

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LY140010-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin  
lic. iur. M. Stammbach und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie  
Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Muraro-Sigalas.

## Beschluss und Urteil vom 26. Mai 2014

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Gesuchsteller und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Uster vom 28. März 2014; Proz. FE130086**

**Erwägungen:**

**I.**

1. Die Parteien sind seit dem tt. August 2012 verheiratet, am tt.mm.2013 wurde der gemeinsame Sohn C.\_\_\_\_\_ geboren (act. 17). Seit dem 21. März 2013 befinden sich die Eheleute in einem Ehescheidungsverfahren vor dem Bezirksgericht Uster. Mit Verfügung vom 28. März 2014 wurden im Rahmen des Ehescheidungsverfahrens die folgenden vorsorglichen Massnahmen erlassen (act. 4, 5 und 6/41):

- "1. Das aus der Ehe der Gesuchsteller hervorgegangene Kind C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2013, wird für die Dauer des vorliegenden Verfahrens unter die Obhut der Gesuchstellerin gestellt.
2. Der Gesuchsteller wird berechtigt erklärt, C.\_\_\_\_\_ ab Rechtskraft des vorliegenden Entscheids für die Dauer des Verfahrens am begleiteten Besuchssonntag für die Bezirke Uster, Pfäffikon und Hinwil, D.\_\_\_\_\_, ... [Adresse], unter Berücksichtigung der Öffnungszeiten des Besuchstreffs, an einem Sonntag im Monat für zwei Stunden auf eigene Kosten zu sehen.
3. Die für C.\_\_\_\_\_ mit Entscheid der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Uster vom 2. Oktober 2013 errichtete Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB wird für die Dauer des Verfahrens fortgeführt und der Beistand wird insbesondere beauftragt, die Ausübung des Besuchsrechts zu begleiten, bei Konflikten zu vermitteln und unter Einbezug aller Beteiligten die Modalitäten des Besuchsrechts festzulegen und diese jeweils der veränderten Situation anzupassen.
4. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin an den Unterhalt des gemeinsamen Sohnes C.\_\_\_\_\_ monatliche Unterhaltsbeiträge zu bezahlen:
  - Fr. 651.– rückwirkend ab 1. Juni 2013 bis 30. September 2013 sowie
  - Fr. 885.– ab 1. Oktober 2013 für die Dauer des Verfahrens, zuzüglich allfälliger von ihm bezogener gesetzlicher oder vertraglicher Familienzulagen, zahlbar im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.
5. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen werden im Endentscheid geregelt.

## 6./7. Mitteilung und Rechtsmittel"

2. Die Verfügung vom 28. März 2014 wurde der Gesuchstellerin am 31. März 2014 zugestellt (act. 6/42). Mit Eingabe vom 10. April 2014 (Poststempel) erhob die Gesuchstellerin rechtzeitig Berufung und beantragte was folgt:

"1. Dispositiv Ziffer 2 der angefochtenen Verfügung sei insoweit aufzuheben, als der Beginn des begleiteten Besuchsrechts im Besuchstreff erst nach Erfüllung der nachfolgenden Voraussetzungen erfolgt:

rechtskräftige Erledigung des vor Bezirksgericht Uster hängigen Vaterschaftsanfechtungsverfahrens

und

rechtskräftige Feststellung, dass der Gesuchsteller der Vater des Sohnes C.\_\_\_\_\_ ist.

2. Dispositiv Ziffer 4 sei insofern zu ergänzen, als der Gesuchsteller zu verpflichten ist, rückwirkend, bereits für die Monate April und Mai 2013 die von ihm zu beziehenden / bezogenen gesetzlichen oder vertraglichen Familienzulagen / Kinderzulagen zu bezahlen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen inkl. 8% Mehrwertsteuer zulasten des Beklagten."

Weiter beantragte die Beschwerdeführerin die Erteilung der aufschiebenden Wirkung in Bezug auf die Dispositiv Ziffer 2 der angefochtenen Verfügung und stellte das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (act. 2 S. 2).

3. Mit Verfügung vom 24. April 2014 wurde der Berufung in Bezug auf die Dispositiv Ziffer 2 des angefochtenen Entscheids (Besuchsrecht) die aufschiebende Wirkung erteilt. Ausserdem wurde dem Gesuchsteller Frist angesetzt, um zur Erteilung der aufschiebenden Wirkung Stellung zu nehmen und die Berufung zu beantworten (act. 7). Die Verfügung vom 24. April 2014 wurde dem Gesuchsteller am 25. April 2014 zugestellt (act. 8/2).

4. Mit Eingabe vom 5. Mai 2014 (Poststempel) reichte der Gesuchsteller rechtzeitig die Berufungsantwort mit dem folgenden Rechtsbegehren ein (act. 9):

"Es seien dem Gesuchsteller und Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren keine Kosten aufzuerlegen.

Auf das Stellen von materiellen Rechtsbegehren wird verzichtet."

Der Gesuchsteller verzichtete sowohl auf eine Stellungnahme zur aufschiebenden Wirkung als auch auf Gegenanträge zu den Berufungsanträgen. Er stellte aber das Gesuch, es sei ihm für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und ihm in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Da er das Berufungsverfahren nicht verschuldet habe, sei er weder zur Bezahlung der Gerichtskosten noch einer Parteientschädigung zu verpflichten. Er habe zu keinem Zeitpunkt bestritten, dass die Kinderzulagen der Gesuchstellerin zustünden, solange sie die Obhut über C. \_\_\_\_\_ habe und er die Kinderzulagen beziehe.

## II.

1. Ein Zurückkommen auf die Frage der aufschiebenden Wirkung erübrigt sich, da der Gesuchsteller diesbezüglich keinen Antrag stellt. Es kann sogleich auf die Berufungsanträge eingegangen werden.
2. Ob dem Antrag der Gesuchstellerin zum Besuchsrecht (Antrag Ziffer 1) mangels Gegenantrags des Gesuchstellers ohne Weiteres stattzugeben ist, ist nachfolgend zu prüfen.

Vor der Vorinstanz stellte die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 30. Oktober 2013 das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen und damit den Antrag, es sei dem Gesuchsteller für die Dauer des Verfahrens kein Besuchsrecht einzuräumen (act. 6/28 S. 2, Antrag Ziffer 2, und act. 4 S. 2). Im Berufungsverfahren ändert die Gesuchstellerin ihren Antrag zum Besuchsrecht und verlangt für dessen Ausübung **neu** die rechtskräftige Erledigung des hängigen Vaterschaftsanfechtungsverfahrens und die rechtskräftige Feststellung, dass der Gesuchsteller der Vater von C. \_\_\_\_\_ ist.

Gemäss Art. 317 Abs. 2 ZPO ist eine Klageänderung nur noch zulässig, wenn die Voraussetzungen nach Art. 227 Abs. 1 ZPO gegeben sind, und sie auf neuen Tatsachen und Beweismitteln beruht. Die Voraussetzungen von Art. 227 Abs. 1 ZPO sind vorliegend erfüllt. Ob neue Tatsachen und Beweismittel vorliegen, beur-

teilt sich nach Art. 317 Abs. 1 ZPO. Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO werden neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Das Bundesgericht entschied, dass die Novenbeschränkung auch für Verfahren nach Art. 243 Abs. 2 ZPO gilt, in welchen gemäss Art. 247 Abs. 2 ZPO die "soziale Untersuchungsmaxime" zur Anwendung gelangt (BGE 138 III 374, E. 4.3.1). Zudem entschied das Bundesgericht, dass Art. 229 Abs. 3 ZPO ("Hat das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären, so berücksichtigt es neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung") in der Berufung nicht analog anwendbar sei (BGE 138 III 625 E. 2.2). Ob das auch für die Fälle der strengen "Erforschungsmaxime" für Kinderbelange im Zivilprozess (Art. 296 ZPO) oder im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (Art. 446 Abs. 1 ZGB) so gehandhabt werden kann, wurde vom Bundesgericht bisher noch nicht geklärt. Bis dahin wendet die Kammer einstweilen Art. 229 Abs. 3 ZPO in den genannten Materien analog auf das Verfahren der Berufung an (Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, Beschluss und Urteil vom 8. Mai 2013, Geschäfts-Nr. LC130019 Erw. 3.1.).

Demzufolge ist der neue Antrag der Gesuchstellerin zuzulassen. Mangels Gegenantrags des Gesuchstellers und mangels Gefährdung des Kindeswohls ist dem Antrag Ziffer 1 der Gesuchstellerin stattzugeben und die Dispositiv Ziffer 2 des angefochtenen Entscheids abzuändern. Der Begriff der Rechtskraft ist allerdings wegen seiner Unklarheit (vgl. die Verfügung Z01 vom 24. April 2014, act. 7) durch den Begriff der Vollstreckbarkeit zu ersetzen. Dass das Besuchsrecht nur für die Dauer des Massnahmeverfahrens angeordnet wird, ist nicht explizit zu erwähnen; dass vorsorgliche Massnahmen nur für die Dauer des Verfahrens gelten, versteht sich von selbst. Die neue Dispositiv Ziffer 2 der vorinstanzlichen Verfügung vom 28. März 2014 ist somit durch folgende Fassung zu ersetzen:

- "2. Der Gesuchsteller wird berechtigt erklärt, C.\_\_\_\_\_ am begleiteten Besuchssonntag für die Bezirke Uster, Pfäffikon und Hinwil, D.\_\_\_\_\_, ... [Adresse], unter Berücksichtigung der Öffnungszeiten des Besuchstreffe, an einem Sonntag im Monat für zwei Stunden auf eigene Kosten zu sehen.

Das Besuchsrecht ist erst dann vollstreckbar, wenn die Klage auf Anfechtung der Vaterschaft abgewiesen wurde und die Vaterschaft des Gesuchstellers feststeht."

3. Die Gesuchstellerin verlangt Kinderzulagen ab April 2013. Der Gesuchsteller wurde erst ab Juni 2013 zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen verpflichtet. Die Gesuchstellerin spricht zudem sinngemäss an, es reiche nicht aus, wenn der Gesuchsteller bereits *bezogene* Kinderzulagen zahlen müsse. Der Gesuchsteller müsse auch *verpflichtet* werden, die Kinderzulagen seit April 2013 zu *beziehen*, soweit er Anspruch auf solche habe (act. 2 S. 6 f.). Zu diesem Antrag stellt der Gesuchsteller keinen Gegenantrag und anerkennt, bezogene Kinderzulagen zu schulden.

Gemäss Art. 285 Abs. 2 ZGB sind Kinderzulagen, Sozialversicherungsrenten und ähnliche für den Unterhalt des Kindes bestimmte Leistungen, die dem Unterhaltspflichtigen zustehen, zusätzlich zum Unterhaltsbeitrag zu zahlen, soweit das Gericht nichts anderes bestimmt. Die Vorinstanz setzte Unterhaltsbeiträge ab Juni 2013 fest und verpflichtete den Gesuchsteller, zusätzlich zum Unterhaltsbeitrag allfällige bezogene gesetzliche oder vertragliche Familienzulagen zu bezahlen (Dispositiv Ziffer 4). Damit beginnt die Verpflichtung zur Zahlung von Familienzulagen (zusätzlich zum Unterhaltsbeitrag) erst ab dem Monat Juni 2013. Allfällige gesetzliche oder vertragliche Familienzulagen für die Monate April und Mai 2013 sind deshalb auch ins Dispositiv aufzunehmen.

Dass der Gesuchsteller nicht nur dann zur Zahlung von Familienzulagen verpflichtet ist, wenn er sie auch bezogen hat, ergibt sich bereits aus dem Gesetz. Massgebend ist nicht der Bezug (sofern dies die Vorinstanz mit ihrer Formulierung denn überhaupt zum Ausdruck bringen wollte), sondern die Anspruchsberechtigung des Gesuchstellers (vgl. Art. 285 Abs. 2 ZGB und Art. 8 FamZG). Es empfiehlt sich daher, die Formulierung "von ihm bezogener" in der Dispositiv Ziffer 4 zu streichen.

In Gutheissung des Antrages Ziffer 2 der Gesuchstellerin ist der letzte Absatz der Dispositiv Ziffer 4 der vorinstanzlichen Verfügung vom 28. März 2014 durch folgende Fassung zu ersetzen:

"4. [...]

zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Familienzulagen seit April 2013, zahlbar im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.

4. Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass die Berufung gutzuheissen ist und die Dispositiv Ziffern 2 und 4 des vorinstanzlichen Entscheids im Sinne der vorstehenden Erwägungen neu zu formulieren sind.

### III.

Beide Parteien stellen das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Aus dem vorinstanzlichen Entscheid ergibt sich, dass dem Gesamteinkommen der Parteien von Fr. 8'005.– ein Gesamtbedarf von Fr. 6'961.– gegenübersteht und die Zuteilung des Überschusses zu einem Drittel an den Gesuchsteller und zu zwei Dritteln an die Gesuchstellerin und C.\_\_\_\_\_ erfolgt (act. 4 S. 19). Diese finanziellen Verhältnisse haben sich nicht wesentlich verändert. Die Parteien besitzen zudem kein Vermögen (vgl. act. 2 S. 9 f., act. 6/6/8 und 6/6/9 sowie act. 9 S. 4 f., act. act. 6/15 und 6/16/8-13).

Die Parteien verfügen somit nicht über die erforderlichen Mittel, um neben dem Lebensunterhalt für die Prozesskosten aufzukommen. Aus diesem Grund und weil die Rechtsbegehren der Parteien nicht als aussichtslos erscheinen, ist ihnen die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren. Der Gesuchstellerin ist Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_ als Rechtsbeiständin zu bestellen. Dem Gesuchsteller ist Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_ als Rechtsbeistand zu bestellen.

### IV.

Es rechtfertigt sich, über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens bereits im vorliegenden Entscheid zu befinden und nicht bis zum Endentscheid abzuwarten (Art. 104 Ziff. 3 ZPO).

Umständehalber ist auf die Erhebung von Gerichtskosten für das Berufungsverfahren zu verzichten.

Prozessentschädigungen sind mangels Unterliegens einer Partei nicht zuzusprechen: Gemäss Art. 106 ZPO ist für die Verteilung der Prozesskosten massgebend, ob bzw. inwieweit die Parteien obsiegen und unterliegen. Der Gesuchsteller verzichtete darauf, Anträge zu stellen. Eine Auseinandersetzung mit sich gegenüberstehenden Anträgen erfolgte somit nicht, was aber Voraussetzung für das Unterliegen einer Partei ist.

**Es wird beschlossen:**

1. Der Gesuchstellerin wird Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_ als Rechtsbeiständin und dem Gesuchsteller wird Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_ als Rechtsbeistand bestellt. Die Parteien sind gemäss Art. 123 Abs. 1 ZPO zur Nachzahlung verpflichtet.
2. Mitteilung mit nachstehendem Urteil.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Berufung werden die Dispositiv Ziffern 2 und 4 der vorinstanzlichen Verfügung vom 28. März 2014 wie folgt neu formuliert:
  - "2. Der Gesuchsteller wird berechtigt erklärt, C. \_\_\_\_\_ am begleiteten Besuchssonntag für die Bezirke Uster, Pfäffikon und Hinwil, D. \_\_\_\_\_, ... [Adresse], unter Berücksichtigung der Öffnungszeiten des Besuchstreffs, an einem Sonntag im Monat für zwei Stunden auf eigene Kosten zu sehen.  
  
Das Besuchsrecht ist erst dann vollstreckbar, wenn die Klage auf Anfechtung der Vaterschaft abgewiesen wurde und die Vaterschaft des Gesuchstellers feststeht."
  - "4. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin an den Unterhalt des gemeinsamen Sohnes C. \_\_\_\_\_ monatliche Unterhaltsbeiträge zu bezahlen:
    - Fr. 651.– rückwirkend ab 1. Juni 2013 bis 30. September 2013 sowie

- Fr. 885.– ab 1. Oktober 2013 für die weitere Dauer des Verfahrens,

zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Familienzulagen seit April 2013, zahlbar im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats."

2. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren fällt ausser Ansatz und es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Uster, je gegen Empfangsschein.
4. 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, in einem Massnahmeverfahren im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert der vermögensrechtlichen Angelegenheit beträgt ca. Fr. 400.– bis Fr. 1'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Muraro-Sigalas

versandt am: