

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LY230017-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichter  
lic. iur. M. Spahn und Oberrichterin lic. iur. B. Schärer sowie  
Gerichtsschreiberin MLaw D. Frangi

## **Beschluss vom 15. Februar 2024**

in Sachen

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

Beklagte und Berufungsklägerin

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

gegen

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

Kläger und Berufungsbeklagter

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

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Ver-  
fahren am Bezirksgericht Bülach vom 5. Mai 2023 (FE220169-C)**

### **Erwägungen:**

1. Die Parteien stehen sich seit dem 7. Juli 2022 in einem Scheidungsverfahren gegenüber. Zuvor einigten sie sich im Eheschutzverfahren EE200077-C mit gerichtlich genehmigter Teilvereinbarung vom 24. September 2020 auf die Zuweisung der ehelichen Liegenschaft zur alleinigen Benutzung an die Beklagte und Berufungsklägerin (fortan Beklagte). Das Eheschutzurteil datiert vom 18. Juni 2021 (Urk. 7/19/2).

2.1. Mit Eingabe vom 24. Januar 2023 beantragte der Kläger und Berufungsbe-  
klagte (fortan Kläger) u.a., die Beklagte sei zu verpflichten, die eheliche Wohnung  
per 30. Juni 2023 zu verlassen (Urk. 7/48). Der vorinstanzliche Prozessverlauf kann  
der angefochtenen Verfügung vom 5. Mai 2023 entnommen werden (Urk. 7/63 S. 3  
= Urk. 2 S. 3).

2.4. Die Vorinstanz wies die eheliche Liegenschaft mit Verfügung vom 5. Mai 2023  
in Abänderung des Eheschutzurteils vom 18. Juni 2021 (Urk. 7/19/2) dem Kläger  
zur alleinigen Benutzung zu und verpflichtete die Beklagte, die Liegenschaft bis  
spätestens 31. Juli 2023 zu verlassen (Urk. 2 S. 13 Dispositivziffer 1). Weiter  
schrieb die Vorinstanz das klägerische Gesuch um Zustimmung der Beklagten zum  
Verkauf der Liegenschaft als gegenstandslos geworden ab (Urk. 2 S. 14 Disp.-Ziff.  
2) und wies sie das beklagtische Gesuch um Verpflichtung des Klägers zur Leistung  
eines zusätzlichen Prozesskostenvorschusses von Fr. 1'800.– ab (Urk. 2 S. 14  
Disp.-Ziff. 3). Mit separater Verfügung vom gleichen Tag trat die Vorinstanz  
schliesslich auf das Gesuch der Beklagten um unentgeltliche Rechtspflege nicht  
ein (Urk. 2 S. 14).

3.1. Mit Eingabe vom 24. Mai 2023 erhob die Beklagte fristgerecht (Urk. 7/64) Be-  
rufung gegen die vorinstanzliche Verfügung (Urk. 1).

3.2. Am 11. Juli 2023 stellte der Kläger den Antrag, die Beklagte sei zur Auskunft  
betreffend zukünftige Wohnsituation zu verpflichten. Ihm liege ein Formulareintrag  
auf der Homepage der Schule C. \_\_\_\_\_ vor, gemäss welchem die Beklagte die ehe-  
liche Wohnung zusammen mit dem gemeinsamen Sohn auf den 1. August 2023  
verlassen und an die D. \_\_\_\_\_-wiese 1 in E. \_\_\_\_\_ ziehen werde, womit das Beru-

fungsverfahren mangels Rechtsschutzinteresses als gegenstandslos geworden abzuschreiben wäre (Urk. 10). Die Beklagte bestätigte telefonisch und via E-Mail vom 17. Juli 2023 sowie mit Eingabe vom 14. Juli 2023 (eingegangen am 17. Juli 2023) den definitiven Wegzug (Urk. 15 – 17) und erklärte, ebenfalls von der Gegenstandslosigkeit des Berufungsverfahrens auszugehen (Urk. 15). Der Kläger wurde am 18. Juli 2023 telefonisch über den definitiven Wegzug der Beklagten informiert (Urk. 18).

3.3. Mit Verfügung vom 25. Juli 2023 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu den Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens im Falle der Gegenstandslosigkeit Stellung zu nehmen (Urk. 19). Die Stellungnahmen der Parteien gingen fristgerecht ein und wurden der Gegenseite je zur Kenntnis gebracht (Urk. 20 – 21).

4.1 Die Beklagte verlangte berufsweise die vollständige Aufhebung der Verfügung vom 5. Mai 2023. Aus der Berufungsbegründung ergibt sich, dass sich die Berufung lediglich gegen Dispositivziffer 1 der ersten Verfügung vom 5. Mai 2023 richtet (Urk. 1 S. 2 ff.), mit welcher die eheliche Wohnung dem Kläger zur alleinigen Benützung zugewiesen und die Beklagte verpflichtet wurde, die Liegenschaft bis zum 31. Juli 2023 zu verlassen.

4.2. Da die Beklagte die eheliche Wohnung in der Zwischenzeit definitiv verlassen hat (siehe E. 3.2.; Urk. 15 – 17), ist ihr Rechtsschutzinteresse an der Behandlung der Berufung dahingefallen. Das Berufungsverfahren ist somit zufolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben (Art. 242 ZPO).

5.1. Die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 5 Abs. 1, § 6 Abs.1, § 8 Abs. 1 und § 10 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'000.– festzusetzen.

5.3. Die Prozesskosten werden grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO kann das Gericht von den Verteilungsgrundsätzen in Art. 106 ZPO abweichen, wenn das Verfahren als gegenstandslos abgeschrieben wird und das Gesetz nichts anderes vorsieht. Dabei

ist für die Kostenverlegung je nach Lage des Einzelfalls zu berücksichtigen, welche Partei Anlass zum Verfahren gegeben hat, bei welcher Partei die Gründe eingetreten sind, die zur Gegenstandslosigkeit des Prozesses geführt haben, welches der mutmassliche Prozessausgang gewesen wäre, und welche Partei unnötigerweise Kosten verursacht hat. Dabei darf sich das Gericht nach der Rechtsprechung grundsätzlich nicht auf ein einzelnes dieser Kriterien versteifen. Vielmehr hat es im Rahmen seines Ermessensentscheids sämtliche Kriterien zu berücksichtigen. Je nach Sachlage ist allerdings anerkannt, dass vorab auf einzelne Kriterien abgestellt werden kann. Ist der Grund für die Gegenstandslosigkeit des Prozesses dem Verhalten einer Partei zuzuschreiben, sind die Kosten in der Regel dieser Partei aufzuerlegen. Fällt dagegen das Rechtsschutzinteresse am Verfahren aus einem Grund dahin, den keine der Parteien zu vertreten hat, wird regelmässig zu prüfen sein, welche Partei materiell im Unrecht gewesen wäre, d.h. es ist auf den mutmasslichen Prozessausgang abzustellen. Dabei geht es nicht darum, die Prozessaussichten im Einzelnen zu prüfen und dadurch weitere Umtriebe zu verursachen. Vielmehr soll es bei einer knappen, summarischen Beurteilung der Aktenlage sein Bewenden haben. Auf dem Weg über den Kostenentscheid soll nicht ein materielles Urteil gefällt werden (BGE 142 V 551 E. 8.2; BGer 5A\_78/2018 vom 14. Mai 2018, E. 2.3.1, je m.w.H.). Lässt sich der mutmassliche Ausgang des Verfahrens nicht ohne Weiteres feststellen, ist auf allgemeine prozessrechtliche Kriterien zurückzugreifen. Danach wird in erster Linie jene Partei kosten- und entschädigungspflichtig, die das gegenstandslos gewordene Verfahren veranlasst hat oder bei der die Gründe eingetreten sind, die zur Gegenstandslosigkeit des Verfahrens geführt haben (BGer 4A\_364/2014 vom 18. September 2014, E. 3, m.w.H.; BK ZPO I-Sterchi, Art. 107 N 18; Urwyler/Grütter, DIKE-Komm ZPO, Art. 107 N 8).

5.4. Die Beklagte verlangt, die Kosten seien dem Kläger aufzuerlegen und der Kläger sei zur Leistung einer Parteientschädigung von Fr. 4'263.40 zu verpflichten (Urk. 21 S. 2). Sie begründet dies zusammenfassend damit, dass Anlass für die Erhebung des Rechtsmittels das vorinstanzliche Gesuch des Klägers – resp. dessen Gutheissung – gewesen sei, mit welchem sie verpflichtet worden sei, vorsorglich und innert kurzer Frist aus der ehelichen Wohnung zu ziehen. Der Grund für die Gegenstandslosigkeit sei zwar bei ihr eingetreten, allerdings trete dieser in den

Hintergrund. Sie habe durch den drohenden kurzfristigen Auszug aus der Familienwohnung unter enormem Druck gestanden. Zudem sei sie überzeugt gewesen, dass der Kläger ein KESB-Verfahren eingeleitet habe, um ihr den Sohn F. \_\_\_\_\_ wegzunehmen. Sie habe sich mit dem Wegzug auch deshalb einverstanden erklärt, weil sie davon ausgegangen sei, der Kläger würde das angestrebte KESB-Verfahrens einstellen, sobald er in den Besitz seiner Wohnung komme. Ferner weist die Beklagte darauf hin, dass die Berufung nach eigener Einschätzung hätte gutgeheissen werden müssen (Urk. 21 S. 2 ff.).

5.5. Die Beklagte hat die Gegenstandslosigkeit der Berufung durch ihren Auszug aus der ehelichen Wohnung herbeigeführt. Dass sie den Entscheid unter zeitlichem Druck gefällt haben soll, ändert nichts daran, dass der Grund für die Gegenstandslosigkeit ihrem Verhalten zuzuschreiben ist; abgesehen davon stand ihr die Möglichkeit offen, ein Gesuch um aufschiebende Wirkung zu stellen. Ebenfalls zielt das Vorbringen der Beklagten ins Leere, sie habe gehofft, durch den Wegzug würde der Kläger das vermeintlich von ihm initialisierte KESB-Verfahren wieder einstellen. Dass der Kläger ein KESB-Verfahren in der Absicht eingeleitet haben soll, die Beklagte so zum Wegzug aus der ehelichen Wohnung bewegen zu können, wurde durch die Erläuterungen der Beklagten nicht glaubhaft gemacht. Für das Berufungsverfahren ist ferner nicht von Bedeutung, dass der Kläger das vorinstanzliche Verfahren anhängig machte. Vielmehr ergriff die Beklagte ein Rechtsmittel gegen den vorinstanzlichen Entscheid, womit sie das allgemeine Prozessrisiko für das Berufungsverfahren trifft. Letztlich lässt sich entgegen der beklagten Ansicht nach summarischer Aktenprüfung der Prozessausgang nicht ohne Weiteres beurteilen, weshalb nicht auf dieses Kriterium zurückgegriffen werden kann.

5.6. Im Ergebnis sind die Gerichtskosten somit der Beklagten aufzuerlegen und die Beklagte ist zu verpflichten, dem Kläger eine (volle) Parteientschädigung zu entrichten. Der Kläger verlangt eine Parteientschädigung von Fr. 150.– (inkl. MwSt.; Urk. 20 S. 2). Dies erscheint unter Berücksichtigung der Dispositionsmaxime und in Anwendung der Anwaltsgebührenverordnung als angemessen.

6.1. Die Beklagte stellt ferner ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege resp. Verpflichtung des Klägers zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses für das

zweitinstanzliche Verfahren (Urk.1 S. 2). Da das Verfahren durch den Wegzug der Beklagten abzuschreiben ist, ist das Gesuch als Antrag um Prozesskostenbeitrag zu behandeln.

6.2. 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). In einem Scheidungsverfahren kann eine Partei gestützt auf Art. 159 Abs. 3 ZGB verpflichtet werden, der anderen Partei einen Vorschuss zur Finanzierung des Prozesses zu bezahlen (ZK-Bräm/Hasenböhler, Art. 159 ZGB N 136). Der Anspruch auf einen Prozesskostenbeitrag geht dem Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege durchwegs vor (BGE 138 III 672 E. 4.2.1). Auch der Anspruch auf einen Prozesskostenbeitrag setzt voraus, dass die Antragstellerin mittellos und ihr Standpunkt nicht aussichtslos ist. Überdies muss der Antragsgegner in der Lage sein, den Vorschuss zu leisten.

Als aussichtslos wird ein Rechtsbegehren qualifiziert, bei dem die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und das deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden kann. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde. Eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie - zumindest vorläufig - nichts kostet (vgl. BGer 4A\_270/2017 vom 1. September 2017 E. 4.3 m.H.). In der Lehre wird dabei davon ausgegangen, dass ein Begehren aussichtslos ist, wenn die Chancen, den Prozess zu gewinnen, unter 20 Prozent liegen (Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2010, S. 425).

6.3. Vorab ist festzuhalten, dass die Beklagte für das Berufungsverfahren auf eine Rechtsbeiständin angewiesen ist; dies schon aufgrund des Grundsatzes der Waffengleichheit, ist doch auch der Kläger anwaltlich vertreten. Im Übrigen ist der Standpunkt der Beklagten nicht als aussichtslos zu bezeichnen.

6.4. Die Mittellosigkeit der Beklagten ist ausgewiesen. Mit ihren zwei Arbeitsstellen generiert sie insgesamt einen monatlichen Nettolohn von gerundet Fr. 1'700.– (Urk. 5/5 und 5/7). Sie ist nicht in der Lage, ihr Existenzminimum zu decken, zumal bereits der um den Bedürftigkeitszuschlag von 25 % erhöhte Grundbetrag von Fr. 1'690.– (BGer 8C\_470/2016 vom 16. Dezember 2016, E. 5.5.) zusammen mit den ausgewiesenen Krankenkassenkosten von Fr. 47.– (Urk. 5/8) ihr Einkommen von Fr. 1'700.– übersteigt. Ihr Vermögen von gerundet Fr. 8'700.– (Urk. 5/1) ist ihr als Notgroschen zu belassen.

6.5. Da die Mittel der Beklagten nicht ausreichen, um die eigenen Verfahrenskosten zu tragen, ist zu prüfen, ob die Prozesskosten vom Kläger erhältlich gemacht werden können.

Nachdem mit den Parteien telefonisch das Vorgehen betreffend den geltend gemachten Prozesskostenbeitrag besprochen wurde (Urk. 27), erklärte der Kläger mit Schreiben vom 25. Januar 2024, vollumfänglich auf seine Stellungnahme vom 7. August 2023 zu verweisen und auf weitere Ausführungen zu verzichten (Urk. 28). In der Eingabe vom 7. August 2023 geht der Kläger selber davon aus, die Liegenschaft an der G.\_\_\_\_-strasse 2 in H.\_\_\_\_ verkaufen zu müssen, um der Beklagten den (erstinstanzlichen) Prozesskostenvorschuss bezahlen zu können (Urk. 20). Es ist somit schon deshalb davon auszugehen, dass er auch im zweitinstanzlichen Verfahren leistungsfähig und in der Lage ist, neben seinen Verfahrenskosten auch jene der Beklagten zu übernehmen. Hinzu kommt, dass er mit Telefonat vom 1. Februar 2024 erklärte, seine Pflicht zur Leistung eines Prozesskostenbeitrags zu anerkennen und nur die Festsetzung der Höhe dem Gericht zu überlassen (Urk. 29).

6.6. Die Beklagte verlangt einen Prozesskostenbeitrag "in der Höhe der Gerichtskosten sowie für die Anwaltskosten Fr. 3'500 zuzüglich 7.7 % MWST" (Urk. 1 S. 2). Die Vorinstanz hat die Benützung der Liegenschaft dem Kläger zugewiesen mit der Begründung, dessen Interesse, die Liegenschaft zwecks Prozessfinanzierung und Tilgung von Unterhalts- und weiteren Schulden zu verkaufen, überwiege nunmehr das Interesse der Beklagten und des Sohnes am Verbleib, zumal ein Verkauf im Rahmen der Scheidung kurz bevorstehe und die Beklagte die Liegenschaft ohnehin

in absehbarer Zeit verlassen müsse. Aufgrund der prekären finanziellen Verhältnisse des Klägers erachtete sie auch die Chancen der Beklagten auf die Einräumung eines Wohnrechts im Sinne von Art. 121 Abs. 3 ZGB als gering (Urk. 2 S. 9 ff.). Lediglich diese Interessenabwägung – und die Kostenfrage aufgrund der Gegenstandslosigkeit – waren im Berufungsverfahren streitig. In Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1, § 9, § 11, § 22 sowie § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV ist von Anwaltsgebühren (inkl. Barauslagen) für die Beklagte von Fr. 3'000.– zzgl. 7.7 % Mehrwertsteuern von Fr. 231.–, insgesamt somit Fr. 3'231.– auszugehen. Hinzu kommen Gerichtskosten des Berufungsverfahrens von Fr. 1'000.–.

Der Kläger ist somit zu verpflichten, der Beklagten einen Prozesskostenbeitrag von Fr. 4'231.– zu bezahlen.

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

1. Das Verfahren wird abgeschrieben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Rechtsmittelverfahrens werden der Beklagten auferlegt.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 150.– zu bezahlen.
5. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das Berufungsverfahren einen Prozesskostenbeitrag von Fr. 4'231.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage der Doppel resp. Kopien von Urk. 1, 3, 4 und 5/1-9, an die Beklagte unter Beilage der Kopie von Urk. 28, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten befinden sich bei der Vorinstanz.

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 und ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 90 und Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 15. Februar 2024

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw D. Frangi

versandt am:  
Im