

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE150056-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichterin Dr. D. Scherrer sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

Beschluss und Urteil vom 5. November 2015

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsteller und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 10. August 2015 (EE140168-I)

Erwägungen:

1. Die Parteien standen ab dem 22. Dezember 2014 in einem Eheschutzverfahren vor dem Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster.
2. Am 10. August 2015 fällte die Vorinstanz den folgenden Entscheid (Urk. 56 S. 30 ff.):

Es wird verfügt:

1. Das Gesuch der Gesuchsgegnerin um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages in der Höhe von Fr. 4'500.– plus 8 % Mehrwertsteuer wird abgewiesen.
2. Beiden Parteien wird die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt.
3. Dem Gesuchsteller wird in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin und der Gesuchsgegnerin wird in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
4. (Mitteilungssatz).
5. (Rechtsmittelbelehrung).

Es wird erkannt:

1. Die Parteien werden zum Getrenntleben berechtigt erklärt.
Im Übrigen wird auf den Antrag, es sei Vormerk zu nehmen, dass die Parteien seit dem 1. Januar 2014 das Getrenntleben aufgenommen haben, nicht eingetreten.
2. Die Obhut über die Kinder C._____, geboren am tt.mm.2002, und D._____, geboren tt.mm.2004, wird der Gesuchsgegnerin zugeteilt.
3. Der Gesuchsteller wird berechtigt erklärt, die Kinder wie folgt auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen:
 - an den Wochenenden gerader Kalenderwochen von Freitag 18 Uhr bis Sonntag 18 Uhr,
 - in den Jahren mit gerader Jahreszahl die erste Ferienwoche der Weihnachts-/Neujahrsschulferien,
 - in den Jahren mit ungerader Jahreszahl die zweite Ferienwoche der Weihnachts-/Neujahrsschulferien,
 - in den Jahren mit gerader Jahreszahl über die Osterfeiertage (Karfreitag bis und mit Ostermontag) und

- in den Jahren mit ungerader Jahreszahl über die Pfingstfeiertage (Pfingstsamstag bis und mit Pfingstmontag).

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

Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin die Ausübung des Ferienbesuchsrechts mindestens drei Monate im Voraus anzumelden beziehungsweise mit der Gesuchsgegnerin abzusprechen. Können sich die Parteien nicht einigen, so kommt dem Gesuchsteller in den Jahren mit gerader Jahreszahl das Entscheidungsrecht bezüglich der Aufteilung der Ferien zu; in den Jahren mit ungerader Jahreszahl der Gesuchsgegnerin.

4. Die eheliche Wohnung – E. _____, F. _____ – wird samt Hausrat und Mobiliar für die Dauer des Getrenntlebens der Gesuchsgegnerin (und den Kindern) zur alleinigen Benützung zugewiesen.
5. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin für die Dauer des Getrenntlebens an die Kosten des Unterhalts der Kinder monatliche Beiträge in der Höhe von je Fr. 1'200.– (zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Familien-, Kinder- und Ausbildungszulagen) zu bezahlen. Die Beiträge sind im Voraus zahlbar, und zwar jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals rückwirkend auf den 1. April 2015. Allfällige bereits geleistete Zahlungen des Gesuchstellers sind davon in Abzug zu bringen.
6. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin für die Dauer des Getrenntlebens monatliche Ehegattenunterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 2'500.– zu bezahlen. Der Betrag ist im Voraus zahlbar, und zwar jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals rückwirkend auf den 1. April 2015. Allfällige bereits geleistete Zahlungen des Gesuchstellers sind davon in Abzug zu bringen.
7. Die übrigen Anträge der Parteien werden abgewiesen, soweit auf sie eingetreten wird und soweit sie nicht gegenstandslos geworden sind.
8. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'000.–.
9. Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge der beiden Parteien bewilligten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung gestützt auf Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
10. Parteientschädigungen werden keine zugesprochen.
11. (Mitteilungssatz).
12. (Rechtsmittelbelehrung).
13. (Hinweis auf Art. 145 Abs. 2 ZPO).

3. Gegen das vorgenannte Urteil legte die Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin (fortan Gesuchsgegnerin) Berufung ein und stellte die folgenden Anträge (Urk 55 S. 2 f.):

1. Das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 10. August 2015 (Geschäfts-Nr. EE140168) sei in Dispositiv Ziff. 5 und 6 aufzuheben.
2. In Gutheissung der Berufung seien Dispositiv Ziff. 5 und 6 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 10. August 2015 wie folgt abzuändern:
 5. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin für die Dauer des Getrenntlebens an die Kosten des Unterhalts der Kinder monatliche Beiträge in der Höhe von je Fr. 1'450.– (zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Familien-, Kinder- und Ausbildungszulagen) zu bezahlen. Die Beiträge sind im Voraus zahlbar, und zwar jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals rückwirkend auf den 1. April 2015. Allfällige bereits geleistete Zahlungen des Gesuchstellers sind davon in Abzug zu bringen.
 6. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin für die Dauer des Getrenntlebens monatliche Ehegattenunterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 3'500.– zu bezahlen. Der Betrag ist im Voraus zahlbar, und zwar jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals rückwirkend auf den 1. April 2015. Allfällige bereits geleistete Zahlungen des Gesuchstellers sind davon in Abzug zu bringen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt) zulasten des Berufungsbeklagten für das vorliegende zweitinstanzliche Verfahren.

4. Mit Eingabe vom 12. Oktober 2015 schloss der Gesuchsteller und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchsteller) innert Frist auf kostenfällige Abweisung der Berufung (Urk. 61 S. 2). Die Berufungsantwort wurde am 15. Oktober 2015 der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 64).

5. Mit Zuschrift vom 29. Oktober 2015 reichte die Gesuchsgegnerin eine von den Parteien am 26. Oktober 2015 unterzeichnete Vereinbarung ein und ersuchte um entsprechende Erledigung des Berufungsverfahrens (Urk. 65). Die Vereinbarung hat folgenden Wortlaut:

- "1. Dispositiv Ziff. 6 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 10. August 2015 (Geschäfts-Nr. EE140168) sei wie folgt abzuändern:
6. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin für die Dauer des Getrenntlebens monatliche Ehegattenunterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 2'650.– zu bezahlen. Der Betrag ist im Voraus zahlbar, und zwar jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals rückwirkend auf den 1. April 2015. Allfällige bereits geleistete Zahlungen des Gesuchstellers sind davon in Abzug bringen.
2. Das Berufungsverfahren zwischen den Parteien Geschäfts-Nr. LE150056 sei als dadurch erledigt abzuschreiben.
 3. Die Kosten des Berufungsverfahrens übernehmen die Parteien unter Hinweis auf die beidseitig gestellten Gesuche um unentgeltliche Prozessführung (Art. 118 Abs. 1 lit. b ZPO) je zur Hälfte.
 4. Die Parteien verzichten unter Hinweis auf die beidseitig gestellten Gesuche um unentgeltliche Prozessverbeiständung (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO) gegenseitig auf Parteientschädigungen."
6. Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die Dispositiv-Ziffern 1 bis 4 sowie 7 bis 10 des vorinstanzlichen Urteils blieben unangefochten. Damit sind sie am 17. September 2015 in Rechtskraft erwachsen (Urk. 49/1+2). Dies ist vorzumerken.
7. Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens bilden die Unterhaltsbeiträge für die Gesuchsgegnerin persönlich sowie für die Kinder C._____ und D._____. 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).

8. Das Gericht hat die die Vergleichs- resp. Anerkennungsfähigkeit des Vergleichs zu prüfen. Weiter ist Klarheit und Vollständigkeit in dem Sinne zu fordern, dass die Parteierklärungen alle streitigen Rechtsbegehren abdecken, sofern nicht lediglich eine teilweise Prozesserledigung angestrebt ist (Liebster, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 241 N 19). Die Parteivereinbarung vom 26. Oktober 2015 äussert sich nicht zur angefochtenen Dispositiv-Ziffer 5. Allerdings halten die Parteien im Ingress fest, dass die Vereinbarung die umgehende "Beendigung des Berufungsverfahrens" bezwecke und in Ziffer 3 wird die entsprechende Erledigung des Berufungsverfahrens beantragt. Die Parteierklärungen sind nach Treu und Glauben so zu verstehen, dass die angefochtenen Kinderunterhaltsbeiträge unverändert gemäss vorinstanzlichem Entscheid bleiben sollen. In einem Nachtrag vom 30. Oktober 2015 hat denn die Gesuchsgegnerin, welche die entsprechende Dispositiv-Ziffer 5 angefochten hat, klargestellt, dass Dispositiv-Ziffer 5 des Urteils der Vorinstanz unverändert bleiben soll (Urk. 68). Vor diesem Hintergrund drängen sich keine weiteren Abklärungen auf. Es ist davon auszugehen, dass die von der Vorinstanz festgesetzte Unterhaltspflicht der Lebensstellung und Leistungsfähigkeit des Gesuchstellers entspricht. Die Unterhaltspflicht des Gesuchstellers ist antragsgemäss zu regeln.

9. Der von den Parteien vereinbarte Ehegattenunterhalt gemäss Ziffer 1 der Vereinbarung unterliegt der Parteiautonomie. Der Vergleich hat insofern die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheides (Art. 241 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 219 ZPO). Entsprechend ist das Verfahren im Übrigen ohne Weiterungen abzuschreiben (Art. 241 Abs. 3 ZPO), unter vereinbarungsgemässer Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen.

10. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist gestützt auf § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 2 lit. b, § 8 Abs. 1, § 10 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) auf Fr. 1'000.– festzusetzen. Nach Massgabe des Vergleichs sind die Kosten des Berufungsver-

fahrens den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und es ist davon abzusehen, Parteienschädigungen zuzusprechen (Art. 109 Abs. 1 ZPO).

11.1 Beide Parteien stellen auch für das Berufungsverfahren Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung (Urk. 55 S. 3; Urk. 61 S. 2; vgl. Ziff. 3 + 4 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).

11.2 Die Vorinstanz erachtete beide Parteien als mittellos (Urk. 56 S. 29, 30). Dies wohl mit der Begründung, dass das Gesamteinkommen der Parteien tiefer ist als die Summe beider Bedarfe und die Gesuchsgegnerin einen Mankobetrag zu tragen hat (Urk. 56 S. 24).

11.3 Die Parteien sind Miteigentümer einer Stockwerkliegenschaft in F. _____, für welche in der Steuererklärung 2013 ein Wert von Fr. 587'000.– deklariert ist und dem zwei Hypotheken von Fr. 450'000.– und Fr. 200'000.– gegenüber stehen (Urk. 10/6).

11.4 Steht eine Liegenschaft oder ein Stockwerkeigentumsanteil im Allein- oder Miteigentum eines Gesuchstellers (oder seines Ehegatten) erachtet die Rechtsprechung sämtliche Möglichkeiten der Beschaffung flüssiger Mittel durch Veräusserung – auch von selbst genutztem Wohneigentum –, Vermietung nicht vermieteter Räumlichkeiten oder Aufnahme eines zusätzlichen Hypothekendarlehens als zumutbar und vorrangig gegenüber dem Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege (BGE 120 Ia 179 E. 3a S. 181; 119 Ia 11 E. 5 S. 12; 118 Ia 369 E. 4a S. 370 f). Die Zumutbarkeit beurteilt sich aufgrund sämtlicher Umstände des konkreten Einzelfalles (BGer 5A_294/2008 E. 3.4.1 m.H.).

11.5 Auch wenn der Steuerwert mutmasslich tiefer ist als der Verkehrswert, ist aufgrund der hohen hypothekarischen Belastung nicht damit zu rechnen, dass eine weitere Belehnung möglich wäre. Dies insbesondere deshalb, weil die Parteien

über keinen Freibetrag und somit über keine freien Mittel verfügen, um die höheren Hypothekarzinsen zu entrichten. Der Gesuchsteller hat denn im erstinstanzlichen Verfahren ein entsprechendes Schreiben der Zürcher Kantonalbank eingereicht (Urk. 10/15). Das Eheschutzverfahren endet mit dem heutigen Entscheid. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung fällt die angemessene Berücksichtigung allfälligen Vermögens ohnehin ausser Betracht, wenn dieses erst nach Abschluss des Prozesses realisiert werden kann (vgl. BGE 118 Ia 369 E. 4b). Selbst wenn beim Verkauf der von der Gesuchsgegnerin und den beiden unmündigen Kindern bewohnten Liegenschaft ein Erlös erzielt werden könnte, wäre dieser erst später realisierbar und damit im massgebenden Zeitpunkt noch gar nicht vorhanden. Deshalb kann die Frage, ob ein Verkauf der ehelichen Wohnung für die allfällige Finanzierung des Eheschutzverfahrens zumutbar wäre, offen gelassen werden. Im Zeitpunkt des Entscheids verfügen die Parteien jedenfalls nicht über die liquiden Mittel zur Bestreitung der Prozesskosten, und sie gelten demnach als bedürftig im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO.

11.6 Der jeweilige Standpunkt der Parteien im Berufungsverfahren ist nicht als aussichtslos zu bezeichnen. Auch kann nicht gesagt werden, dass die Parteien nicht auf rechtlichen Beistand angewiesen wären. Damit sind die beiden Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege gutzuheissen, und es ist dem Gesuchsteller Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin, der Gesuchsgegnerin Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

11.7 Der Kostenanteil der Parteien ist einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten. Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ reichte mit Eingabe vom 29. Oktober 2015 eine Honorarnote ein (Urk. 67). 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 4 sowie 7 bis 10 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 10. August 2015 am 17. September 2015 in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Dem Gesuchsteller wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
3. Der Gesuchsgegnerin 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 Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin für die Dauer des Getrenntlebens an die Kosten des Unterhalts der Kinder monatliche Beiträge in der Höhe von je Fr. 1'200.– (zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Familien- Kinder- und Ausbildungszulagen) zu bezahlen. Die Beiträge sind im Voraus zahlbar, und zwar jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals rückwirkend auf den 1. April 2015. Allfällige geleistete Zahlungen des Gesuchstellers sind davon in Abzug zu bringen.
2. Im Übrigen wird das Verfahren abgeschrieben.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.– 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 den Gesuchsteller unter Beilage der Doppel von Urk. 65 und 68 und einer Kopie von Urk. 66, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

7. 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 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. November 2015

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Notz

versandt am:
mc