispositiv-Ziffer 4 des Eheschutzurteils des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 21. Mai 2019 zu verpflichten, der Beklagten an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung von D. _____ ab Rechtshängigkeit des Abänderungsverfahrens bis zum ordentlichen Abschluss seiner angemessenen Erstausbildung einen angemessenen, nach Durchführung des Beweisergebnisses noch abschliessend zu beziffernden monatlichen Kinderunterhaltsbeitrag, maximal aber CHF 708.35 im Monat zu bezahlen, zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragli-

che Kinder- und Familienzulagen, zahlbar monatlich im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats an die Beklagte.

Subeventualiter sei der Kläger in Abänderung von Dispositiv-Ziffer 4 des Eheschutzurteils des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 21. Mai 2019 zu verpflichten, der Beklagten an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung von C._____ und D._____ ab Rechtshängigkeit des Abänderungsverfahrens bis zum ordentlichen *Abschluss der jeweils angemessenen Erstausbildung* einen angemessenen, nach Durchführung des Beweisergebnisses noch abschliessend zu beziffernden monatlichen Kinderunterhaltsbeitrag, maximal aber CHF 689.05 im Monat bzw. eventualiter ab 1. August 2021 maximal CHF 790.70 im Monat für C._____ sowie CHF 708.35 im Monat für D._____ zu bezahlen, zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinder- und Familienzulagen, zahlbar monatlich im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats an die Beklagte.

2. Es sei die Beschwerde der Beklagten abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Beklagten.

Prozessuale Anträge:

1. Es sei der prozessuale Editionsantrag der Beklagten abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Es sei der Antrag der Beklagten um Verpflichtung des Klägers zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses von CHF 5'000.00 an die Beklagte abzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Beklagten."

Erwägungen:

1.
 - 1.1. Die Parteien sind seit dem tt. April 1994 miteinander verheiratet und haben die drei gemeinsamen Kinder F._____, geboren am tt. Oktober 2000, C._____, geboren am tt. mm. 2003, und D._____, geboren am tt. mm. 2008 (vgl. act. 5/3).
 - 1.2. Am Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Dielsdorf wurde ein Eheschutzverfahren durchgeführt, wo die Parteien unter Mitwirkung des Gerichts am 21. Mai 2019 eine Eheschutzvereinbarung schlossen (act. 5/8/22). Von dieser wurde im Urteil und Verfügung vom gleichen Tag Vor-

merk genommen und es wurde der Kläger, Gesuchsgegner, Berufungsbeklagte und Beschwerdegegner (nachfolgend: Gesuchsgegner) unter anderem verpflichtet, ab dem 1. Oktober 2018 für die Söhne C._____ und D._____ jeweils monatliche Kinderunterhaltsbeiträge von Fr. 1'425.-, zuzüglich allfälliger Kinderzulagen, zu leisten. Vom Zuspruch von Ehegattenunterhalt für die Beklagte, Gesuchstellerin, Berufungsklägerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Gesuchstellerin) wurde abgesehen (vgl. act. 5/8/23).

1.3. Am 4. März 2019 (act. 5/1) reichte der Gesuchsgegner beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Dielsdorf (nachfolgend: Vorinstanz) eine unbegründete Scheidungsklage gegen die Gesuchstellerin ein. Am 18. Juli 2019 fand eine Einigungsverhandlung statt, anlässlich derer die Parteien eine Teilvereinbarung betreffend Scheidungswillen, elterliche Sorge, Obhut und persönlichen Verkehr schlossen (Prot. Vi S. 10, act. 5/11–14). Mit Verfügung vom 2. Dezember 2019 wurde der Gesuchstellerin die unentgeltliche Rechtspflege gewährt (act. 5/16). Nachdem aussergerichtliche Vergleichsgespräche gescheitert waren, erfolgten prozessuale Schritte im Hauptverfahren, insbesondere die Durchführung des doppelten Schriftenwechsels (act. 5/17, act. 5/20, act. 5/26, act. 5/29, act. 5/32, act. 5/36, act. 5/41, act. 5/44 und act. 5/48).

1.4. Mit Eingabe vom 25. März 2021 stellte die Gesuchstellerin das eingangs wiedergegebene Massnahmenbegehren auf Abänderung des Eheschutzurteils (act. 5/51). Die Vorinstanz lud zu einer Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen vor und setzte dem Gesuchsgegner Frist zur schriftlichen Stellungnahme zum Massnahmenbegehren (act. 5/54 und act. 5/57). Innert erstreckter Frist nahm der Gesuchsgegner mit Eingabe vom 10. Mai 2021 zum Massnahmenbegehren Stellung (act. 5/58). Anlässlich der Massnahmenverhandlung vom 20. Juli 2021 liess sich die Gesuchstellerin abermals vernehmen (Prot. Vi S. 26 i.V.m. act. 5/61). Die Parteien einigten sich auf aussergerichtliche Vergleichsgespräche. Nachdem die Parteien der Vorinstanz das Scheitern der Vergleichsgespräche mitgeteilt hatten, wurde dem Kläger Frist zur schriftlichen Vernehmlassung zu den Noven angesetzt (act. 5/66–67 und act. 5/69). Dem kam der Gesuchsgegner mit Eingabe vom 9. November 2021 nach (act. 5/71). Die

Vorinstanz wies das Massnahmengesuch und das Editionsbegehren mit zwei Verfügungen vom 28. Februar 2022 (act. 5/74 = act. 3 = act. 6 [Aktenexemplar]) wie eingangs dargestellt ab. Die begründete Fassung des Entscheids wurde am 28. April 2022 an die Parteien versandt. In der Zwischenzeit reichte die Gesuchstellerin zwei Noveneingaben vom 28. März 2022 und vom 29. April 2022 bei der Vorinstanz ein (act. 5/77 und act. 5/80).

1.5. Gegen die Verfügung vom 28. Februar 2022 erhob die Gesuchstellerin mit Schriftsatz vom 9. Mai 2022 rechtzeitig sowohl Berufung als auch Beschwerde mit den eingangs erwähnten Anträgen (act. 2 und act. 17/2; zur Rechtzeitigkeit: act. 5/71/1). Es wurde ein Berufungs- und ein Beschwerdeverfahren angelegt. Die Gesuchstellerin reichte der Kammer Noveneingaben vom 23. Mai 2022, vom 13. Juni 2022 und vom 14. Juni 2022 ein (act. 8, act. 12 und act. 14). Mit Verfügung vom 11. Juli 2022 (act. 18) wurde dem Gesuchsgegner unter Beilage der erwähnten Noveneingaben Frist zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt und die Prozessleitung delegiert. Im gleichen Zuge wurde das vorliegende Berufungsverfahren mit dem Beschwerdeverfahren Geschäfts-Nr. PC220020-O vereinigt. Weil die Berufungsschrift dem Gesuchsgegner mit der letzterwähnten Verfügung nicht zugestellt worden war, wurde ihm die Frist zur Erstattung der Berufungsantwort mit Verfügung vom 19. Juli 2022 neu angesetzt (act. 20). Die Berufungsantwort vom 28. Juli 2022 ging innert Frist ein (act. 24). Die Gesuchstellerin reichte weitere Noveneingaben ein (act. 22, act. 26). Mit Verfügung vom 1. September 2022 wurden den Parteien die jeweiligen Eingaben der Gegenpartei – unter Hinweis, dass sie anlässlich einer Verhandlung Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten würden – zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 28). Die Parteien wurden auf den 11. Oktober 2022 zu einer Verhandlung zur Ausübung des Replikrechts und zur Führung von Vergleichsgesprächen vorgeladen (act. 30/1–2). Nach durchgeführter Verhandlung, an welcher zwischen den Parteien keine Einigung herbeigeführt werden konnte (vgl. Prot. S. 17), erklärte die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 12. Oktober 2022 den Rückzug ihrer Rechtsmittel (act. 35).

2.

Ein Klagerückzug hat die Wirkungen eines rechtskräftigen Entscheids. Das Verfahren ist abzuschreiben (vgl. Art. 241 Abs. 2 und 3 ZPO).

3.

Die Gesuchstellerin beantragt die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungs- und Beschwerdeverfahren (vgl. act. 2 S. 3; act. 17/2 S. 3). Die Voraussetzungen gemäss Art. 117 ZPO sind erfüllt. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist daher gutzuheissen und es ist der Gesuchstellerin in der Person von Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

4.

4.1. Die Entscheidgebühr berechnet sich im Kanton Zürich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG), welche im Zivilprozess unter Berücksichtigung von Zeitaufwand und Schwierigkeit des Falles streitwertabhängige Gebühren vorsieht (§ 2 Abs. 1 lit. a, c und d GebV OG). Dem tragen die Tarife gemäss §§ 4 ff. GebV OG Rechnung.

Der Streitwert bemisst sich nach der Differenz zwischen den im abzuändernden Eheschutzentscheid zugesprochenen und den in der Berufungsschrift begehrten Unterhaltsbeiträgen, jeweils ab dem 25. März 2021. Da im Scheidungsverfahren der zweite Schriftenwechsel bereits durchgeführt worden ist, kann von einer mutmasslichen weiteren Dauer des Scheidungsverfahrens von etwa einem halben Jahr ausgegangen werden. Der Streitwert beträgt daher rund Fr. 80'800.–. Die Gebühr für das Berufungs- und Beschwerdeverfahren wird in Anwendung von § 4 Abs. 1, 2 und 3, § 8 Abs. 1, § 10 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 1'300.– festgesetzt und ausgangsgemäss der Gesuchsgegnerin auferlegt, zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung jedoch einstweilen auf die Staatskasse genommen.

4.2. Die Parteientschädigung ist im Kanton Zürich nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren des Obergerichts vom 8. September 2010 (AnwGebV OG) fest-

zulegen. Mit Blick auf den Streitwert und gestützt auf § 2 Abs. 1 lit. a und Abs. 2, § 4 Abs. 1, 2 und 3, § 9, § 11 Abs. 1 sowie § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV OG ist sie für das Berufungs- und Beschwerdeverfahren auf insgesamt Fr. 3'500.– (inkl. 7.7 % MwSt.) festzusetzen. Entsprechend ist die Gesuchstellerin ausgangsgemäss zu verpflichten, dem Gesuchsgegner für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung in dieser Höhe zu bezahlen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Berufungsklägerin und Beschwerdeführerin um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege wird gutgeheissen und es wird ihr Rechtsanwalt Dr. iur. X._____, ... [Adresse] als unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt.
2. Das Verfahren wird als erledigt abgeschlossen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf Fr. 1'300.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Berufungsklägerin und Beschwerdeführerin auferlegt, jedoch zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.

Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

5. Die Berufungsklägerin und Beschwerdeführerin wird verpflichtet, dem Berufungsbeklagten und Beschwerdegegner für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'500.– (inkl. 7.7 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten und Beschwerdegegner unter Beilage einer Kopie von act. 35, und an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt rund Fr. 80'000.–.

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:

MLaw R. Schneebeili

versandt am: