

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE110006-O/Z01

I. Zivilkammer

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. M. Schaffitz, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiber lic. iur. B. Häusermann

Beschluss vom 30. März 2011

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Fürsprecher lic. iur. Y. _____,

betreffend **Eheschutz (Obhut, Unterhaltsbeiträge, unentgeltliche Rechtspflege)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelrichters im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Pfäffikon vom 11. Januar 2011 (EE100039)**

Erwägungen:

1.1. Am 11. Januar 2011 erliess der Vorderrichter folgenden Entscheid (Urk. 3 S. 36 ff.):

Erstverfügung:

1. Das Gesuch der Klägerin um Verpflichtung des Beklagten zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses wird abgewiesen.
2. Die Gesuche der Parteien um unentgeltliche Prozessführung werden abgewiesen.
3. Der Klägerin wird in der Person von RA Dr. iur. X._____ ein unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt. Die in § 92 ZPO umschriebene Nachzahlungspflicht für die Aufwendungen für den Rechtsvertreter bleibt ausdrücklich vorbehalten.
4. Dem Beklagten wird für den einen Betrag von Fr. 2'000.– übersteigenden Betrag in der Person von Fürsprecher Y._____ ein unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt. Die in § 92 ZPO umschriebene Nachzahlungspflicht für die Aufwendungen für den Rechtsvertreter bleibt ausdrücklich vorbehalten.
5. (Schriftliche Mitteilung)
6. (Rechtsmittelbelehrung, Beschwerde)

Zweitverfügung:

1. Den Parteien wird das Getrenntleben auf unbestimmte Zeit bewilligt. Sodann wird Vormerk genommen, dass die Parteien seit 20. Januar 2009 getrennt leben.
2. Die Kinder C._____, geb. 2003, und D._____, geb. 2005, werden für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut des Beklagten gestellt.
3. Die Klägerin wird berechtigt erklärt, die Kinder jeweils am Mittwoch ab 12.00 Uhr bis Donnerstagmorgen 08.00 Uhr sowie an den Wochenenden der ungeraden Kalenderwochen von Freitagabend ab 18.00 Uhr bis Sonntagabend 17.00 Uhr und am zweiten Weihnachtsfeiertag sowie in Jahren mit gerader Jahreszahl über Ostern und in solchen mit ungerader Jahreszahl über Pfingsten zu sich oder mit sich auf eigene Kosten auf Besuch zu nehmen.

Ferner wird der Klägerin das Recht eingeräumt, die Kinder jährlich während vier Wochen in den Schulferien zu sich oder mit sich auf eigene Kosten in die Ferien zu nehmen. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten 2 Monate im Voraus mitzuteilen, wann sie das Ferienbesuchsrecht ausüben will.

Ein weitergehendes Besuchsrecht regeln die Parteien untereinander und im Einverständnis mit den Kindern.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der Kinder C._____ und D._____ während der Dauer des Getrenntlebens monatlich je Fr. 202.–, zuzüglich allfälliger gesetzlich oder vertraglich geregelt

ter Kinderzulagen, zu bezahlen. Diese Beiträge sind ab 1. April 2011 je auf den Ersten eines Monats im Voraus zahlbar.

5. Es werden keine persönlichen Unterhaltsbeiträge zugesprochen.
6. Die eheliche Wohnung an der ... in Z. _____ wird samt Hausrat und Mobiliar für die Dauer des Getrenntlebens dem Beklagten zur alleinigen Benützung zugewiesen. Es wird vorgemerkt, dass die Klägerin die eheliche Wohnung bereits verlassen hat.
7. Das Fahrzeug Mercedes A Klasse wird der Klägerin für die Dauer des Getrenntlebens zur alleinigen Benützung zugewiesen.
8. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 4'800.–.
9. Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
10. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
11. (Schriftliche Mitteilung)
12. (Rechtsmittelbelehrung, Berufung)

Diese Verfügung wurde am 28. Januar 2011 versandt und der Klägerin am 31. Januar 2011 zugestellt.

1.2. Mit Rechtsschrift vom 10. Februar 2011 erhob die Klägerin rechtzeitig Berufung (und gleichzeitig Beschwerde) gegen die Verfügung vom 28. Januar 2011 mit folgenden Anträgen (vgl. Urk. 2 S. 2 f.):

1. In Abänderung von Disp. Ziff. 2 seien die Kinder C. _____, geb. 2003, und D. _____, geb. 2005, für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Klägerin zu stellen.
2. In Abänderung von Disp. Ziff. 4 und 5 sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin für sich persönlich sowie an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der Kinder C. _____ und D. _____ monatlich Fr. 2'960.–, zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Kinderzulagen, zu bezahlen.
3. Es sei dieser Berufung bezüglich Disp. Ziff. 4 die aufschiebende Wirkung zu gewähren.
4. Es seien die Kinder C. _____ und D. _____ von der Rechtsmittelinstanz erneut anzuhören.
5. Es sei den Kindern C. _____ und D. _____ für das Rechtsmittelverfahren ein Prozessvertreter zu bestellen.
6. Es sei der Klägerin für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. 7.6 % bzw. 8 % MwSt.) zu Lasten des Beklagten.

Der Beschwerdeantrag (vgl. Urk. 2 S. 3 oben) muss hier nicht aufgeführt werden.

2. Am 1. Januar 2011 ist die eidgenössische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Für die Rechtsmittel gilt das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Somit richtet sich das Rechtsmittelverfahren

nach neuer Prozessordnung. In der Sache ist die Berufung das zulässige Rechtsmittel gegen den Eheschutzentscheid der Vorinstanz (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO).

Für die Beschwerde betreffend den erstinstanzlichen Armenrechtsentscheid wurde ein separates Verfahren angelegt (vgl. dazu ZPO-Kommentar Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Zürich etc. 2010 [nachfolgend: ZPO-Kommentar], Reetz, N. 54 zu Vorb. zu Art. 308).

3.1. Grundsätzlich hemmt die Berufung die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheids im Umfang der Anträge. Gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen hat die Berufung jedoch keine aufschiebende Wirkung (Art. 315 Abs. 1 bzw. Abs. 4 lit. b ZPO). Die Klägerin geht davon aus, dass Eheschutzmassnahmen zu den vorsorglichen Massnahmen gehören, weshalb sie das Gesuch um aufschiebende Wirkung gestellt hat (Urk. 2 S. 2, S. 4 f.).

3.2. Für die Ansicht der Klägerin spricht der Umstand, dass das Bundesgericht bei einer Beschwerde i.S.v. Art. 72 ff. BGG gegen Eheschutzmassnahmen diese grundsätzlich als Entscheide über vorsorgliche Massnahmen i.S.v. Art. 98 BGG einstuft und dementsprechend nur die Rüge der Verletzung verfassungsmässiger Rechte zulässt (vgl. dazu BGE 133 III 393, 396 f., Erw. 5; vgl. a. Meier in: Wege zum Bundesgericht in Zivilsachen, S. 34; BSK BGG-Schott, N. 11 zu Art. 98 [mit dem Hinweis auf eine a.A. von Poudret]; BSK ZPO-Sprecher, Art. 261 N. 120). So dann finden sich Hinweise, aus denen geschlossen werden könnte, dass Eheschutzmassnahmen vorsorgliche Massnahmen i.S.v. Art. 261 ff. ZPO darstellen (ZPO-Kommentar, Huber, N. 4 zu Art. 261; Sutter-Somm/Lazic, N. 19 zu Art. 271).

3.3. Der Ansicht der Klägerin steht jedoch Folgendes entgegen: Bei der Anwendung des BGG muss fallweise geprüft werden, ob ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen als Zwischenentscheid oder als Endentscheid einzustufen ist. Eheschutzentscheide werden grundsätzlich als Entscheide über vorsorgliche Massnahmen und als Endentscheide eingestuft (BGE 133 III 393 ff., Regeste, Erw. 4). Anders verhält es sich nach der ZPO. Aus deren Art. 308 Abs. 1 lit. b und Art. 319 lit. a ist zu schliessen, dass Entscheide über vorsorgliche Massnahmen keine Endentscheide (und auch keine Zwischenentscheide, sondern eine davon verschiede-

ne eigene Entscheidart) sind (ZPO-Kommentar, Reetz/Theiler, N. 32 ff., insb. N. 33 und N. 35, zu Art. 308). Nach Auffassung der beschliessenden Kammer sind Eheschutzentscheide gemäss der ZPO als Endentscheide zu qualifizieren, insbesondere, weil sie das Verfahren vor der jeweiligen Instanz abschliessen (auch wenn sie allenfalls noch während eines späteren Scheidungsverfahrens wirksam bleiben; vgl. ZPO-Kommentar, Staehelin, N. 8 zu Art. 236). Folglich können sie nicht vorsorgliche Massnahmen i.S.v. Art. 261 ff. ZPO sein. Diese basieren typischerweise auf einem materiellrechtlichen Zivilanspruch und dienen dessen Durchsetzung. Sie sind abzugrenzen von gerichtlichen Entscheiden, mit denen definitiv über einen streitigen Anspruch geurteilt wird (ZPO-Kommentar, Huber, N. 10 und 17 zu Art. 261). So werden vorsorgliche Massnahmen i.S.v. aArt. 137 Abs. 2 ZGB bzw. Art. 276 ZPO im Hinblick auf die Scheidung erlassen. Demgegenüber schliessen Eheschutzmassnahmen das Verfahren ab. Sie sind nicht von einem Hauptverfahren abhängig, müssen nicht im Sinne von Art. 263 ZPO innert Frist "prosequiert" werden und fallen mit dem Endentscheid nicht dahin. Überdies gilt weiterhin der Grundsatz, dass Eheschutzmassnahmen der Aufrechterhaltung gefährdeter Ehen sowie dem Schutz der Persönlichkeit der Ehegatten dienen (so der gesetzgeberische Wille, vgl. ZPO-Kommentar, Sutter-Somm/Lazic, N. 7 zu Art. 271). Die Eigenständigkeit des Eheschutzverfahrens und die Unabhängigkeit des Eheschutzentscheids zeigen sich auch darin, dass Eheschutzmassnahmen in einer nicht völlig vernachlässigbaren Zahl von Fällen nie in ein Scheidungsverfahren münden und zuweilen gar (mit Ausnahme der Gütertrennung) durch die Wiederaufnahme des Zusammenlebens dahinfallen. Daran ändert nichts, dass in zahlreichen Fällen im Hinblick auf das Scheidungsverfahren um Erlass von Eheschutzmassnahmen ersucht wird. Entsprechend werden als vorsorgliche (Regelungs-)Massnahmen i.S.v. Art. 261 ff. ZPO typischerweise jene im Scheidungsprozess gemäss aArt. 137 Abs. 2 ZGB bzw. Art. 276 ZPO angeführt (vgl. etwa Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zürich etc. 2008, S. 384; Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich etc. 2010, S. 259; ZPO-Kommentar Gehri/Kramer, Zürich 2010, Rohner/Wiget, N. 1 zu Art. 262; ZPO-Kommentar [Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Zürich etc. 2010], Huber, N. 25 f. zu Art. 262; ZPO-Kuko, Basel 2010, N. 8 zu Art. 262; Botschaft S. 7354). Eheschutzmassnahmen finden in diesem Zusammenhang (von

Ausnahmen abgesehen) keine Erwähnung. Sie gehören nicht zu den vorsorglichen Massnahmen im eigentlichen Sinn (vgl. Meier in: Wege zum Bundesgericht in Zivilsachen, S. 259).

3.4. Im Ergebnis findet Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO keine Anwendung bei der Berufung gegen einen Eheschutzentscheid. Die Berufung der Klägerin hemmt die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheids im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Es besteht kein Rechtsschutzinteresse an der Beurteilung des Gesuch, weshalb darauf nicht einzutreten ist.

4.1. Die unentgeltliche Rechtspflege ist im Rechtsmittelverfahren neu zu beantragen (Art. 119 Abs. 5 ZPO). Sie ist lediglich unter der Bedingung der fristgerechten gerichtlichen Geltendmachung des Prozesskostenvorschusses und unter Widerrufsvorbehalt zu gewähren, falls der Ansprecher günstige Aussichten auf Durchsetzung gegenüber dem Vorschusspflichtigen hat. Besteht sogar Gewissheit, dass ein Prozesskostenvorschuss erhältlich gemacht werden kann, ist die Bedürftigkeit der um das Armenrecht nachsuchenden Partei zu verneinen. Über das Gesuch um Rechtsverbeiständung ist umgehend zu entscheiden, wenn danach weitere Verfahrensschritte zu unternehmen sind (ZPO-Kommentar, Emmel, N. 14 zu Art. 119 ZPO; BGE 5P.223/2006, Erw. 2.2). Zuständig ist das Kollegium der Kammer (§ 31 Abs. 2 der Verordnung über die Organisation des Obergerichts vom 3. November 2010, LS 212.51).

4.2. Die Vorinstanz bewilligte den Parteien nur die unentgeltliche Rechtsverbeiständung (dem Beklagten nur teilweise, nämlich ab einem Betrag von Fr. 2'000.–), nicht aber die unentgeltliche Prozessführung. Zur Begründung dessen erwog sie, bei der Klägerin sei von einem Einkommen von Fr. 2'835.– bzw. - ab April 2011 - von (hypothetisch) Fr. 3'780.– auszugehen. Der Nettolohn des Beklagten belaufe sich auf durchschnittlich Fr. 12'490.–. Der Notbedarf der Klägerin wurde mit Fr. 2'970.– bzw. - ab April 2011 - Fr. 3'070.– beziffert, jener des Beklagten mit Fr. 8'035.–. Danach resultierte ein Überschuss von Fr. 4'320.– bzw. - ab April 2011 - Fr. 5'165.–. Davon fliesse ein Betrag von Fr. 4'400.– in die Tilgung der während der Ehe angehäuften Schulden. Bis Ende März 2011 liege nach Berücksichtigung der Schulden ein Manko vor. Ab April 2011 resultiere ein Überschuss von Fr. 765.–,

der im Umfang von Fr. 460.– dem Beklagten (für sich und die Töchter) und im Umfang von Fr. 305.– der Klägerin zuzusprechen sei. Damit könnten sie die auf sie entfallenden Gerichtskosten (und der Beklagte zudem einen Anteil seiner Anwaltskosten) bezahlen (vgl. Urk. 3 S. 17 ff., alle Zahlen gerundet und pro Monat).

Die Klägerin stellt mit der Berufungsbegründung verschiedene Varianten von Unterhaltsberechnungen an. Dabei hält sie grundsätzlich dafür, dass der von der Vorinstanz für die Schuldentilgung vorgesehene Betrag von Fr. 4'400.– nicht im Bedarf des Beklagten zu berücksichtigen sei (vgl. dazu im Einzelnen Urk. 2 S. 17 f.). Dass die Parteien diesfalls die Gerichts- und Anwaltskosten aus ihrem Einkommen zu decken vermöchten, liegt auf der Hand. Unter diesen Umständen hätte die Klägerin zunächst einen Prozesskostenvorschuss für das Berufungsverfahren vom Beklagten verlangen müssen.

4.3. In seiner (uneinheitlichen) Rechtsprechung hat das Bundesgericht zum Teil dafürgehalten, die unentgeltliche Rechtspflege dürfe nicht dazu dienen, auf Kosten des Gemeinwesens Gläubiger zu befriedigen, die nicht oder nicht mehr zum Lebensunterhalt der um das Armenrecht nachsuchenden Parteien beitragen, weshalb Schuldverpflichtungen nicht zu berücksichtigen seien. Selbst wenn nicht diese strenge Praxis angewendet wird, dürfen sich jene Schulden nicht in der Bedarfsrechnung niederschlagen, von denen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, dass sie nicht bezahlt werden bzw. nicht bezahlt werden müssen. Für den Nachweis der Zahlungswilligkeit darf verlangt werden, dass sich der Schuldner über seine regelmässigen Schuldrückzahlungen ausweist. Abzahlungsschulden für nicht notwendige, luxuriöse Konsumgüter sind nur zu berücksichtigen, wenn sie nicht ohne erhebliche wirtschaftliche Nachteile zwecks Schuldentilgung/-reduktion veräussert werden können (vgl. Bühler, Die Prozessarmut, in: Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung [Herausg.: Schöbi], Bern 2001, S. 176 ff.).

Der Beklagte hat vor Vorinstanz diverse Belege betreffend Schulden eingereicht (vgl. Urk. 7/10/13-21, Urk. 7/10/22/2, Urk. 7/10/24-30). Es ist indessen nicht substantiiert behauptet (vgl. dazu Urk. 7/8 S. 34 ff.) und belegt worden, dass bzw. welche

- Schulden (vorbehältlich Steuerschulden) einvernehmlich zur Finanzierung der gemeinsamen ehelichen Lebenshaltungskosten aufgenommen wurden,
- Schulden (insbesondere Steuerschulden) zum heutigen Zeitpunkt effektiv noch bestehen,
- Schulden (insbesondere Steuerschulden) der Beklagte bis heute regelmässig zurückbezahlt habe,
- Schulden für die gemeinsame einfache (nicht luxuriöse) Lebenshaltung eingegangen wurden (und nicht durch Veräusserung von luxuriösen Anschaffungen reduziert werden können),
- der Beklagte verpflichtet wäre, Schulden im behaupteten Umfang regelmässig monatlich zurückzubezahlen,
- der Beklagte die Ratenzahlungen nicht reduzieren könnte und entsprechende Bemühungen in diese Richtung unternommen hätte.

Insbesondere wurden offenbar gerade keine Zahlungen an die Steuerbehörden geleistet (Urk. 7/8 S. 36). Demnach fehlt es an einer Begründung für die Berücksichtigung eines Betrags zur Schuldentilgung. Dazu sind die Parteien auf ihren Freibetrag zu verweisen.

4.4. Nicht belegt ist, dass der Beklagte regelmässig Fr. 1'750.– pro Monat für eine Nanny bezahlt hätte (vgl. Urk. 7/8 S. 39, Urk. 7/10/33). Dieser Betrag muss im Rahmen der Berechnung des hier massgeblichen Bedarfs ohnehin als klar überhöht bezeichnet werden, zumal die Vorinstanz dem Beklagten zusätzlich Betreuungskosten von gerundet Fr. 920.– pro Monat zugestand (Urk. 3 S. 29).

4.5. Selbst wenn gewisse Korrekturen an dem der Klägerin anrechenbaren Einkommen angezeigt sein sollten, ist auszuschliessen, dass vom Gesamteinkommen der Parteien von allermindestens Fr. 15'105.– (Fr. 2'615.– [Klägerin, vgl. a. Urk. 2 S. 20] plus Fr. 12'490.– [Beklagter]) nach Abzug eines durchschnittlichen im Armenrechtsverfahren zu berücksichtigenden Gesamtbedarfs einer vierköpfigen Familie, in dem die Schulden der Eheleute nicht berücksichtigt werden, zu wenig Geld für die Bezahlung der Verfahrenskosten übrig bleibt. Im Übrigen ist der Beklagte Alleineigentümer einer Liegenschaft, die zwar etwa in der Höhe des Kaufpreises mit Hypotheken belastet ist, in die aber investiert wurde und die selbst nach Einschätzung des Beklagten einen höheren Wert hat (Prot. I S. 38; vgl. a. Urk. 7/10/31). Bei

dieser Sachlage ist von der Gewissheit auszugehen, dass die Klägerin einen Prozesskostenvorschuss vom Beklagten hätte erhältlich machen können, und demnach die Bedürftigkeit der Klägerin zu verneinen ist. Das Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren ist abzuweisen. Insofern ist von einem Streitwert von (schätzungsweise) Fr. 4'000.– auszugehen.

5. Dem Beklagten ist Frist anzusetzen zur Erstattung der Berufungsantwort (Art. 312 Abs. 1 ZPO, Art. 314 Abs. 1 ZPO), mit dem Hinweis, dass das Verfahren bei Ausbleiben der Berufungsantwort ohne diese weitergeführt würde (Art. 147 ZPO). Im vorliegenden summarischen Verfahren (Art. 271 lit. a ZPO) ist die Anschlussberufung unzulässig (Art. 314 Abs. 2 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Auf das sinngemäss gestellte Gesuch der Klägerin, es sei die Vollstreckbarkeit von Disp.-Ziff. 4 der Zweitverfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Pfäffikon vom 11. Januar 2011 aufzuschieben, wird nicht eingetreten.
3. Dem Beklagten wird eine einmalige, nicht erstreckbare Frist von 10 Tagen ab Zustellung dieser Verfügung angesetzt, um die Berufung schriftlich im Doppel zu beantworten.

Unterbleibt die Beantwortung, wird das Verfahren ohne die Berufungsantwort weitergeführt.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage des Doppels von Urk. 2 sowie - mit dem Ersuchen um Rücksendung innert der Frist gemäss Ziff. 3 hiervor - der Originale von Urk. 6/3-7, je gegen Empfangsschein.

5. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen Disp.-Ziff. 1 und 2 dieses Entscheides wäre innerhalb von 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 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Hinsichtlich Disp.-Ziff. 1 beträgt der Streitwert Fr. 4'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Für die Fristen in diesem Verfahren gilt der Stillstand gemäss Art. 145 ZPO nicht.

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

I. Zivilkammer

Zürich, 30. März 2011

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. B. Häusermann

versandt am:
se