

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE110051-O/U

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Dr. H.A. Müller und
Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. C. Heuberger

Beschluss vom 10. November 2011

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

gegen

B. _____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X. _____,

betreffend **Eheschutz (Besuchsrecht, Unterhaltsbeiträge etc.)**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Uster vom 5. August 2011 (EE110054)**

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte

1.1. Mit Urteil und Verfügung vom 5. August 2011 erledigte der Vorderrichter das von der Klägerin und Berufungsbeklagten (fortan: Klägerin) mit Eingabe vom 17. Mai 2011 anhängig gemachte Eheschutzbegehren (Urk. 1) wie folgt (Urk. 29 = 38 S. 19 ff.):

- "1. Die Parteien werden zum Getrenntleben berechtigt erklärt.
2. Die aus der Ehe der Parteien hervorgegangenen Kinder
 - C._____, geb. am tt.mm.2000, und
 - D._____, geb. am tt.mm.2003,werden für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Klägerin gestellt.
3. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin umgehend sämtliche Ausweispapiere (Pass, Identitätskarten etc.) der beiden Kinder herauszugeben.
4. Der Beklagte wird berechtigt erklärt, die Kinder am ersten und dritten Wochenende eines jeden Monats von Samstag, 09.00 Uhr, bis Sonntag, 19.00 Uhr, sowie jährlich am 2. Weihnachtstag (26. Dezember) und in den Jahren mit gerader Jahreszahl über die Osterfeiertage (Ostersamstag bis und mit Ostermontag) und in Jahren mit ungerader Jahreszahl über die Pfingstfeiertage (Pfingstsamstag bis und mit Pfingstmontag) auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Weiter wird der Beklagte berechtigt erklärt, die Kinder jährlich in den Schulferien während 3 Wochen auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.

Den Parteien steht es zu, einvernehmlich und fallweise weitere zusätzliche Besuche der Kinder beim Beklagten zu vereinbaren.

Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin die Ausübung des Ferienbesuchsrechts mindestens 3 Monate im Voraus anzumelden beziehungsweise mit der Klägerin abzusprechen.

5. Für die beiden Kinder C._____, geb. am tt.mm.2000, und D._____, geb. am tt.mm.2003, wird eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB errichtet.

Mit der Errichtung einer Beistandschaft wird die Vormundschaftsbehörde der Gemeinde E._____ beauftragt.

Der Beistand wird beauftragt, die Ausübung des Besuchsrechts und des Ferienbesuchsrechts zu regeln und zu begleiten, bei Konflikten zu vermitteln und unter Einbezug aller Beteiligten die Modalitäten des Besuchsrechts festzulegen und diese jeweils der veränderten Situation anzupassen.

Sodann wird der Beistand beauftragt, die Parteien bei der Erziehung der Kinder mit Rat und Tat zu unterstützen.

6. Die Klägerin wird verpflichtet, den Beklagten über besondere Ereignisse im Leben der Kinder zu benachrichtigen und vor Entscheidungen, die für die Kinder wichtig sind, anzuhören (insbesondere ihn über die Entwicklung der Kinder regelmässig zu informieren und ihn bezüglich wichtigen Entscheidungen wie Wahl der Schule, Berufswahl, Abschluss von Lehrverträgen, medizinische Eingriffe von einiger Tragweite zu konsultieren). Die Parteien werden zudem verpflichtet, alles zu unterlassen, was das Verhältnis

der Kinder zum anderen Elternteil beeinträchtigt oder die Aufgabe der erziehenden Person erschwert.

7. Die eheliche Wohnung, ..., wird samt Mobiliar und Hausrat für die Dauer des Getrenntlebens der Klägerin zur alleinigen Benützung zugewiesen.
Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin auf erstes Verlangen die noch in seinem Besitz befindlichen Schlüssel zur ehelichen Wohnung (inkl. Nebenräume und Briefkasten) sofort herauszugeben.
8. Der Beklagte wird verpflichtet, seine noch in der ehelichen Wohnung verbliebenen persönlichen Effekten bis spätestens 31. August 2011 von einer neutralen Drittperson abholen zu lassen. Der Abholtermin ist mindestens 7 Tage im voraus schriftlich anzukündigen.
9. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für die Dauer des Getrenntlebens einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von insgesamt Fr. 1'260.–, zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen, zu bezahlen, nämlich Fr. 260.– für die Klägerin persönlich und Fr. 500.–, zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen, für jedes Kind, zahlbar im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, rückwirkend auf den 15. März 2011 (wobei für März 2011 der hälftige Unterhaltsbeitrag geschuldet ist).
10. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin alle notwendigen Unterschriften zu leisten für die alleinige Übernahme der folgenden Verträge und Verpflichtungen:
 - F. ____: Mobilfunkvertrag ...
 - G. ____ Police Nr. ...: Auto-Haftpflicht
 - H. ____ Police Nr.: Motorrad-Haftpflicht
 - Statthalteramt I. ____: Busse (Verfügung vom 30. März 2011)
 - J. ____: TV/Computer (Rechnungs-Nr. ...)Der Beklagte hat die Klägerin für bereits geleistete und zukünftige Raten- oder Abzahlungen sowie die weiteren entstandenen Kosten aus den genannten Verträgen und Kostenstellen auf erstes Verlangen schadlos zu halten, soweit die Klägerin von den Gläubigern belangt wurde und die Zahlungen belegt.
11. Es wird per 18. Mai 2011 die Gütertrennung angeordnet.
12. Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt.
Die weiteren Kosten (Dolmetscherin) betragen: Fr. 300.–.
13. Die Kosten werden dem Beklagten auferlegt, aber aufgrund er ihm gewährten unentgeltlichen Rechtspflege auf die Staatskasse genommen.
Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
14. Der Beklagte wird verpflichtet, Rechtsanwältin Dr.iur. X.____, ..., eine Prozessentschädigung von Fr. 3'500.– (zuzüglich 8,0 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
15. (Mitteilungen)
16. (Rechtsmittelbelehrung)"

Beiden Parteien wurde die unentgeltliche Prozessführung gewährt, der Klägerin zudem die unentgeltliche Rechtsvertretung.

1.2. Hiegegen erhob der Beklagte und Berufungskläger (fortan: Beklagter) mit rechtzeitiger Eingabe vom 19. August 2011 (Datum Poststempel) sinngemäss Berufung (vgl. Urk. 31=36; 32; 35=37).

2. Prozessuales

2.1. Für das vorliegende Berufungsverfahren kommt die am 1. Januar 2011 in Kraft getretene eidgenössische Zivilprozessordnung zur Anwendung (Art. 404 f. ZPO).

2.2. Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Sie hat Berufungsanträge zu enthalten. Der Berufungskläger darf sich nicht darauf beschränken, lediglich die Aufhebung des angefochtenen erstinstanzlichen Entscheides zu beantragen, sondern er muss einen Antrag in der Sache stellen – und zwar in den Rechtsbegehren der Berufungsschrift selbst und nicht bloss in der Begründung. Sind diese Anforderungen nicht erfüllt, ist auf die Berufung nicht einzutreten, ohne dass eine Nachfrist anzusetzen wäre (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar ZPO, N 34 f. zu Art. 311 ZPO).

Bereits an dieser Stelle ist festzuhalten, dass die vorliegende Berufung die letztgenannten Voraussetzungen nicht erfüllt. Zugunsten des unvertretenen Beklagten rechtfertigt es sich aber, allfällige Berufungsanträge seiner Begründung zu entnehmen.

2.3. Dies umso mehr, als sich die Berufung gleichwohl sofort als offensichtlich unbegründet bzw. unzulässig erweist, weshalb auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden kann (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

3. Vorbringen des Beklagten

3.1. Der Beklagte macht geltend, der Klägerin seit seinem Auszug am 18. Mai 2011 jede Woche zwischen Fr. 300.– und Fr. 400.– gegeben zu haben, um Rechnungen zu tilgen. (Erst) im Folgenden führt er einleitend aus, dass er nun "unten" die (neun) Punkte erwähne, die er nicht verstanden habe oder mit denen er nicht

einverstanden sei (Urk. 37 S. 1). Seine erstzitierte Bemerkung muss demnach nicht als Antrag etwa dahingehend verstanden werden, die angeblich bereits bezahlten Beträge von seiner Unterhaltspflicht in Abzug zu bringen, weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist. Im Übrigen wäre dieser erst im Berufungsverfahren gestellte Antrag ohnehin nicht zuzulassen: Er beruht auf Tatsachen, die dem Beklagten zweifelsohne bereits anlässlich der vorinstanzlichen Verhandlung vom 11. Juli 2011 bekannt waren (Art. 317 Abs. 2 lit. b ZPO).

3.2. In **Punkt 2** verlangt der Beklagte eine "unabhängige Bestätigung", dass die Klägerin geistig normal und fähig sei, aus "freien Stücken" einen Haushalt zu führen (...). Er bezieht sich offenbar ("Da von Ihnen entschieden worden ist das meine Kinder bei der Mutter Untergebracht werden.") auf die Obhut über die beiden Kinder, die die Vorinstanz der Klägerin zugeteilt hat. Nachdem der Beklagte aber mit keinem Wort die Obhutzuteilung an sich selber beantragt, besteht kein Anlass, eine solche Bestätigung einzuholen. Daran vermögen auch seine weiteren Ausführungen unter Punkt 2 nichts zu ändern. Im Übrigen hat die von der Vorinstanz am 18. Juli 2011 durchgeführte Kinderanhörung (Prot. I S. 12 f.) keinerlei Anhaltspunkte dafür ergeben, dass das Kindeswohl durch die Klägerin in irgendeiner Art und Weise gefährdet wäre.

3.3. In **Punkt 3** äussert der Beklagte, "natürlich" wolle er seine Kinder jedes Wochenende (zu Besuch) haben. Die Vorinstanz hat dem Beklagten ein gerichtsübliches Besuchsrecht jedes zweite Wochenende zugesprochen. Warum ihm nun ein wöchentliches Wochenendbesuchsrecht zuzusprechen sei, begründet der Beklagte nicht ansatzweise. Auch unter der für Kinderbelange geltenden Untersuchungsmaxime ist es Sache der Parteien, dem Gericht die wesentlichen Sachverhaltselemente vorzutragen; es ist nicht an der Berufungsinstanz, nach Gründen zu forschen, die vielleicht für den Standpunkt des Beklagten sprechen könnten. Zuzufolge ungenügender Begründung ist daher auf die Berufung in diesem Punkt nicht einzutreten, ohne dass eine Nachfrist anzusetzen wäre (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar ZPO, N 37 und 38 zu Art. 311 ZPO).

Zu den Fragen, die der Beklagte unter **Punkt 3** aufwirft, sei kurz Folgendes ausgeführt: Das Kontaktverbot auf 500 m hat die Vorinstanz gerade nicht angeordnet,

weil die Klägerin ihren entsprechenden Antrag zurückgezogen hatte (vgl. Urk. 38 S. 3). Grundsätzlich steht die Befugnis, über den Aufenthaltsort der Kinder zu bestimmen, nunmehr der Klägerin zu. Die Vorinstanz hat aber ausdrücklich festgehalten, dass es den Parteien über das Besuchsrecht hinaus zusteht, einvernehmlich und fallweise weitere zusätzliche Besuche der Kinder beim Beklagten zu vereinbaren.

3.4. Auch bezüglich **Punkt 6** ist der Beklagte darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz das Kontaktverbot nicht ausgesprochen hat, weil die Klägerin auch diesen Antrag zurückgezogen hatte (vgl. Urk. 38 S. 3).

3.5. Die Vorinstanz hat den Beklagten verpflichtet, der Klägerin alle notwendigen Unterschriften zu leisten für die alleinige Übernahme der in Dispositivziffer 10 aufgelisteten Verträge und Verpflichtungen. Damit erklärte sich der Beklagte unter **Punkt 8** ausdrücklich einverstanden (Urk. 37 S. 2 f.). Allfällige Vollstreckungsprobleme, die sich daraus ergeben sollen, dass die Klägerin ein Zusammenwirken angeblich ablehnen soll, sind nicht Gegenstand des Eheschutzverfahrens.

3.6. In **Punkt 9** wendet sich der Beklagte gegen die Bedarfs- und Einkommensberechnung der Vorinstanz und will offensichtlich berufsweise tiefere Unterhaltsbeiträge erreichen. Wie bereits erwähnt (E. 2.2), fehlt es auch diesbezüglich an einem Berufungsantrag. Im Übrigen wurde dem Beklagten entgegen seinen Ausführungen ohnehin nicht ein – hypothetisches – Einkommen von Fr. 4'900.–, sondern ein solches von Fr. 4'100.– (netto) angerechnet (Urk. 38 S. 14). Der Beklagte führt dazu aus, "im Gastor [recte Gastro] Bereich kriegt man selten mehr als 3800 und 4200". Damit anerkennt er – mit dem Vorderrichter, der selbiges ausführlich und zutreffend begründet hat (Urk. 38 S. 14) – selber, dass er ein Einkommen von Fr. 4'100.– durchaus erzielen kann, und zwar bei normalen Arbeitszeiten und auch als Ausländer (vgl. seine entsprechenden Einwendungen in Urk. 37 S. 3); jedenfalls ist nicht einzusehen und bleibt der Beklagte auch jegliche Begründung dafür schuldig, warum es ihm als Ausländer unmöglich sein sollte, eine entsprechende Stelle zu finden. Was der Beklagte schliesslich gegen die vorinstanzliche Berechnung des Existenzminimums der Klägerin (Fr. 4'910.–) einwendet, ist nicht erheblich: Beim vorliegenden Mankofall berechnen sich die Un-

terhaltsbeträge nach der Subtraktion "(hypothetisches) Einkommen Beklagter ./ Existenzminimum Beklagter", und die Beklagte kann mit den ihr so zugesprochenen Fr. 1'260.– ihr Existenzminimum nicht annähernd decken.

Die Pensionskassen der Parteien und allfällige Schulden aus der Ehe werden erst Thema in einem (allfälligen) Scheidungsverfahren sein (vgl. Urk. 37 S. 3).

3.7. Zu den **Punkten 1, 4, 5 und 7** ist schliesslich anzumerken, dass den dortigen Begründungen nicht entnommen werden kann, inwiefern das erstinstanzliche Urteil angefochten wird.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss dem Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

4.2. Der Beklagte hat für das Berufungsverfahren kein ausdrückliches Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt. Hätten seine Ausführungen in Punkt 7 dies bezwecken sollen, so wäre ein solches Gesuch zufolge Aussichtslosigkeit (vgl. vorstehende Erwägungen) abzuweisen gewesen.

4.3. Der Klägerin ist mangels relevanter Umtriebe im Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Auf die Berufung des Beklagten wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden dem Kläger auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage einer Kopie von Urk. 37, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. 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 nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 10. November 2011

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. C. Heuberger

versandt am:
se