

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr. LC140015-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler

Beschluss und Urteil vom 17. Februar 2015

in Sachen

A. _____,

Beklagte und Berufungsklägerin

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung**

Berufung gegen ein Teilurteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 5. Mai 2014; Proz. FE130077

Rechtsbegehren:

Rechtsbegehren des Klägers:

(act. 59 S. 2 i.V.m. act. 1)

"[...] Es sei die am tt. Februar 1992 geschlossene Ehe gestützt auf Art. 114 ZGB zu scheiden, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 8 % MwSt.) zu lasten der Beklagten."

Antrag der Beklagten:

(act. 53 S. 2)

"Die Klage sei abzuweisen unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Klägers."

Teilurteil des Bezirksgerichtes Horgen:

1. Die Ehe der Parteien wird gestützt auf Art. 114 ZGB geschieden.
2. Das Verfahren wird bei Rechtskraft des vorliegenden Teilurteils betreffend den Scheidungsnebenfolgen fortgesetzt.
3. Die Festlegung der Entscheidunggebühr für das Teilurteil betreffend Scheidungspunkt wird dem verfahrensabschliessenden Entscheid vorbehalten.
4. Die Regelung der Parteientschädigung für das Teilurteil betreffend Scheidungspunkt wird dem verfahrensabschliessenden Entscheid vorbehalten.
5. Mitteilung/Rechtsmittel.

Berufungsanträge:

der Berufungsklägerin und Beklagten (act. 71 S. 2):

- "1. In Gutheissung der Berufung sei die Klage abzuweisen.

2. Die Kosten für das Urteil vom 5. Mai 2014 seien dem Kläger aufzuerlegen und der Kläger sei zu verpflichten, die Beklagte für das erstinstanzliche Verfahren zu entschädigen.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens seien dem Kläger aufzuerlegen und er sei zu verpflichten, die Beklagte für das Berufungsverfahren angemessen zu entschädigen."

des Klägers und Berufungsbeklagten (act. 76 S. 2):

- "1. Auf die Berufung der Berufungsklägerin bzw. der Beklagten vom 11. Juni 2014 sei mangels Rechtsschutzinteresse unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 8% MWSt) zulasten der Berufungsklägerin nicht einzutreten.
2. Eventualiter sei die Berufung der Berufungsklägerin bzw. der Beklagten vom 11. Juni 2014 unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 8% MWSt) zulasten der Berufungsklägerin vollumfänglich abzuweisen und das vorinstanzliche Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 5. Mai 2014 sei zu bestätigen."

Prozessualer Antrag:

"Es sei dem Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und es sei ihm die Unterzeichnende als unentgeltliche Rechtsbeiständin für das obergerichtliche Verfahren zu bestellen."

Weiterer prozessualer Antrag:

"Es seien die Obergerichtsakten mit der Geschäfts-Nr.: LY130003-O betreffend Berufung bezüglich vorsorglicher Massnahmen zwischen den gleichen Parteien beizuziehen."

Erwägungen:

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte:

1. Die Parteien sind seit dem tt. Februar 1992 verheiratet. Am tt.mm.1992 kam ihr gemeinsamer Sohn C._____ zur Welt.

Mit Eingabe vom 16. November 2006 leitete die Beklagte, Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (fortan Berufungsklägerin) ein Eheschutzverfahren ein. Mit Ver-

fügung vom 23. Januar 2007 merkte das Gericht vor, die Parteien lebten seit dem 4. Juli 2006 auf unbestimmte Zeit getrennt, stellte das Kind unter die Obhut der Berufungsklägerin und nahm von der Regelung der weiteren Nebenfolgen gemäss Konvention der Parteien Vormerk bzw. genehmigte deren Ziffern 3 und 4. Weiter wurde per 23. Januar 2007 die Gütertrennung angeordnet. In der Konvention verpflichtete sich der Kläger, Gesuchsgegner und Berufungsbeklagte (fortan Berufungsbeklagter) unter anderem, der Berufungsklägerin für sich persönlich einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'800.00 zu bezahlen.

2. Mit Eingabe vom 1. April 2013 reichte der Berufungsbeklagte bei der Vorinstanz die Scheidungsklage ein (act. 1). Die Berufungsklägerin stellte am 30. Mai 2013 den Antrag um Erlass vorsorglicher Massnahmen, wonach der Berufungsbeklagte zu verpflichten sei, ihr für die Dauer des Verfahrens einen monatlich im Voraus zahlbaren Unterhaltsbeitrag von Fr. 2'500.00 zu bezahlen, zahlbar ab 1. Juni 2013 (act. 24). An der Einigungsverhandlung vom 6. Juni 2013 kam keine Einigung zustande (Prot. I S. 5 ff.). Die Parteien wurden in der Folge zur Verhandlung über die vorsorglichen Massnahmen auf den 12. September 2013 vorgeladen. Mit Eingabe vom 1. Juli 2013 stellte der Berufungsbeklagte ebenfalls ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen. Er beantragte, es sei festzustellen, dass er mit Wirkung ab 1. Juli 2013 nicht mehr in der Lage sei resp. es ihm nicht mehr zugemutet werden könne, der Berufungsklägerin persönliche Unterhaltsbeiträge zu bezahlen (act. 36). Mit Urteil vom 26. September 2013 wies die Vorinstanz das Begehren der Berufungsklägerin ab und hiess jenes des Berufungsbeklagten gut. Sie hob dessen Pflicht zur Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen an die Berufungsklägerin persönlich mit Wirkung ab 1. Juli 2013 für die Dauer des Scheidungsverfahrens auf. In teilweiser Gutheissung der von der Berufungsklägerin gegen diesen Entscheid erhobenen Berufung hob die Kammer mit Urteil vom 31. Januar 2014 die Pflicht des Berufungsbeklagten zur Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen an die Berufungsklägerin persönlich erst mit Wirkung ab 1. Juli 2014 für die Dauer des Scheidungsverfahrens auf (act. 62 S. 20 Dispositiv-Ziffer 1).

Im Einvernehmen mit den Parteien beschränkte die Vorinstanz das Hauptverfahren vorerst auf den Scheidungspunkt. Nach Anordnung eines doppelten Schriftenwechsels und ohne ein Beweisverfahren durchzuführen schied die Vorinstanz die Ehe der Parteien mit Teilurteil vom 5. Mai 2014 gestützt auf Art. 114 ZGB (act. 72 S. 10 Dispositiv-Ziffer 1) und stellte in Aussicht, das Verfahren werde bei Rechtskraft des Teilurteils zur Regelung der Scheidungsnebenfolgen fortgesetzt (act. 72 S. 10 Dispositiv-Ziffer 2). Gegen dieses Teilurteil erhob die Berufungsklägerin rechtzeitig Berufung und beantragte, es sei die Klage abzuweisen (act. 71). Der Berufungsbeklagte beantragte seinerseits, es sei auf die Berufung mangels Rechtsschutzinteresses nicht einzutreten, eventualiter sei die Berufung abzuweisen (act. 76). Die Berufungsklägerin hat zur Berufungsantwort eine Stellungnahme eingereicht (act. 81). Der Prozess ist spruchreif. Dem Berufungsbeklagten ist lediglich noch das Doppel von act. 81 zuzustellen.

II. Formelles:

1. Das erstinstanzliche Verfahren wurde unter der Herrschaft der schweizerischen ZPO rechtshängig gemacht. Sowohl für das Verfahren vor Bezirksgericht als auch für das Rechtsmittelverfahren gilt somit die schweizerische ZPO.
2. Mit Beschluss vom 24. Juni 2014 bewilligte die Kammer der Berufungsklägerin für das Berufungsverfahren antragsgemäss die unentgeltliche Prozessführung und bestellte ihr Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ als unentgeltlichen Rechtsvertreter (act. 74).
3. In der Berufungsantwort erneuerte der Berufungsbeklagte das bereits vor Vorinstanz gestellte Gesuch, es sei ihm auch für das Rechtsmittelverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und es sei ihm Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen (act. 76 S. 2). Die Vorinstanz bewilligte mit Verfügung vom 17. Juni 2013 beiden Parteien die unentgeltliche Prozessführung und bestellte ihnen je einen unentgeltlichen Rechtsbeistand (act. 33). Aus den erstinstanzlichen Akten (act. 18/1-14) und den neu einge-

reichten Unterlagen (act. 77/2-4) ergibt sich, dass der Berufungsbeklagte nach wie vor mittellos ist. Zudem erscheint der Rechtsstandpunkt des Berufungsbeklagten nicht von vornherein als aussichtslos. Mithin ist dem Berufungsbeklagten für das Rechtsmittelverfahren die umfassende unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.

4. Der Berufungsbeklagte stellte den weiteren prozessualen Antrag, es seien die Akten des Verfahrens LY130033 zwischen denselben Parteien beizuziehen. Gegenstand jenes bereits erwähnten, von der Kammer am 31. Januar 2014 mit Urteil abgeschlossenen Berufungsverfahrens waren die für die Dauer des Scheidungsverfahrens geltenden vorsorglichen Massnahmen. Dem Gesuch wurde durch den Beizug der Akten bereits entsprochen (vgl. act. 78). Weiterungen erübrigen sich.

III. Materielles:

1. Gemäss Art. 114 ZGB kann ein Ehegatte die Scheidung verlangen, wenn die Ehegatten bei Eintritt der Rechtshängigkeit der Klage mindestens zwei Jahre getrennt gelebt haben. Die Trennungsfrist beginnt im Zeitpunkt zu laufen, in dem ein Ehegatte das eheliche Zusammenleben willentlich aufgibt oder – in Ausnahmefällen – gar nicht erst aufnimmt (Botschaft des Bundesrates zum neuen Scheidungsrecht vom 15. November 1995, S. 90). Die Aufnahme des Getrenntlebens ist ein faktischer Vorgang, der als solcher mit dem Faktum der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts gleichzusetzen ist (FamKomm Scheidung/Fankhauser, 2. Auflage, Art. 114 N 14). Art. 114 ZGB setzt grundsätzlich voraus, dass die zweijährige Frist des Getrenntlebens ununterbrochen angedauert hat. Haben die Ehegatten das Zusammenleben wieder aufgenommen und ist dies ernst gemeint und auf Dauer angelegt, wird auch eine gerichtlich angeordnete Trennung ohne gerichtliche Mitwirkung beendet (BSK ZGB I-Steck, 5. Auflage, Art. 114 N 16 mit weiteren Hinweisen). In diesem Fall wird die zweijährige Frist unterbrochen (d.h. aufgehoben) und nicht bloss gehemmt, so dass bei einer erneuten Trennung die zweijährige Frist neu zu laufen beginnt (ebd.). Ein kurzer erfolgloser Versuch des Zusammenlebens zu Versöhnungszwecken, und selbst eine Mehrzahl solcher Versuche, bewirkt bzw. bewirken jedoch weder einen Stillstand der Frist noch ei-

ne Unterbrechung der laufenden Frist. Das Gleiche gilt für persönliche Kontakte, z.B. gemeinsame Freizeitaktivitäten, gemeinsame Urlaube oder sexuelle Kontakte bei fehlender Wiederaufnahme eines umfassenden Zusammenlebens (ebd.).

2.a) Die Vorinstanz erwog, es sei fraglich, ob das Führen einer Beziehung, wie sie die Berufungsklägerin darstelle, einer Wiederaufnahme des Zusammenlebens gleichkomme. Hierbei ging die Vorinstanz im Sinne einer Arbeitshypothese von folgendem, von der Berufungsklägerin vorgetragenen Sachverhalt aus (act. 72 S. 4 f.): Die Berufungsklägerin habe dem Berufungsbeklagten noch im Jahr 2012 einen Nachschlüssel für die Wohnung im "... [Adresse]" in ... [Ortschaft] anfertigen lassen und übergeben. Der Berufungsbeklagte habe häufig, teilweise auch mehrmals täglich, Mahlzeiten mit der Berufungsklägerin und dem gemeinsamen Sohn C._____ eingenommen; er sei regelmässig in der Wohnung ein- und ausgegangen. Die Parteien hätten sich gegenseitig den/die Hund(e) bei Ferienabwesenheit gehütet. Viele Feiertage seien gemeinsam gefeiert worden und die Parteien hätten sich bei diesen Gelegenheiten gegenseitig beschenkt. Das Postkonto sei während der Trennungszeit weiterhin auf die Namen beider Parteien gelaufen (wobei sich – entgegen der Interpretation der Berufungsklägerin – weder aus der an beide Parteien an die Wohnadresse der Berufungsklägerin, d.h. an den ehemaligen ehelichen Wohnsitz, gerichteten Korrespondenz [act. 32/2], noch aus der Vollmachtsregelung [act. 54/1] ergebe, dass die Parteien das Konto bewusst gemeinsam weitergeführt oder gar extra neu eröffnet hätten). Der Berufungsbeklagte habe während der gesamten Trennungszeit bestimmte persönliche Effekten in der Wohnung der Berufungsklägerin belassen. Die Parteien hätten während der Trennungszeit SMS ausgetauscht, welche auf eine (auch intime) Beziehung der Parteien hinwiesen. Der Berufungsbeklagte habe die Berufungsklägerin teilweise mit Kosenamen angesprochen und auch vor Dritten auf den Mund geküsst. Nicht zuletzt hätten die Parteien regelmässig intim miteinander verkehrt, wobei zumindest bloss unregelmässig verhütet worden sei. Nachdem die Berufungsklägerin im Jahr 2009 ein – wohl gemeinsames – Kind verloren gehabt habe, habe der Berufungsbeklagte sie mit den Worten getröstet, "man werde es wieder versuchen".

b) Zusammenfassend – so die Vorinstanz – könne davon ausgegangen werden, dass die Parteien seit März 2007, d.h. auch während der letzten zwei Jahre vor Einleitung des Scheidungsverfahrens am 2. April 2013, eine intime Beziehung geführt hätten. Die subjektiven Elemente, insbesondere die eigenen Absichten und die Vorstellungen über die Absichten des jeweils anderen Partners, blieben naturgemäss zumindest im Zwielficht und wären auch in einem Beweisverfahren nicht zu klären (act. 72 S. 6/7).

Die Vorinstanz erwog weiter (act. 72 S. 7 f.), nach dem Gesagten sei das Verhältnis, welches die Ehegatten seit März 2007 miteinander pflegten, allerdings nicht entscheidend. Wenn schon ein Versuch des Zusammenlebens nicht ausreichte, um die Trennungsfrist zu unterbrechen, so könne eine (auch sexuelle und auch im sozialen Umfeld wahrnehmbare) Beziehung ohne den Versuch des Zusammenlebens ebenfalls nicht genügen. Es spiele keine Rolle, ob die Parteien eine "eigentliche" (auch intime) Beziehung geführt hätten. Entscheidend sei einzig, ob sie wieder zusammen gelebt, d.h. wieder eine umfassende körperliche, geistig-seelische und wirtschaftliche Gemeinschaft von Dach, Tisch und Bett gebildet hätten, und dies ernsthaft und auf Dauer. Insbesondere setze ein Zusammenleben, welches ausreiche, um die Trennungsfrist nach Art. 114 ZGB zu unterbrechen, unabdingbar voraus, dass die Ehegatten zusammen wohnten. Voraussetzung für eine Wiederaufnahme des Zusammenlebens sei ein gemeinsamer Haushalt. Zwar liege nicht zwingend eine Aufnahme eines Getrenntlebens vor, wenn Ehegatten sich bei der Ausgestaltung ihres Ehelebens für getrennte Wohnsitze entschieden und auf ein Eheleben in zwei Wohnungen geeinigt hätten oder wenn die bloss räumliche Trennung nicht ehebedingt, sondern auf berufliche oder ähnliche Gründe zurückzuführen sei (BSK ZGB I-Steck, Art. 114 N 8).

c) Die Vorinstanz erwog schliesslich, die Parteien hätten über Jahre vor ihrer – immerhin auch eheschutzrichterlich vorgemerkten – Trennung im Jahr 2006 allerdings eine klassische Ehe mit einem einzigen gemeinsamen Wohnsitz geführt. Fehle nach einer Trennung in einer solchen Ehe das Element des gemeinsamen Wohnsitzes, so liege keine Wiederaufnahme des Zusammenlebens vor. Die Parteien hätten seit ihrer Trennung im Jahr 2006 unbestrittenermassen keinen ge-

meinsamen Haushalt mehr geführt. Der Berufungsbeklagte habe nach unbestrittener Darstellung nur ein einziges Mal, nämlich betrunken an der Fasnacht 2009, in der Wohnung der Berufungsklägerin übernachtet. Damit könnten die umstrittenen Details der von den Parteien während der letzten Jahre geführten Beziehung offen bleiben (act. 72 S. 8).

3. Der Berufungsbeklagte bezweifelt in erster Linie, ob die Berufungsklägerin ein Rechtsschutzinteresse daran habe, weiterhin an der Ehe festzuhalten. Religiöse Gründe habe sie nicht geltend gemacht. Es könnten aber auch keine monetären Gründe sein, da die Berufungsklägerin seit dem 1. Juli 2014 rechtskräftig und zweitinstanzlich entschieden keinen Unterhaltsbeitrag mehr von ihm erhalte. Aus diesem Grunde sei auf die Berufung nicht einzutreten (act. 76 S. 3, act. 62).

Der Berufungsbeklagte verkennt, dass der rein formelle Bestand einer Ehe als solcher ungeachtet der tatsächlichen Situation der Eheleute ein rechtlich schützenswertes Interesse darstellt. Zudem bestehen auch ohne Geldleistungen des einen Ehepartners an den Unterhalt des anderen nach wie vor finanzielle Interessen in Form allfälliger Erbansprüche und allfälliger Ansprüche auf Leistungen, die auf der zweiten Säule gründen. Letztere werden überdies auf den Zeitpunkt hin berechnet, in welchem die Scheidung rechtskräftig wird, weshalb der Berechtigte ein Interesse an einer möglichst langen Ehedauer hat.

Mithin ist auf die Berufung einzutreten.

4.1. Die Berufungsklägerin macht im Wesentlichen geltend, der Rechtsstandpunkt der Vorinstanz sei falsch, es liege keine Wiederaufnahme des ehelichen Zusammenlebens vor, weil einzig entscheidend sei, ob die Ehegatten zusammen wohnten und einen gemeinsamen Haushalt führten, fehle es nach einer Trennung am gemeinsamen Wohnsitz, liege keine Wiederaufnahme des Zusammenlebens vor. Die Vorinstanz übersehe, dass das Getrenntleben vor allem ein subjektives Element, also den Willen zum Getrenntleben und nur im Regelfall auch ein objektives Element, die äusserliche Wahrnehmbarkeit des Getrenntlebens beinhalte. Klar sei, dass dieses objektive Element nur im Regelfall gelte. Es liege eben kein Getrenntleben im Sinne des Gesetzes vor, wenn sich die Ehegatten gemeinsam

für getrennte Wohnsitze entschieden hätten, aus welchen Gründen auch immer. Das heisse, wenn die Eheleute das Eheleben im Sinne einer umfassenden körperlich, geistig-seelischen und wirtschaftlichen Gemeinschaft wieder aufgenommen hätten, werde die Frist von Art. 114 ZGB unterbrochen, auch wenn die Parteien entschieden hätten, dass getrennte Wohnsitze beibehalten würden. Sie – die Berufungsklägerin – habe immer ausgeführt, der Berufungsbeklagte habe das Behalten seiner Wohnung und das Übernachten dort so begründet, es sei für ihre Beziehung gut, wenn sie getrennte Wohnsitze hätten. Es sei doch nachvollziehbar, dass ein Ehepaar, welches sich eheschutzrichterlich trenne und dann wieder zusammenkomme, sich entscheiden könne, getrennte Wohnsitze zu behalten. Diese Tatsache könne also für die Frage der Wiederaufnahme des ehelichen Lebens im Sinne der zitierten umfassenden Gemeinschaft nicht entscheidend sein (act. 71 S. 5 f.).

4.2. Im Urteil vom 31. Januar 2014 erwog die Kammer im Berufungsentscheid über vorsorgliche Massnahmen im hier massgebenden Zusammenhang Folgendes: "Angesichts der Tatsache des regelmässigen Geschlechtsverkehrs – was auch der Berufungsbeklagte einräumt – kann festgehalten werden, dass die Beziehung zwischen den Parteien jedenfalls über eine übliche Beziehung nach einer Trennung hinausging und es dem Berufungsbeklagten auch nicht bloss darum ging, seinen Sohn zu besuchen. Mit diesem (unter Einwilligung und Mitwirkung der Berufungsklägerin erfolgten) Verhalten hat der Berufungsbeklagte sein Interesse an der Fortsetzung der Gemeinschaft in gewisser Hinsicht bekundet und wenigstens den Anschein erweckt, die Gemeinschaft von Tisch und Bett – zwar in einer ungewöhnlichen Form – wiederaufgenommen bzw. fortgesetzt zu haben. Im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen genügt dieser Anschein, den die intime Beziehung für die Frage der Wiederaufnahme der ehelichen Gemeinschaft erweckt. Daran ändert auch der von der Berufungsklägerin eingeräumte Umstand nichts, dass der Berufungsbeklagte bis auf eine Ausnahme nie bei der Berufungsklägerin übernachtet habe. Ob es sich bei dieser Beziehung in der Tat um die (zumindest zeitweise) Wiederaufnahme der ehelichen Gemeinschaft handelte und damit die Trennungszeit allenfalls unterbrochen wurde, wird im Scheidungsverfahren zu klären sein" (act. 62 S.10/11).

4.3. Der Auffassung der Vorinstanz, wonach die Voraussetzungen im Sinne des Art. 114 ZGB erfüllt sind, ist beizupflichten. Bei den Parteien könnte angesichts ihrer Lebenssituation sowie ihres Verhaltens vor der Trennung im Jahre 2006 nur dann von einer Wiederaufnahme des Zusammenlebens gesprochen werden, wenn sie auch wieder gemeinsam in einer Wohnung lebten. Das ist indes nicht geschehen. Im Jahre 2007 sei zwar davon gesprochen worden und die Parteien hätten verschiedene Auflagen für ein Zusammenleben festgelegt – so der Berufungsbeklagte (Prot. I S. 7, 9) –, indes sei konkret aber nichts unternommen worden. Zudem lebte der Berufungsbeklagte in der Zeitspanne zwischen 2006 und 2013 mit D._____, die im Kanton Bern geschieden worden war, und deren Kindern zusammen in einer Wohnung im sog. Konkubinat (Prot. I S. 5, 10). Von dieser Frau habe sie – die Berufungsklägerin – auch erfahren, der Berufungsbeklagte sei nunmehr mit einer Peruanerin zusammen. D._____ habe sie im Februar 2013 kennen gelernt. Deren Namen habe sie jedoch bereits im Oktober oder November 2006 erstmals gehört (Prot. I S. 15). Zu ihr habe sich eine SMS-Beziehung entwickelt (Prot. I S. 15). Sie – die Berufungsklägerin – habe auch noch im Januar 2013 vergeblich versucht, den Berufungsbeklagten dazu zu bewegen, wiederum bei ihr einzuziehen. Er sei indes darauf nicht eingegangen (Prot. I S. 13). Dass sich die Parteien auch nach der Trennung noch gut verstanden haben und nach wie vor gut verstehen, ist im hier zu beurteilenden Zusammenhang belanglos. Dies war und ist für eine gedeihliche Entwicklung des gemeinsamen Sohnes C._____ wichtig. Gleich zu gewichten ist der Umstand, dass der Berufungsbeklagte regelmässig mit der Berufungsklägerin und dem Sohn C._____ gemeinsam tafelte. Weiter ist unbestritten, dass die Parteien ab und an (Prot. I S. 6) bzw. unregelmässig (Prot. I S. 8) miteinander sexuell verkehrten. Daraus darf indes nicht abgeleitet werden, die Parteien hätten die eheliche Gemeinschaft wieder aufgenommen und die Trennung unterbrochen. Der Berufungsbeklagte brachte überzeugend vor, ihm sei es einzig um die sexuelle Befriedigung gegangen (Prot. I S. 6). In dieser Zeitspanne lebte der Berufungskläger ja – wie bereits erwähnt – mit D._____ im sog. Konkubinat. Bezeichnend war denn auch die Reaktion des Berufungsbeklagten, nachdem die Berufungsklägerin ihm im Jahre 2009 eröffnet hatte, sie sei schwanger: Er sei nicht erfreut gewesen, da er

keine Kinder mehr gewollt habe. Die Berufungsklägerin habe ihm danach noch öfters vorgeworfen, er sei erleichtert gewesen, dass sie das Kind in der Folge im 5. Monat der Schwangerschaft verloren habe (Prot. I S. 8). Vor diesem Hintergrund kann ernsthaft nicht gesagt werden, die Parteien seien trotz getrennten Wohnungen wiederum in einer umfassenden, körperlichen, geistig-seelischen und wirtschaftlichen Lebensgemeinschaft verbunden.

5. Mithin ist die Berufung unbegründet. Das angefochtene Teilurteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen ist zu bestätigen.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolge:

1. Die Vorinstanz hat sowohl die Festsetzung der Entscheidgebühr als auch die Regelung der Parteientschädigung dem verfahrensabschliessenden Entscheid vorbehalten. Somit ist im Berufungsverfahren insoweit nichts zu regeln.

2. Ausgangsgemäss wird die Berufungsklägerin für das zweitinstanzliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 105 und 106 ZPO). Der auf Nichteintreten auf die Berufung gerichtete Hauptantrag des Berufungsbeklagten fällt bei der Verteilung der Gerichtskosten nicht ins Gewicht. Da der Berufungsklägerin auch für das zweitinstanzliche Verfahren die umfassende unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde, sind die Kosten des Berufungsverfahrens, welche gemäss den §§ 5, 6 und 12 GbV OG auf Fr. 2'000.00 festzusetzen sind, einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Hingegen ist die Berufungsklägerin gestützt auf die §§ 5, 6 und 13 AnwGebV zu verpflichten, dem Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 2'000.00 (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

Es wird beschlossen:

1. Dem Berufungsbeklagten wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung bewilligt und Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____ als unentgeltliche Rechtsvertreterin bestellt.
2. Schriftliche Mitteilung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Teilurteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 5. Mai 2014 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.00 festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Berufungsklägerin auferlegt, aber zufolge der ihr gewährten unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
4. Die Berufungsklägerin wird verpflichtet, dem Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.00 (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten unter Beilage des Doppels von act. 81, an das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Horgen sowie nach Rechtskraft mit Formular an das für Wädenswil zuständige Zivilstandsamt, 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.
Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am: