

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE180015-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichterin Dr. S. Janssen
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Kirchheimer

Beschluss vom 17. Mai 2018

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 26. Januar 2018
(EE170303-L)**

Erwägungen:

1. Die Parteien stehen sich seit dem 19. September 2017 in einem Eheschutzverfahren gegenüber (Urk. 5/1). Anlässlich der Verhandlung vom 26. Januar 2018 beantragten beide Parteien den Erlass vorsorglicher Massnahmen (Prot. I S. 38 ff.). Mit vorerst unbegründeter Verfügung vom 26. Januar 2018 wurde den Parteien das Getrenntleben "im Sinne einer vorsorglichen Massnahme" bewilligt. Ferner wurden die Nebenfolgen des Getrenntlebens – ebenfalls vorsorglich – geregelt; insbesondere wurde dem Gesuchsgegner und Berufungsbeklagten (fortan Gesuchsgegner) ein unbegleitetes Besuchsrecht eingeräumt (Urk. 5/29, Dispositivziffer 4). Mit Schreiben vom 5. Februar 2018 ersuchte die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (fortan Gesuchstellerin) um Begründung des erwähnten Massnahmeentscheids (Urk. 5/30). Am 13. März 2018 wurde die begründete Fassung (Urk. 5/31 = Urk. 2) den Parteien zugestellt (Urk. 5/32/1-2).

2. Gegen diese Verfügung erhob die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 16. März 2018 innert Frist Berufung mit folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2 f.):

I.

1. Der Berufung sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
2. Über diesen Antrag sei vorab zu entscheiden.

II.

1. Ziff. 4 der Verfügung des BGZ, 5. Abt., vom 26.1.18 sei aufzuheben.
2. Es sei ein begleitetes und überwachttes Besuchsrecht des Gesuchsgegners / Berufungsbeklagten anzuordnen.

Der Gesuchsgegner / Berufungsbeklagte sei demnach berechtigt zu erklären, die Tochter E. _____ jedes zweite Wochenende am Samstag von 10.00 Uhr bis 18.00 Uhr in Begleitung einer Drittperson oder im Rahmen eines überwachten Besuchstreffe o.ä. zu besuchen.

3. Ziff. 6 der Verfügung des BGZ, 5. Abt., vom 26.1.18 sei dahingegen zu ergänzen, dass der Beistandsperson zusätzlich die Aufgabe übertragen wird, die Begleitung und Überwachung der Besuche zu organisieren.

III.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zulasten des Berufungsbeklagten.

Ausserdem stelle ich den Antrag:

Der Berufungsklägerin sei für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und es sei ihr eine unentgeltliche Rechtsbeiständin in meiner Person beizugeben. Entsprechend sei von der Verpflichtung zur Zahlung von Kostenvorschüssen abzusehen."

3. Mit Eingabe vom 27. März 2018 nahm der Gesuchsgegner zum Antrag der Gesuchstellerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung Stellung und ersuchte gleichzeitig um die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 6). Mit Verfügung vom 5. April 2018 wurde das Gesuch der Gesuchstellerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen (Urk. 10). Mit Schreiben vom 13. April 2018, beim Obergericht eingegangen am 16. April 2018, zog die Gesuchstellerin ihre Berufung aus folgenden Gründen zurück (Urk. 11): Mittlerweile habe der Gesuchsgegner im Berufungsverfahren einen Bericht seines Psychiaters eingereicht (Urk. 9/14). Daher sei ihr Antrag auf Einholung eines Berichts des behandelnden Psychiaters gegenstandslos geworden. Da damit ihrem wesentlichen Anliegen Rechnung getragen worden sei, bestehe kein Anlass mehr, weiterhin an der Berufung festzuhalten (Urk. 11 S. 2). Die Eingabe der Gesuchstellerin wurde der Gegenpartei am 30. April 2018 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 12). Der Gesuchsgegner hat sich daraufhin nicht mehr vernehmen lassen. Aufgrund des Rückzugs der Berufung ist das Verfahren in Anwendung von Art. 241 Abs. 3 ZPO abzuschreiben.

4.1 Was die Prozesskosten für das Berufungsverfahren anbelangt, ersucht die Gesuchstellerin das Gericht um Berücksichtigung der Tatsache, dass der Gesuchsgegner ihrem Antrag auf Einreichung eines aktuellen Arztberichts erst im Berufungsverfahren nachgekommen sei. Ihr seien daher keine – oder jedenfalls nicht die vollumfänglichen – Prozesskosten aufzuerlegen. Im Übrigen verweise sie auf das bereits gestellte Armenrechtsgesuch (Urk. 11 S. 2).

4.2 Grundsätzlich werden die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt. Bei einem Klagerückzug gilt die klagende Partei als unterliegend (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Gleiches gilt sinngemäss auch für das Rechtsmittelverfahren. Gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO kann das Gericht in familienrechtlichen Verfahren allerdings von diesen Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Kosten nach

Ermessen verteilen. In diesem Sinne sind gemäss ständiger Praxis des Obergerichts die Kosten des Verfahrens in Bezug auf die Kinderbelange – unabhängig vom Ausgang – den Parteien je hälftig aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt der Kinderinteressen gute Gründe zur Antragsstellung hatten (vgl. statt vieler *OGer ZH LE170002 vom 23.05.2017, E. IV.1; ZR 84/1985 Nr. 41*). Solche Gründe werden den Parteien vorliegend nicht abgesprochen. Überdies macht die Gesuchstellerin zu Recht darauf aufmerksam, dass sie bereits vor Vorinstanz mehrmals die Einholung eines Therapieberichts beim behandelnden Psychiater des Gesuchsgegners beantragt hat (Urk. 11 S. 1, mit Verweis auf Urk. 5/10 S. 6 und Urk. 5/28 S. 8). Obwohl die Rechtsvertreterin des Gesuchsgegners anlässlich der vorinstanzlichen Verhandlung vom 9. November 2017 eine solche Befragung des Psychiaters befürwortet hatte (Prot. I S. 11), verweigerte der Gesuchsgegner die Entbindung seines Arztes von der Schweigepflicht im Rahmen des Abklärungsberichts des Sozialzentrums C._____ vom 11. Januar 2018 (Urk. 5/26 S. 4). Erst im vorliegenden Berufungsverfahren kam der Gesuchsgegner dem wiederholt gestellten Editionsbegehren der Gesuchstellerin nach und reichte mit Eingabe vom 27. März 2018 (Urk. 6) den Arztbericht von Dr. med. D._____ ein (Urk. 9/14), nachdem die Gesuchstellerin in ihrer Berufungsschrift erneut auf den gemäss ihren Angaben kritischen Gesundheitszustand des Gesuchsgegners hingewiesen hatte (Urk. 1 S. 6 und S. 9-11). Nach dem Gesagten rechtfertigt auch das prozessuale Verhalten des Gesuchsgegners eine hälftige Kostenaufteilung und ein Wettzuschlagen der Parteientschädigungen für das Berufungsverfahren.

4.3 Die Entscheidunggebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 2 lit. b und § 10 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 800.– festzusetzen.

5.1 Beide Parteien stellen für das Rechtsmittelverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 1 S. 3; Urk. 6 S. 2). Nach 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). Wenn dies zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist, besteht darüber hinaus ein Anspruch auf

unentgeltliche Verbeiständung (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Hervorzuheben ist jedoch, dass nach konstanter Rechtsprechung die aus der ehelichen Beistandspflicht fliessende Pflicht zur Bevorschussung der Prozesskosten des anderen Ehegatten der unentgeltlichen Rechtspflege vorgeht (BGer 5A_239/2017 vom 14. September 2017, E. 3.2, mit Verweis auf BGE 138 III 672 E. 4.2.1). Einem bedürftigen Ehegatten kann somit die unentgeltliche Rechtspflege nur bewilligt werden, wenn der andere Ehegatte nicht in der Lage ist, einen Prozesskostenvorschuss bzw. -beitrag zu bezahlen. Eine gesuchstellende Partei hat daher entweder auch einen Antrag auf Ausrichtung eines Prozesskostenbeitrags zu stellen oder aber im Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ausdrücklich darzulegen, weshalb ihrer Ansicht nach auf ein Verfahren auf Zahlung eines Prozesskostenbeitrags verzichtet werden kann, so dass das Gericht diese Auffassung vorfrageweise überprüfen kann (BGer 5A_49/2017 vom 18. Juli 2017, E. 3.1; BGer 5D_83/2015 vom 6. Januar 2016, E. 2.1). Die Beurteilung, ob ein Prozesskostenbeitrag zu leisten ist, darf somit nicht faktisch einer antizipierenden Beurteilung durch die gesuchstellende Partei überlassen werden. Es liegt sodann bei Fehlen entsprechender Ausführungen nicht am Gericht, in den Rechtsschriften der ersuchenden Partei oder in den vorinstanzlichen Entscheiden bzw. Akten nach impliziten Hinweisen und Anhaltspunkten zu suchen, die darauf schliessen lassen könnten, dass ein Anspruch auf Prozesskostenbeitrag nicht besteht. Es darf von einer anwaltlich vertretenen Partei verlangt werden, dass sie in ihrem Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege explizit darlegt, weshalb die Leistung eines Prozesskostenbeitrags durch die Gegenpartei nicht in Frage kommt. Fehlt diese Begründung, kann das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ohne weiteres abgewiesen werden (BGer 5A_49/2017 vom 18. Juli 2017, E. 3; BGer 5A_556/2014 vom 4. März 2015, E. 3.2, mit Verweis auf BGer 5A_508/2007 vom 3. Juni 2008, E. 5).

5.2 Der Gesuchsgegner hat vor Obergericht weder einen Antrag auf Ausrichtung eines Prozesskostenbeitrags gestellt, noch hat er dargelegt, weshalb er auf einen solchen Antrag verzichtet. Aufgrund der vorstehenden Erwägung ist das Armenrechtsgesuch des Gesuchsgegners bereits aus diesem Grund abzuweisen. Darüber hinaus ist davon auszugehen, dass der Gesuchsgegner seine Vermögenslo-

sigkeit zumindest teilweise selbst und in rechtsmissbräuchlicher Weise verursacht hat. Per Ende August 2017 betrug der Saldo auf seinem Privatkonto noch über Fr. 56'000.– (Urk. 5/9/10 S. 14). Mit Eingabe vom 19. September 2017 machte die Gesuchstellerin das vorliegende Eheschutzverfahren bei der Vorinstanz anhängig (Urk. 5/1), wovon der Gesuchsgegner Kenntnis hatte (vgl. Urk. 5/5 und 5/6). Daraufhin hob er in der ersten Hälfte des Monats Oktober 2017 insgesamt rund Fr. 45'000.– von seinem Konto ab (Urk. 5/9/10 S. 18 f.). Auf diese Barbezüge angesprochen führte der Gesuchsgegner anlässlich der vorinstanzlichen Verhandlung vom 9. November 2017 aus, er sei im Casino gewesen und habe das Geld ausgegeben (Prot. I S. 33 f.). Wer sich während eines laufenden Gerichtsverfahrens auf derartige Weise seiner Vermögenswerte entäussert, um anschliessend auf Staatskosten prozessieren zu können, verhält sich wider Treu und Glauben. Nach dem Gesagten ist das Gesuch des Gesuchsgegners um unentgeltliche Rechtspflege auch aus diesem Grund abzuweisen.

5.3 Die Gesuchstellerin ihrerseits begründet in ihrer Berufungsschrift, weshalb sie keinen Antrag auf Bezahlung eines Prozesskostenbeitrags gestellt hat. Da das Einkommen des Gesuchsgegners einzig aus einer IV-Rente bestehe, sei davon auszugehen, dass er seine Ersparnisse mittlerweile verbraucht habe. Es sei offensichtlich, dass von ihm keine Mittel zur Prozessfinanzierung erhältlich seien (Urk. 1 S. 15 f.). Neben seinem bescheidenen Einkommen von rund Fr. 2'500.– pro Monat (Urk. 6 Rz 30, mit Verweis auf Urk. 9/8-10) verfügt der Gesuchsgegner über kein nennenswertes Vermögen mehr (Urk. 9/10). Entsprechend ist der Gesuchstellerin dahingehend Recht zu geben, dass der Gesuchsgegner finanziell nicht in der Lage ist, einen Prozesskostenbeitrag zu bezahlen.

5.4 Was die Mittellosigkeit der Gesuchstellerin anbelangt, sind ihre Ausführungen zum Einkommen und zum Bedarf plausibel, glaubhaft und durch Urkunden belegt (Urk. 1 S. 12-15). Ihrem Erwerbseinkommen von netto rund Fr. 6'500.– pro Monat (inkl. 13. Monatslohn, exkl. Familienzulagen; Urk. 1 S. 12; Urk. 5/27/13) steht ein Bedarf der Gesuchstellerin zusammen mit der minderjährigen Tochter E. _____ von gut Fr. 6'000.– gegenüber (Urk. 1 S. 13 f., mit Verweis auf die entsprechenden Belege). Zudem bringt die Gesuchstellerin vor, dass der Gesuchs-

gegner die von ihm bezogene Kinderrente der IV nicht an den (volljährigen) Sohn F. _____ weiterleite (Urk. 1 S. 13), was der Gesuchsgegner in seiner Eingabe vom 27. März 2018 (Urk. 6) nicht bestritten hat. Der 20-jährige Sohn der Parteien wohnt nach wie vor bei der Gesuchstellerin (vgl. Adressangabe in Urk. 5/27/21 f.) und absolviert zur Zeit im Rahmen seiner kaufmännischen Ausbildung ein unbezahltes Praktikum (Urk. 1 S. 12; Urk. 5/27/16b). Somit hat die Gesuchstellerin zusätzlich für den gesamten Barbedarf des Sohnes F. _____ von knapp Fr. 1'700.– pro Monat aufzukommen (Urk. 1 S. 12 f., mit Verweis auf die entsprechenden Belege). Nach dem Gesagten ist ersichtlich, dass die Gesuchstellerin mit ihrem Erwerbseinkommen nicht in der Lage ist, ihren Bedarf sowie denjenigen ihrer beiden Kinder zu decken. Das von ihr deklarierte Vermögen von rund Fr. 11'400.– (Urk. 3) ist ihr und den unterstützungsbedürftigen Kindern als Notgroschen zu belassen. Die Mittellosigkeit der Gesuchstellerin ist somit ausgewiesen. Der Umstand, dass der Gesuchsgegner im Berufungsverfahren von sich aus den von der Gesuchstellerin mehrfach eingeforderten Arztbericht eingereicht hat, zeigt sodann, dass ihre Prozessstandpunkte nicht als aussichtslos bezeichnet werden können. Zudem war sie als nicht rechtskundige Partei im vorliegenden Verfahren auf anwaltlichen Beistand angewiesen. Der Gesuchstellerin ist daher im Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihr in der Person von Rechtsanwältin X. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

Es wird beschlossen:

1. Das Berufungsverfahren wird abgeschlossen.
2. Das Gesuch des Gesuchsgegners um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
3. Der Gesuchstellerin wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und es wird ihr in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 800.– festgesetzt.

5. Die Gerichtskosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, der Anteil der Gesuchstellerin wird jedoch zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.

Eine Nachforderung gestützt auf Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

6. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Vorinstanz sowie an die Kinderschutzbehörde der Stadt Zürich, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG 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.

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

Zürich, 17. Mai 2018

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Kirchheimer

versandt am:
sf