

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE110006-O/U

Mitwirkend: Obergerichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Ersatzoberrichter
Dr. S. Mazan und Ersatzoberrichterin lic. iur. R. Blesi Keller
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. B. Demuth.

Urteil vom 22. März 2012

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Fürsprecher lic. iur. Y. _____,

betreffend **Eheschutz (Obhut, Unterhaltsbeiträge, unentgeltliche
Rechtspflege)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelrichters im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Pfäffikon vom 11. Januar 2011 (EE100039)**

**Verfügung des Einzelrichters im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Pfäffikon vom 11. Januar 2011 (Urk. 3)**

Der Einzelrichter verfügt:

1. Das Gesuch der Klägerin um Verpflichtung des Beklagten zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses wird abgewiesen.
2. Die Gesuche der Parteien um unentgeltliche Prozessführung werden abgewiesen.
3. Der Klägerin wird in der Person von RA Dr. iur. X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt. Die in § 92 ZPO umschriebene Nachzahlungspflicht für die Aufwendungen für den Rechtsvertreter bleibt ausdrücklich vorbehalten.
4. Dem Beklagten wird für den einen Betrag von Fr. 2'000.– übersteigenden Betrag in der Person von Fürsprecher Y. _____ ein unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt. Die in § 92 ZPO umschriebene Nachzahlungspflicht für die Aufwendungen für den Rechtsvertreter bleibt ausdrücklich vorbehalten.
5. (Mitteilung)
6. (Rechtsmittel)

Sodann verfügt der Einzelrichter:

1. Den Parteien wird das Getrenntleben auf unbestimmte Zeit bewilligt. Sodann wird Vormerk genommen, dass die Parteien seit 20. Januar 2009 getrennt leben.
2. Die Kinder C. _____, geb. tt. mm 2003, und D. _____, geb. tt. mm 2005, werden für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut des Beklagten gestellt.
3. Die Klägerin wird berechtigt erklärt, die Kinder jeweils am Mittwoch ab 12.00 Uhr bis Donnerstagmorgen 08.00 Uhr sowie an den Wochenenden der ungeraden Kalenderwochen von Freitagabend ab 18.00 Uhr bis Sonntagabend 17.00 Uhr und am zweiten Weihnachtsfeiertag sowie in Jahren mit gerader Jah-

reszahl über Ostern und in solchen mit ungerader Jahreszahl über Pfingsten zu sich oder mit sich auf eigene Kosten auf Besuch zu nehmen.

Ferner wird der Klägerin das Recht eingeräumt, die Kinder jährlich während vier Wochen in den Schulferien zu sich oder mit sich auf eigene Kosten in die Ferien zu nehmen. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten 2 Monate im Voraus mitzuteilen, wann sie das Ferienbesuchsrecht ausüben will.

Ein weitergehendes Besuchsrecht regeln die Parteien untereinander und im Einverständnis mit den Kindern.

4. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der Kinder C.____ und D.____ während der Dauer des Getrenntlebens monatlich je Fr. 202.–, zuzüglich allfälliger gesetzlich oder vertraglich geregelter Kinderzulagen, zu bezahlen. Diese Beiträge sind ab 1. April 2011 je auf den Ersten eines Monats im Voraus zahlbar.
5. Es werden keine persönlichen Unterhaltsbeiträge zugesprochen.
6. Die eheliche Wohnung an der Z.____-Strasse in E.____ wird samt Hausrat und Mobiliar für die Dauer des Getrenntlebens dem Beklagten zur alleinigen Benützung zugewiesen. Es wird vorgemerkt, dass die Klägerin die eheliche Wohnung bereits verlassen hat.
7. Das Fahrzeug ... wird der Klägerin für die Dauer des Getrenntlebens zur alleinigen Benützung zugewiesen.
8. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 4'800.–.
9. Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
10. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
11. (Mitteilung)
12. (Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

Der Klägerin und Berufungsklägerin (Urk. 2 S. 2 f.):

- " 1. In Abänderung von Disp. Ziff. 2 seien die Kinder C._____, geb. tt. mm 2003, und D._____, geb. tt. mm 2005, für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Berufungsklägerin zu stellen.
2. In Abänderung von Disp. Ziff. 4 und 5 sei der Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Berufungsklägerin für sich persönlich sowie an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der Kinder C.____ und D.____ monatlich Fr. 2'960.–, zuzüglich allfälliger Kinderzulagen, zu bezahlen.
3. Es sei dieser Berufung bezüglich Disp. Ziff. 4 die aufschiebende Wirkung zu gewähren.
4. Es seien die Kinder C.____ und D.____ von der Rechtsmittelinstanz erneut anzuhören.
5. Es sei den Kindern C.____ und D.____ für das Rechtsmittelverfahren ein Prozessvertreter zu bestellen.

prozessuale Anträge:

1. Es sei der Berufungsklägerin bzw. Beschwerdeführerin für das Berufungs- und Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X.____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. 7.6% MWST) zu Lasten des Berufungsbeklagten."

Des Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 2 S. 2 f.):

- " 1. Die Anträge der Klägerin seien vollumfänglich abzuweisen und die Verfügung des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 11. Januar 2011 mit der Geschäftsnummer EE100039 sei vollumfänglich zu bestätigen,
2. insbesondere seien die gemeinsamen Töchter C.____ (geboren am tt. mm 2003) und D.____ (geboren am tt. mm 2005) für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut des Beklagten zu stellen,
3. die Klägerin sei zu verpflichten, dem Beklagten an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der Töchter C.____ und D.____ während der Dauer des Getrenntlebens monatlich je Fr. 202.00 pro Kind, zuzüglich allfälliger gesetzlich oder vertraglich geregelter Kinderzulagen, zu bezahlen, wobei diese Beträge ab dem 1. April 2011 je auf den Ersten eines Monats im Voraus zu bezahlen seien,
4. es seien keine persönlichen Unterhaltsbeiträge zu sprechen,
5. es sei auf eine weitere Anhörung der beiden Töchter C.____ und D.____ zu verzichten,
6. es sei den Töchtern C.____ und D.____ für das Rechtsmittelverfahren kein Prozessvertreter zu bestellen,
7. es sei dem Beklagten weiterhin ein unentgeltlicher Rechtsbeistand in der Person des Unterzeichnenden für das rechtshängige Verfahren vor Obergericht zu gewähren;

8. alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (plus Mehrwertsteuer à 8 Prozent) zu Lasten der Klägerin."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien standen seit dem 12. August 2010 in einem Eheschutzverfahren vor dem Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Pfäffikon (Urk. 7/1). Mit Verfügung vom 11. Januar 2011 regelte die Vorinstanz das Getrenntleben der Parteien (Urk. 3).

2. Mit fristgerechter Eingabe vom 10. Februar 2011 erhob die Klägerin und Berufungsklägerin (fortan Klägerin) gegen die vorinstanzliche Verfügung Berufung mit den vorstehend wiedergegebenen Anträgen (Urk. 2).

3. Mit Beschluss vom 30. März 2011 wurde das Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren abgewiesen und auf das sinngemäss gestellte Gesuch der Klägerin, es sei die Vollstreckbarkeit von Disp.-Ziff. 4 der Zweitverfügung der Vorinstanz aufzuschieben, nicht eingetreten. Sodann wurde dem Beklagten und Berufungsbeklagten (fortan Beklagter) mit demselben Beschluss Frist zur Beantwortung der Berufung angesetzt (Urk. 8). Dem kam der Beklagte mit Eingabe vom 11. April 2011 innert Frist nach (Urk. 9).

4. Schliesslich wurden die Parteien mit Vorladung vom 2. Februar 2012 zur Vergleichsverhandlung auf den 9. März 2012 vorgeladen (Urk. 21).

II.

1. Anlässlich der Vergleichsverhandlung vom 9. März 2012 schlossen die Parteien unter Mitwirkung des Gerichts folgende Vereinbarung (Urk. 22, Prot. S. 6):

- " 1. Die Kinder C._____, geb. tt. mm 2003, und D._____, geb. tt. mm 2005, werden für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut des Beklagten gestellt.
2. Die Klägerin wird berechtigt erklärt, die Kinder jeweils am Dienstagabend nach Schulschluss bis Donnerstagmorgen (Schulbeginn) sowie an den Wochenenden der ungeraden Kalenderwochen von Freitagabend ab 18.00 Uhr bis Montagmorgen (Schulbeginn) und am zweiten Weihnachtsfeiertag sowie in Jahren mit gerader Jahreszahl über Ostern und in solchen mit ungerader Jahreszahl über Pfingsten zu sich oder mit sich auf eigene Kosten auf Besuch zu nehmen.

Ferner wird der Klägerin das Recht eingeräumt, die Kinder jährlich während vier Wochen in den Schulferien zu sich oder mit sich auf eigene Kosten in die Ferien zu nehmen. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten 2 Monate im Voraus mitzuteilen, wann sie das Ferienbesuchsrecht ausüben will.

Ein weitergehendes Besuchsrecht regeln die Parteien untereinander und im Einverständnis mit den Kindern.

Die Parteien halten ausdrücklich fest, bei ausserordentlichen Ereignissen, welche die Betreuung der Kinder verunmöglicht (beispielsweise berufsbedingte Auslandabwesenheiten des Beklagten, Krankheit), jeweils zuerst den anderen Elternteil zu informieren und die Betreuung der Kinder gemeinsam sicherzustellen.

3. Der Beklagte verzichtet für die Dauer des Getrenntlebens auf Unterhaltsbeiträge der Klägerin für sich persönlich sowie für die beiden gemeinsamen Kinder.
4. Die Parteien übernehmen die Gerichtskosten für das vorliegende Verfahren je zur Hälfte und verzichten gegenseitig auf eine Parteientschädigung.

5. Der Beklagte zieht sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren zurück.
6. Im Übrigen zieht die Klägerin ihre Berufung zurück."

2.1. Das Rechtsmittelverfahren steht unter der Herrschaft der am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272; Art. 405 Abs. 1 ZPO). Eine Parteivereinbarung hat in Kinderbelangen, die der Offizialmaxime unterstehen, lediglich die Bedeutung übereinstimmender Parteianträge (Art. 296 Abs. 3 ZPO).

2.2. Die Parteien haben vereinbart, dass die Kinder C._____, geb. tt. mm 2003, und D._____, geb. tt. mm 2005, für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut des Beklagten zu stellen seien (Urk. 22). Bereits die Vorinstanz hat die Obhut über die beiden Kinder dem Beklagten zugeteilt, weshalb zunächst auf die dortigen zutreffenden Erwägungen zu verweisen ist (Urk. 3 S. 5 ff.). Überdies haben sich in der Zwischenzeit keine Änderungen ergeben, welche eine andere Zuteilung der Obhut notwendig erscheinen liessen. Die Vereinbarung der Parteien ist in diesem Punkt deshalb zu genehmigen und die Obhut über die beiden Kinder ist dem Beklagten zuzuteilen.

2.3. Die von den Parteien getroffene Besuchs- und Ferienbesuchsregelung ist schliesslich vor dem Hintergrund, dass die beiden Kinder so möglichst viel Zeit mit beiden Elternteilen verbringen können, nicht zu beanstanden und demnach ebenfalls zu genehmigen.

2.3. In finanzieller Hinsicht ist zu bemerken, dass der Beklagte mit seinem monatlichen Einkommen von durchschnittlich rund Fr. 12'490.– (exkl. Kinderzulagen) seinen Notbedarf sowie denjenigen der beiden Kinder der Parteien von insgesamt rund Fr. 8'036.– problemlos decken und ausserdem seine Schulden weiter abtragen kann. Die Klägerin vermag mit ihrem monatlichen Einkommen von rund Fr. 2'834.– ihren Notbedarf von rund Fr. 2'968.– knapp nicht zu decken, weshalb ein Verzicht des Beklagten auf Unterhaltsbeiträge der Klägerin für sich

persönlich sowie für die beiden gemeinsamen Kinder sachgerecht und damit ebenfalls zu genehmigen ist.

3. Im Übrigen ist das Berufungsverfahren aufgrund des Rückzuges der Berufung durch die Klägerin abzuschreiben.

III.

1. Das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist als durch Rückzug erledigt abzuschreiben.

2. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 2 lit. a, c und d sowie § 12 Abs. 1 und 2, 5 Abs. 1 und 8 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG, LS 211.11) auf Fr. 2'000.– festzusetzen.

Bei einem Vergleich trägt nach Art. 109 Abs. 1 ZPO grundsätzlich jede Partei die Prozesskosten nach Massgabe des Vergleichs. Entsprechend sind die zweitinstanzlichen Gerichtskosten den Parteien vereinbarungsgemäss je zur Hälfte aufzuerlegen.

3. Ebenfalls nach Massgabe des Vergleichs ist davon abzusehen, Parteientschädigungen für das Berufungsverfahren zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Obhut über die Kinder C._____, geboren am tt. mm 2003, und D._____, geboren am tt. mm 2005, wird dem Beklagten zugeteilt.
2. Die Klägerin wird berechtigt erklärt, die Kinder jeweils am Dienstagabend nach Schulschluss bis Donnerstagmorgen (Schulbeginn) sowie an den Wochenenden der ungeraden Kalenderwochen von Freitagabend ab 18.00 Uhr bis Montagmorgen (Schulbeginn) und am zweiten Weihnachtsfeiertag sowie in Jahren mit gerader Jahreszahl über Ostern und in solchen mit ungerader

Jahreszahl über Pfingsten zu sich oder mit sich auf eigene Kosten auf Besuch zu nehmen.

Ferner wird der Klägerin das Recht eingeräumt, die Kinder jährlich während vier Wochen in den Schulferien zu sich oder mit sich auf eigene Kosten in die Ferien zu nehmen. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten zwei Monate im Voraus mitzuteilen, wann sie das Ferienbesuchsrecht ausüben will.

Ein weitergehendes Besuchsrecht regeln die Parteien untereinander und im Einverständnis mit den Kindern.

Die Parteien halten ausdrücklich fest, bei ausserordentlichen Ereignissen, welche die Betreuung der Kinder verunmöglicht (beispielsweise berufsbedingte Auslandabwesenheiten des Beklagten, Krankheit), jeweils zuerst den anderen Elternteil zu informieren und die Betreuung der Kinder gemeinsam sicherzustellen.

3. Für die Dauer des Getrenntlebens werden keine Kinderunterhaltsbeiträge zugesprochen.
4. Im Übrigen wird der Vergleich vorgemerkt und das Berufungsverfahren abgeschrieben.
5. Vom Rückzug des Gesuches um unentgeltliche Rechtspflege des Beklagten wird Vormerk genommen.
6. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt.
7. Die Gerichtskosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
8. Es werden für das Berufungsverfahren keine Parteientschädigungen zugesprochen.

9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Pfäffikon und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

10. 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.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 22. März 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic.iur. B. Demuth

versandt am:
se