

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE130075-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. E. Iseli

Beschluss und Urteil vom 5. Mai 2014

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____,

betreffend **Eheschutz (Unterhalt)**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 15. November 2013 (EE130030-F)

Erwägungen:

1. Die Parteien sind verheiratet und haben drei gemeinsame Kinder: C._____, geboren am tt. mm.2004, D._____, geboren am tt. mm.2007, und E._____, geboren am tt. mm.2011 (vgl. Urk. 3/15+16). Mit Eingabe vom 27. Februar 2013 gelangte die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan: Gesuchstellerin) an das Bezirksgericht Horgen und ersuchte um Anordnung von Eheschutzmassnahmen (Urk. 1). Betreffend den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 48 = Urk. 59 S. 2 ff.). Am 15. November 2013 gewährte die Vorinstanz beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege; der Gesuchstellerin wurde Rechtsanwältin lic. iur. Y._____ und dem Gesuchsgegner und Berufungskläger (fortan: Gesuchsgegner) Rechtsanwalt lic. iur. X._____ als unentgeltliche Rechtsbeistände bestellt (Urk. 59 S. 29). Zeitgleich erging folgendes Urteil (Urk. 59):

- "1. Den Parteien wird das Getrenntleben bewilligt. Es wird vorge-merkt, dass die Parteien seit dem 1. Januar 2013 getrennt leben.
2. Der Antrag der Gesuchstellerin auf Zuteilung der alleinigen elterlichen Sorge wird abgewiesen.
3. Die Kinder
 - C._____, geb. tt.mm.2004,
 - D._____, geb. tt.mm.2007 und
 - E._____, geb. tt.mm.2011werden unter die Obhut der Gesuchstellerin gestellt.
4. Es wird für die Dauer von einem Jahr ab Rechtskraft dieses Urteils ein begleitetes Besuchsrecht angeordnet. Der Gesuchsgegner ist berechtigt, die Kinder an jedem dritten Sonntag von 10.30 Uhr bis 17.00 Uhr im "Begleiteten Besuchstreff der Bezirke F._____ und G._____" unter Aufsicht von Fachpersonen zu besuchen.
5. Für die Kinder
 - C._____, geb. tt.mm.2004,
 - D._____, geb. tt.mm.2007 und
 - E._____, geb. tt.mm.2011wird eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB errichtet.
Die Kinder- und Erwachsenenschutzbehörde des Bezirks F._____ wird angewiesen, einen Beistand für die Kinder zu bestellen.
Der Beistand wird damit beauftragt, die Durchführung des beglei-

teten Besuchsrecht an jedem dritten Sonntag von 10.30 bis 17.00 Uhr im Rahmen des "Begleiteten Besuchstreffs der Bezirke F. _____ und G. _____" zu organisieren und unter Einbezug aller Beteiligten die Übergabe der Kinder zwischen den Eltern festzulegen sowie auch den wöchentlichen Telefonkontakt zwischen den Kindern und dem Gesuchsgegner zu regeln. Zudem wird der Beistand angewiesen, vier Monate nach Beginn des begleiteten Besuchsrechts in Zusammenarbeit mit den Eltern sowie der KJZ zu Händen des Gerichts eine erneute Beurteilung der Notwendigkeit eines begleiteten Besuchsrechts abzugeben.

6. Die RIPOL Einträge der Kinder und des Gesuchsgegners bleiben bestehen.
7. Dem Gesuchsgegner bleibt es für die Dauer von einem Jahr ab Rechtskraft dieses Urteils untersagt, mit den Kindern
 - C. _____, geb. tt.mm.2004, männlich, Staatsangehöriger der Bundesrepublik Deutschland, Pass-Nr. ...
 - D. _____, geb. tt.mm.2007, männlich, Staatsangehöriger der Bundesrepublik Deutschland, Pass-Nr. ...
 - E. _____, geb. tt.mm.2011, weiblich, Staatsangehörige der Bundesrepublik Deutschland, Pass-Nr. ...aus der Schweiz auszureisen.
8. Leistet der Gesuchsgegner der Dispositivziffer 7 keine Folge, wird er gemäss Art. 292 StGB mit Busse bis zu Fr. 10'000.– bestraft.
9. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin persönlich einen Unterhaltsbeitrag von Fr. 2'433.– zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals auf den 1. Januar 2013, abzüglich der bereits geleisteten Zahlungen in der Höhe von Fr. 8'500.–.
10. Der Beklagte wird zudem verpflichtet, der Gesuchstellerin für die Kinder je monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 600.– zuzüglich allfälliger Kinderzulagen zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals auf den 1. Januar 2013.
11. Der Antrag auf Anweisung des Arbeitgebers des Gesuchsgegners wird als gegenstandslos abgeschrieben.
12. Die Entscheidgebühr (Pauschalgebühr) wird festgesetzt auf:
Fr. 4'000.– ; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. 431.25 Dolmetscherkosten inkl. MwSt.
Fr. 4'200.– Abklärungsbericht KiZ ...
Fr. 8'631.25 **Total**
=====
13. Die Kosten werden zu 3/5 dem Gesuchsgegner und zu 2/5 der Gesuchstellerin auferlegt, jedoch zufolge Bewilligung der unent-

geltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung im Sinne von Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

14. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung von Fr. 900.- zu bezahlen.
15. [Mitteilung]
16. [Berufung]"

2. Hiergegen erhob der Gesuchsgegner mit Eingabe vom 9. Dezember 2013 Berufung, mit folgenden Anträgen (Urk. 58 S. 2):

" Das Urteil des Bezirksgerichts Horgen vom 15. November 2013 im Geschäft Nr. EE130030 sei im Erkenntnis wie folgt abzuändern:

1. Es sei die Ziffer 9 des Dispositivs des angefochtenen Urteils aufzuheben und festzustellen, dass der Berufungskläger zurzeit wirtschaftlich nicht zur Zahlung von Unterhalt für die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte für sich persönlich in der Lage ist.
2. Es sei eventualiter die Sache zur neuen Entscheidung auf der Grundlage des Wohnsitzes des Berufungsklägers in Deutschland zur neuen Festsetzung eines hypothetischen Einkommens und hernach von Unterhaltsbeiträgen an die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte an das Bezirksgericht Horgen zurückzuweisen.
3. Es sei die Ziffer 10 des Dispositivs dahingehend abzuändern, dass der Gesuchsgegner und Berufungskläger zu verpflichten sei, der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten für die Kinder je monatlich Fr. 500.-- für jedes Kind, zuzüglich allfällige Kinderzulagen, zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals auf den 1. März 2014.
4. Es sei jedenfalls festzustellen, dass sämtliche verfügten Unterhaltsbeiträge erstmals für den Monat Juli 2013 geschuldet sind.
5. Das Verfahren sei zu sistieren, bis über die Leistungen der deutschen Arbeitslosenversicherung entschieden wurde.
6. Alles unter Entschädigungs- und Kostenfolgen zu Lasten der Berufungsbeklagten, soweit nicht zulasten der Vorinstanz.
7. Es sei dem Berufungskläger für das Berufungsverfahren das unentgeltliche Verfahren zu bewilligen und es sei ihm in der Person des Unterzeichnenden ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zur Seite zu stellen."

In der Folge wurden die Parteien auf den 31. März 2013 zu Vergleichsgesprächen vorgeladen (Prot. S. 2, Urk. 67).

3. Unter Mitwirkung der Gerichtsschreiberin (§ 133 Abs. 2 GOG) schlossen die Parteien anlässlich der Verhandlung vom 31. März 2014 eine Vereinbarung mit folgendem Inhalt (Urk. 70):

- "1. Die Parteien beantragen übereinstimmend, es seien Dispositiv-Ziffern 9 und 10 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Horgen vom 15. November 2013 durch folgende Fassung zu ersetzen:
- "9. Der Gesuchsgegner schuldet der Gesuchstellerin mangels Leistungsfähigkeit keine persönlichen monatlichen Unterhaltsbeiträge.
10. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für die Kinder je monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 600.–, zuzüglich allfälliger Kinderzulagen, zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals auf den 1. Juni 2013."
2. Dieser Vereinbarung liegen folgende aktualisierten finanziellen Verhältnisse zugrunde:
- | | | |
|---|-----|---------|
| - Einkommen Gesuchstellerin | Fr. | 0.– |
| - Erwerbsersatzeinkommen bzw. hypothetisches Einkommen Gesuchsgegner (netto, ohne Kinderzulage) | Fr. | 2'550.– |
| - Bedarf Gesuchstellerin mit Kindern | Fr. | 4'797.– |
| - Bedarf Gesuchsgegner | Fr. | 750.– |
3. Die Parteien vereinbaren – unter Hinweis auf ihre Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege – in Bezug auf das zweitinstanzliche Verfahren, die Gerichtskosten je zur Hälfte zu tragen und gegenseitig auf Parteientschädigungen zu verzichten.
4. Beide Parteien ziehen ihre weitergehenden Anträge im vorliegenden Berufungsverfahren – mit Ausnahme ihrer Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege – zurück.
5. Die Parteien beantragen, das Berufungsverfahren als durch diesen Vergleich erledigt abzuschreiben.
6. Diese Vereinbarung tritt in Kraft, wenn sie nicht von einer Partei bis zum 11. April 2014 (Datum des Poststempels) widerrufen wird."

Innert Frist ging kein Widerruf der Vereinbarung ein (Prot. S. 5).

4. Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die Dispositiv-Ziffern 1 bis 8 und 11 bis 14 des vorinstanzlichen Urteils blieben unangefochten. Damit sind sie am

10. Dezember 2013 in Rechtskraft erwachsen (Urk. 49/1+2). Dies ist vorzumerken.

5.1. Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens bilden die Unterhaltsbeiträge für die Gesuchstellerin persönlich sowie für die Kinder C._____, D._____ und E._____. Für alle Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten gilt uneingeschränkt die Untersuchungs- und Officialmaxime. Das Gericht erforscht den Sachverhalt von Amtes wegen und ist nicht an die Parteianträge gebunden (Art. 296 ZPO). Der Begriff der Kinderbelange beinhaltet auch die Kinderunterhaltsbeiträge. Eine von den Parteien getroffene Vereinbarung betreffend Kinderbelange wird vom Gericht dementsprechend als übereinstimmender Parteiantrag entgegengenommen und geprüft (ZK-Bräm/Hasenböhler, Art. 176 ZGB N 17 und 117).

5.2. Die in der Vereinbarung festgehaltenen Bedarfswahlen des Gesuchsgegners sowie dessen Einkommen unterscheiden sich gegenüber den Zahlen, die dem angefochtenen Entscheid zu Grunde lagen (vgl. Urk. 48 = 59 S. 21 bis 23); dies, weil die Angaben darüber einvernehmlich und gestützt auf glaubhafte neue Ausführungen und Unterlagen aktualisiert wurden. Die Gesuchstellerin erzielt unbestrittenermassen kein Einkommen und lebt von der Sozialhilfe (Urk. 48 = 59 S. 19; vgl. 66/1+2). Die Bedarfswahlen und insbesondere Einkommensverhältnisse des Gesuchsgegners waren im vorliegenden Verfahren umstritten. Vom Gesuchsgegner wurde gerügt, dass ihm von der Vorinstanz ein hypothetisches Einkommen angerechnet wurde (Urk. 58 S. 3 ff.). Dabei ging die Vorinstanz davon aus, der Gesuchsgegner habe in der Schweiz ein Einkommen als Buschauffeur zu erzielen. Sie rechnete ihm ein entsprechendes Einkommen an (Urk. 48 = 59 S. 21 unter Hinweis auf BGer 5A_98/2007 vom 8. Juni 2007, E. 3.3). Die Situation der Parteien präsentiert sich wie folgt: Die Parteien sind seit dem Jahr 2001 verheiratet. Die Gesuchstellerin stammt aus Äthiopien, der Gesuchsgegner aus dem Sudan. Sie haben sich in Deutschland kennengelernt und in ... [Stadt in D] geheiratet. Die Kinder wurden in den Jahren 2004, 2007 und 2011 geboren; sie sind – wie die Parteien – deutsche Staatsangehörige. Der Gesuchsgegner kam im Jahr 2010 in die Schweiz, als er eine Stelle als Buschauffeur bei den ... annahm

(Urk. 1 S. 2, 13/15+16). Die Gesuchstellerin folgte mit den Kindern im August 2012 (Urk. 3/11). Anfang 2013 trennten sich die Parteien (Prot. I S. 14); der Gesuchsgegner kehrte daraufhin nach Deutschland zurück. Die Parteien haben folglich nur rund ein halbes Jahr zusammen in der Schweiz gelebt. Unter diesen Umständen kann vom Gesuchsgegner nicht verlangt werden, dass er sein Einkommen weiter in der Schweiz zu verdienen hat. Im Rahmen der vorliegenden Vereinbarung haben sich die Parteien unter Mitwirkung der Gerichtsschreiberin auf monatliche Unterhaltsbeiträge von je Fr. 600.– pro Kind geeinigt. Vor diesem Hintergrund drängen sich keine weiteren Abklärungen auf. Es ist davon auszugehen, dass der vereinbarte Unterhalt der Lebensstellung und Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners entspricht. Die Unterhaltspflicht des Gesuchsgegners ist antragsgemäss zu regeln.

5.3. Hinsichtlich des Ehegattenunterhalts vereinbarten die Parteien, dass der Gesuchsgegner der Gesuchstellerin mangels Leistungsfähigkeit keine persönlichen monatlichen Unterhaltsbeiträge schuldet. Der Ehegattenunterhalt unterliegt der Parteiautonomie. Der Vergleich hat hinsichtlich dieser Punkte die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheides (Art. 241 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 219 ZPO). Entsprechend ist das Verfahren im Übrigen ohne Weiterungen – ausser der Kostenregelung – abzuschreiben (Art. 241 Abs. 2 ZPO).

6. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 2 lit. a, c und d sowie § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 2 lit. b, § 8 Abs. 1, § 10 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG, LS 211.11) auf Fr. 1'500.– festzusetzen. Nach Massgabe des Vergleichs sind die Kosten des Berufungsverfahrens den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und es ist davon abzusehen, Parteienschädigungen zuzusprechen (Art. 109 Abs. 1 ZPO).

7.1. Beide Parteien stellten auch für das Berufungsverfahren Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung (Urk. 58 S. 2 und Urk. 64 bis 66/1-2; vgl. Ziffer 3 der Vereinbarung). 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).

Wer diese Bedingungen erfüllt, hat ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand, soweit dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

7.2. Es wurde bereits erwähnt, dass die Gesuchstellerin kein Einkommen erzielt und von der Sozialhilfe lebt (Urk. 66/1+2). Sie verfügt selbstredend auch über kein nennenswertes Vermögen (vgl. Urk. 11/3 und 13/5). Die Mittellosigkeit der Gesuchstellerin ist somit ausgewiesen. Sodann kann nicht gesagt werden, dass ihr Standpunkt im Berufungsverfahren aussichtslos gewesen und sie nicht auf rechtlichen Beistand angewiesen wäre. Damit ist der Gesuchstellerin die unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren zu gewähren und Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____ als ihre unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

7.3. Der Gesuchsteller wird zur Zeit von der Bundesagentur für Arbeit unterstützt (Urk. 68/3). Auch er verfügt über kein nennenswertes Vermögen (vgl. Urk. 10/12, Prot. I S. 11 und Urk. 74). Die Mittellosigkeit des Gesuchsgegners ist somit ebenfalls ausgewiesen. Sodann kann nicht gesagt werden, dass sein Standpunkt im Berufungsverfahren aussichtslos gewesen und er nicht auf rechtlichen Beistand angewiesen wäre. Damit ist dem Gesuchsgegner die unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren zu gewähren und Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ als sein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ reichte mit Eingabe vom 1. April 2014 eine Honorarnote ein (Urk. 71). Er wird nach Rechtskraft des vorliegenden Entscheides aus der Gerichtskasse zu entschädigen sein.

Es wird beschlossen

1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositiv-Ziffern 1 bis 8 sowie 11 bis 14 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 15. November 2013 am 10. Dezember 2013 in Rechtskraft erwachsen sind.

2. Der Gesuchstellerin wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
3. Dem Gesuchsgegner wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
4. Schriftliche Mitteilung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für die Kinder C. _____, geb. tt.mm.2004, D. _____, geb. tt.mm.2007 und E. _____, geb. tt.mm.2011 monatliche Unterhaltsbeiträge von je Fr. 600.–, zuzüglich allfälliger Kinderzulagen, zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals auf den 1. Juni 2013.
2. Im Übrigen wird das Verfahren abgeschrieben.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge der ihnen gewährten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 Abs. 1 ZPO bleibt vorbehalten.
5. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Bezirksgericht Horgen sowie an das Migrationsamt des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

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

4. Eine Beschwerde gegen Dispositiv-Ziffern 1 und 3 bis 5 dieses Entscheids 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 im Sinne von Art. 90 BGG sowie ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von 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.

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).

Zürich, 5. Mai 2014

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin

lic. iur. E. Iseli

versandt am: js