

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE140053-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Montani Schmidt

Beschluss vom 16. Oktober 2014

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

betreffend **Eheschutz**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 2. September 2014 (EE140089-C)

Erwägungen:

1.1 Mit Urteil vom 2. September 2014 entschied die Vorinstanz über das von der Klägerin und Berufungsklägerin (fortan Klägerin) eingereichte Eheschutzbegehren wie folgt (Urk. 25 S. 9 ff.):

"1. Die Trennungsvereinbarung der Parteien vom 5. November 2013 wird vorgemerkt und hinsichtlich der Kinderbelange genehmigt. Sie lautet wie folgt:

1. Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes

Die Parteien stellen fest, seit 25. Juni 2014 getrennt zu leben und vereinbaren die Fortführung des Getrenntlebens auf unbestimmte Zeit.

2. Elterliche Sorge, Obhut und persönlicher Verkehr

a) Elterliche Sorge

Die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes ändert nichts an der gemeinsamen elterlichen Sorge für den gemeinsamen Sohn

- C._____, geboren am tt.mm.2010

Entsprechend sind die Parteien verpflichtet, sämtliche wesentlichen Fragen der Pflege, Erziehung und Ausbildung miteinander abzusprechen. Den Parteien ist bekannt, dass ein Aufenthaltswechsel des Sohnes der Zustimmung beider Eltern bedarf, wenn der neue Aufenthaltsort im Ausland liegt, oder der Wechsel des Aufenthaltsortes erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge und die persönlichen Kontakte zwischen einem Elternteil und dem Kind hat.

b) Obhut

Die Parteien beantragen, es sei die Obhut für den Sohn C._____ der Mutter zuzuteilen.

c) Persönlicher Verkehr

Der Vater ist berechtigt und verpflichtet, die Betreuungsverantwortung für den Sohn C._____ auf eigene Kosten wie folgt zu übernehmen:

- bis 31. Dezember 2014 an jedem zweiten Samstag von 1400 - 1800 Uhr,
- ab 1. Januar 2015 an jedem zweiten Wochenende von Samstag 1000 Uhr bis Sonntag 1900 Uhr, vorausgesetzt der Vater hat am 1. Januar 2014 einen festen Wohnsitz mit einer eigenen dafür geeigneter Wohnung, sonst spätestens ab diesem Zeitpunkt;

Ausserdem ist der Vater berechtigt und verpflichtet, den Sohn ab Eintritt in die Primarstufe während der Ferien für die Dauer von drei Wochen pro Jahr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.

Die Eltern sprechen sich über die Aufteilung der Ferien mindestens drei Monate im Voraus ab. Können sie sich nicht einigen, so kommt dem Vater in Jahren mit gerader Jahreszahl das Entscheidungsrecht bezüglich der Aufteilung der Ferien zu; in Jahren mit ungerader Jahreszahl der Mutter.

Weitergehende oder abweichende Wochenend-, Feiertags- oder Ferienkontakte nach gegenseitiger Absprache bleiben vorbehalten.

3. Beistandschaft

Die Parteien beantragen dem Gericht, es sei für den Sohn C._____ eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und Abs. 2 ZGB zu errichten. Dem Beistand seien die folgenden Aufgaben zu übertragen:

- Festlegung der Modalitäten des persönlichen Verkehrs (Übergabeort, -zeit, etc.);
- Unterstützung der Eltern mit Rat und Tat;
- Vermittlung zwischen den Eltern bei Streitigkeiten die Kinder betreffend;

4. Unterhalt

a) Kinderunterhalt

Die Parteien übernehmen diejenigen Kosten für den Sohn C._____, die während der Zeit anfallen, die er beim betreuenden Elternteil verbringt (insb. Verpflegung, Anteil Miete, Alltagsbekleidung) jeweils selber.

Der Vater verpflichtet sich, der Mutter monatliche Beiträge an die Kinderkosten für den Sohn C._____ in der Höhe von CHF 330.- (zuzüglich Familien-, Kinder- und/oder Ausbildungszulagen) zu bezahlen. Die Beiträge an die Kinderkosten sind im Voraus zahlbar, und zwar jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals auf den 1. Januar 2015.

b) Ehegattenunterhalt

Die Ehefrau akzeptiert die Berechnung des Gerichts, wonach mangels Leistungsfähigkeit des Ehemannes keine Ehegattenunterhaltsbeiträge zugesprochen werden können. Gestützt darauf verzichtet sie einstweilen auf persönliche Ehegattenunterhaltsbeiträge.

c) Grundlagen der Unterhaltsberechnung

Dieser Vereinbarung liegen folgende finanzielle Verhältnisse der Parteien zugrunde:

- Erwerbseinkommen Ehefrau (inkl. 13. Monatslohn, zuzüglich Familien-, Kinder- und/oder Ausbildungszulagen): CHF 200.- netto;
- Erwerbseinkommen Ehemann (inkl. 13. Monatslohn, zuzüglich Familien-, Kinder- und/oder Ausbildungszulagen): CHF 2'450.- netto, ab 1. Januar 2015 CHF 3600.- netto
- Vermögen Ehemann: CHF 0;
- Vermögen Ehefrau: CHF 0;
- Bedarf Ehemann: CHF 2'550.- (inkl. laufende Steuern), aber 1. Januar 2015 CHF 3'270.-; gemäss separater Berechnung;
- Bedarf Ehefrau mit den Kindern C._____ und D._____: CHF 3'870.- (inkl. laufende Steuern); gemäss separater Berechnung;
- Wohnung

Der Ehemann überlässt der Ehefrau die eheliche Wohnung an dem ... [Adresse] in ... zur Benützung.

5. Mobiliar und Hausrat

Über die Herausgabe einzelner Hausratsgegenstände verständigen sich die Parteien aussergerichtlich.

6. Gütertrennung

Die Parteien beantragen dem Gericht übereinstimmend die Anordnung der Gütertrennung mit Wirkung ab 14. August 2014.

7. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Parteien übernehmen die Gerichtskosten je zur Hälfte und verzichten gegenseitig auf eine Parteientschädigung.

Die Mehrkosten für einen begründeten Entscheid trägt diejenige Partei, die eine Begründung verlangt.

2. Zwischen den Parteien wird die Gütertrennung mit Wirkung ab 14. August 2014 angeordnet.

3. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 3'000.00 ; die weiteren Auslagen betragen:

Fr. 375.00 Dolmetscherkosten

Fr. 3'375.00 Total

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

4. Die Gerichtskosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Beide Parteien werden auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.

5. Vom gegenseitigen Verzicht der Parteien auf Parteientschädigung wird Vormerk genommen.

6. Schriftliche Mitteilung an

- die Parteien
- das Migrationsamt des Kantons Zürich.

7. Ein Vergleich hat die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheids (Art. 241 Abs. 2 ZPO).

Eine Revision gemäss Art. 328 ff. ZPO ist zulässig, wenn geltend gemacht wird, dass der Vergleich unwirksam ist. Einzureichen ist das Revisionsgesuch innert 90 Tagen seit Entdeckung des Revisionsgrundes im Doppel beim Bezirksgericht Bülach, Einzelgericht, Postfach, 8180 Bülach. In der Revisionschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind im Doppel und mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Eine Beschwerde gegen die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieses Entscheids kann innert 10 Tagen von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim

Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Beschwerdeschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Die gesetzlichen Fristenstillstände gemäss Art. 145 Abs. 1 ZPO gelten nicht (Art. 145 Abs. 2 ZPO)."

1.2 Mit Eingabe vom 19. September 2014 (Datum Poststempel, eingegangen am 22. September 2014) erhob die Klägerin innert Frist Berufung mit folgenden Anträgen (Urk. 24 S. 2):

"1. Es sei der angefochtene Entscheid nach der Dispositivziffer 1 durch eine zusätzliche Dispositivziffer wie folgt zu ergänzen:

"2. Für den Sohn C._____ wird eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB errichtet und der Beistand oder die Beiständin wird beauftragt, die Modalitäten des persönlichen Verkehrs (Übergabeort, -zeit etc.) festzulegen, die Eltern mit Rat und Tat zu unterstützen und bei Streitigkeiten betreffend die Kinder zwischen den Eltern zu vermitteln.

Die KESB Kreis Bülach-Süd, Schaffhauserstrasse 104, Postfach 624, 8152 Glattbrugg, wird mit der Errichtung der Beistandschaft und der Ernennung eines Beistandes oder einer Beiständin beauftragt."

2. Die Dispositivziffern 2 (Anordnung Gütertrennung) bis 7 (Rechtsmittelbelehrung) seien dementsprechend neu als Dispositivziffern 3 bis 8 zu bezeichnen.

3. Es sei der Klägerin für das vorliegende Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und es sei ihr in der Person des Unterzeichneten für das Rechtsmittelverfahren ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

4. Alles ohne Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin."

1.3 Am 9. September 2014 (Tag des Erhalts des Entscheides) wies der Rechtsvertreter der Klägerin die Vorinstanz telefonisch darauf hin, dass die gerichtliche Errichtung der an sich ja genehmigten Beistandschaft im Dispositiv fehle und andererseits der Verweis in Ziffer 1 des Urteilsdispositiv auf die Trennungsvereinbarung vom "5. November 2013" offensichtlich fehlerhaft sei (Urk. 24 S. 8; Urk. 32).

2. Mit Verfügung der Vorinstanz vom 12. September 2014 wurde das Urteil wie folgt berichtigt (Urk. 30 S. 1 ff.):

"1. Die Trennungsvereinbarung der Parteien vom 14. August 2014 wird vorgemerkt und hinsichtlich der Kinderbelange genehmigt. Sie lautet wie folgt:

"1.-7. [...].

2. Für das Kind C._____ wird eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB errichtet. dem Beistand werden folgende Aufgaben übertragen:

- Festlegung der Modalitäten des persönlichen Verkehrs (Übergabeort, -zeit, etc.);
- Unterstützung der Eltern mit Rat und Tat;
- Vermittlung zwischen den Eltern bei Streitigkeiten die Kinder betreffend;

Die KESB Kreis Bülach Süd wird ersucht, den Beistand zu ernennen.

3.-6. [...]

8. Schriftliche Mitteilung an

- die Parteien
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die KESB Kreis Bülach Süd.

9. [...]"

Dieser Entscheid wurde der Klägerin am 2. Oktober 2014 zugestellt (Urk. 20) und blieb unangefochten. Damit ist die vorliegende Berufung gegenstandslos und das Verfahren abzuschreiben (Art. 242 ZPO).

3.1 Die Prozesskosten sind der unterliegenden Partei aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Das Gericht kann von den Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen, wenn das Verfahren als gegenstandslos abgeschrieben wird und das Gesetz nichts anderes vorsieht (Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO). Vorliegend rechtfertigt es sich, für das vorliegende Berufungsverfahren keine Kosten zu erheben: Die Klägerin hat sich umgehend nach Erhalt des erstinstanzlichen Entscheides (Verfügung und Urteil vom 2. September 2014, Versand am 8. September 2014) am 9. September 2014 (Urk.18) telefonisch an die Vorinstanz gewandt und auf die vorzunehmende Berichtigung hingewiesen (Urk. 32). Sodann hätte der Vorinstanz die kurze Rechtsmittelfrist (so unterliegt das angefochtene Urteil jedenfalls in den vorliegend angefochtenen Kinderbelangen – entgegen der [unzutreffenden bzw. unvollständigen] Rechtsmittelbe-

lehrung – der Berufung, wobei die Rechtsmittelfrist 10 Tage beträgt, Art. 321 Abs. 2 ZPO) und die damit zusammenhängende Problematik bekannt sein müssen. Zwar datiert der Berichtigungsentscheid der Vorinstanz vom 12. September 2014, indes wurde dieser erst am 1. Oktober 2014 – und damit 12 Tage nach Ablauf der Rechtsmittelfrist für die Klägerin –, der Schweizerischen Post zu Händen des klägerischen Rechtsvertreters übergeben (Urk. 33). Damit aber blieb dem klägerischen Rechtsvertreter in Nachachtung seiner anwaltlichen Sorgfaltspflicht keine andere Möglichkeit, als die vorliegende Berufung zu erheben, da bei einer fehlenden Berichtigung bzw. Abweisung des Gesuchs um Berichtigung die Rechtsmittelfrist zur Anfechtung des Urteils vom 2. September 2014 nicht neu zu laufen beginnt. Demgemäss hat die Klägerin die Kosten des Berufungsverfahrens nicht unnötig verursacht, zumal die Berufungsschrift auch erst am 19. September 2014 und damit am letzten Tag der Berufungsfrist eingereicht worden ist. Ebenso wenig aber hat der Beklagte die Kosten des Berufungsverfahrens verursacht. Entsprechend sind in Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. e und Abs. 2 ZPO keine Kosten zu erheben.

3.2 Bei diesem Ausgang ist der Klägerin keine Parteientschädigung zuzusprechen. Dem Beklagten ist mangels relevanter Umtriebe im Berufungsverfahren ebenso keine Parteientschädigung zuzusprechen.

3.3 Die Klägerin ersuchte für das Berufungsverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 24 S. 2). Mit Verfügung vom 2. September 2014 hat die Vorinstanz der Klägerin die unentgeltliche Rechtspflege gewährt, indes ihr Begehren um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters abgewiesen (Urk. 25 S. 8, Dispositivziffer 2 und 3 der Verfügung). Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung (Art. 117 ZPO in Verbindung mit Art. 118 Abs. 1 lit. b ZPO) ist infolge dessen, dass für das Berufungsverfahren keine Kosten zu erheben sind, als gegenstandslos abzuschreiben. Zu prüfen bleibt, ob der Klägerin ein unentgeltlicher Rechtsvertreter für das Berufungsverfahren zu bestellen ist.

3.4 In finanzieller Hinsicht ist davon auszugehen, dass sich die diesbezüglichen Verhältnisse der Klägerin seit dem 2. September 2014 nicht verbessert ha-

ben. Mit Blick auf die von der Vorinstanz vorgenommene Berichtigung kann so- dann nicht gesagt werden, dass die vorliegende Berufung von vornherein aus- sichtslos gewesen wäre. Ebenso wenig kann gesagt werden, die Berufung sei unnötigerweise erhoben worden und es wäre der Klägerin zuzumuten gewesen, den vorinstanzlichen Berichtigungsentscheid vorab abzuwarten, nachdem dieser ihr ohne ihr Zutun erst am 2. Oktober 2014 und damit rund zwei Wochen nach Fristablauf zugestellt worden ist (Urk. 33). Mit Blick auf die unzutreffende Rechts- mittelbelehrung kann bei der rechtsunkundigen Klägerin auch keine fehlende Notwendigkeit für eine anwaltliche Vertretung erblickt werden. Damit ist der Klä- gerin die unentgeltliche Rechtspflege im Sinne von Art. 117 ZPO in Verbindung mit Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO unter Hinweis auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 Abs. 1 ZPO auch für das Berufungsverfahren zu gewähren; es ist ihr in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X._____ ein unentgeltlicher Rechtsvertreter für das Berufungsverfahren zu bestellen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Prozessfüh- rung für das Berufungsverfahren wird abgeschrieben.
2. Der Klägerin wird für das Berufungsverfahren in der Person von Rechtsan- walt lic. iur. X._____ ein unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt.
3. Das Berufungsverfahren wird abgeschrieben.
4. Es werden keine Kosten erhoben.
5. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage je ei- nes Doppels von Urk. 24, Urk. 26-27/2 und Urk. 29, an das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Bülach, je gegen Empfangsschein.

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

7. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 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, 16. Oktober 2014

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am:
se