

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE120051-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichter Dr. G. Pfister
und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur.
K. Montani Schmidt

Beschluss vom 28. November 2012

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz (Besuchsrecht)**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Dietikon vom 2. Mai 2012 (EE120023)**

Erwägungen:

1. Die Parteien stehen sich seit dem 9. März 2012 vor dem Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dietikon in einem Eheschutzverfahren gegenüber (Urk. 1). Mit Urteil vom 2. Mai 2012 entschied die Einzelrichterin zunächst in unbegründeter Form, hernach auf Antrag der Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (fortan Gesuchstellerin) in begründeter Form (Urk. 22-25), wie folgt (Urk. 20; Urk. 26 = Urk. 30):

- "1. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Parteien seit dem 3. Januar 2012 und weiterhin auf unbestimmte Zeit getrennt leben werden.
2. Das Kind C._____, geboren am tt.mm.2008, wird für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Gesuchstellerin gestellt.
3. Die Vereinbarung der Parteien vom 2. Mai 2012 wird - was die Kinderbelange betrifft - genehmigt und im Übrigen wird von der Vereinbarung Vormerk genommen. Sie lautet wie folgt (act. 17):

"1. Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes (Art. 175 ZGB)

Die Parteien vereinbaren, seit 3. Januar 2012 auf unbestimmte Zeit getrennt zu leben.

2. Elterliche Obhut und elterliche Sorge (Art. 176 Abs. 3 ZGB, Art. 301 ZGB)

Die elterliche Obhut für das Kind C._____, geboren am tt.mm.2008, sei für die Dauer des Getrenntlebens der Gesuchstellerin zuzuteilen. Das Kind C._____ wird demzufolge bei der Gesuchstellerin wohnen.

Die elterliche Sorge bleibt dagegen für die Dauer des Getrenntlebens bei beiden Elternteilen. Entsprechend sind sie verpflichtet, sämtliche wesentlichen Fragen der Pflege, Erziehung und Ausbildung des Kindes miteinander abzusprechen.

3. Besuchsrecht (Art. 176 Abs. 3 ZGB, Art. 273 ff. ZGB)

Der Gesuchsgegner ist berechtigt, das Kind C._____

- bis und mit Juli 2012 jeweils am Sonntag von 10.00 Uhr bis 18.00 Uhr,
- von August 2012 bis und mit August 2013 jeweils an jedem zweiten Wochenende von Samstag 10.00 Uhr bis Sonntag 18.00 Uhr sowie alternierend am Sonntag von 10.00 Uhr bis 18.00 Uhr,
- ab September 2013 für die weitere Dauer des Getrenntlebens jeweils an jedem zweiten Wochenende von Freitagabend 18.00 Uhr bis Sonntagabend 18.00 Uhr,

- am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr
- sowie in geraden Jahren von Ostersonntag bis und mit Ostermontag und in ungeraden Jahren von Pfingstsonntag bis und mit Pfingstmontag

auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Ausserdem ist der Gesuchsgegner berechtigt, das Kind nach Eintritt in den Kindergarten während der Schulferien für die Dauer von 3 Wochen pro Jahr (maximal 1 Woche am Stück) auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.

Der Gesuchsgegner verpflichtet sich, die Ausübung des Ferienbesuchsrechts mindestens drei Monate im Voraus anzumelden beziehungsweise mit der Gesuchstellerin abzusprechen.

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

4. Wohnung (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB)

Der Gesuchsgegner überlässt der Gesuchstellerin sowie dem Kind die eheliche Wohnung an der D._____-Strasse in E.____ zur Benützung. Mobiliar und Hausrat bleiben in der ehelichen Wohnung.

Der Gesuchsgegner hat die Wohnung bereits verlassen.

Der Gesuchsgegner verpflichtet sich, der Gesuchstellerin am Samstag 5. Mai 2012 sämtliche Wohnungsschlüssel (1 Wohnungsschlüssel, 1 Kellerschlüssel, 1 Estrichschlüssel, 1 Briefkastenschlüssel) zu übergeben. Gleichzeitig wird er seine persönlichen Effekten aus der Wohnung holen.

5. Unterhalt (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB)

a) Kinderunterhalt

Der Gesuchsgegner verpflichtet sich, der Gesuchstellerin für die Dauer des Getrenntlebens monatliche Kinderunterhaltsbeiträge von Fr. 1'100.- (zuzüglich Kinderzulagen) zu bezahlen. Die Unterhaltsbeiträge sind im Voraus zahlbar, und zwar jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, beginnend ab 1. Juni 2012.

b) Ehegattenunterhalt

Beide Parteien verzichten auf persönliche Ehegattenunterhaltsbeiträge.

c) Grundlagen der Unterhaltsberechnung

Dieser Vereinbarung liegen folgende finanzielle Verhältnisse der Parteien zugrunde:

- Erwerbseinkommen Gesuchstellerin (inkl. 13. Monatslohn, exklusive Kinderzulagen): Fr. 3'400.- netto;
- Erwerbseinkommen Gesuchsgegner (inkl. 13. Monatslohn, exklusive Kinderzulagen): Fr. 6'675.- netto;
- weitere Einkommen Gesuchstellerin: Fr. 440.- Trinkgeld;

- Bedarf Gesuchstellerin mit Kind: Fr. 4'500.– (inklusive Steuern);
- Bedarf Gesuchsgegner: Fr. 3'730.– (inklusive Steuern);

6. Gütertrennung (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB)

Die Parteien beantragen, es sei die Gütertrennung per 23. März 2012 anzuordnen.

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, welche eine Begründung verlangt."

4. Es wird die Gütertrennung mit Wirkung per 23. März 2012 angeordnet.
5. Die Entscheidunggebühr (Pauschalgebühr) wird festgesetzt auf:

2'700.– : die weiteren Auslagen betragen:

600.– Dolmetscherkosten

6. Die Kosten des unbegründeten Entscheids werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt. Die Mehrkosten für den begründeten Entscheid trägt die Gesuchstellerin.
7. Vom gegenseitigen Verzicht der Parteien auf Parteientschädigung wird Vormerk genommen.
8. (Schriftliche Mitteilung).
9. (Rechtsmittel: Berufung, Frist 10 Tage, kein Fristenstillstand, Entscheid sofort vollstreckbar)."

2. Hiergegen erhob die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 30. Juli 2012 (Datum Poststempel) innert Frist rechtzeitig Berufung mit folgenden Anträgen (Urk. 29 S. 2 f.):

- "1. Es sei das in Dispositivziffer 3.3 der von der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid vom 2. Mai 2012 genehmigte, einvernehmlich geregelte Besuchsrecht des Beklagten bezüglich der gemeinsamen Tochter der Parteien, C._____, geboren am tt.mm.2008, aufzuheben und es sei statt dessen ein begleitetes Besuchsrecht anzuordnen.
2. Eventualiter sei der Beklagte weiterhin für berechtigt zu erklären, das Kind C._____ bis auf Weiteres jeweils am Sonntag von 10.00 Uhr bis 18.00 Uhr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Diesfalls sei die zuständige Vormundschaftsbehörde zu beauftragen, einen Besuchsrechtsbeistand zu ernennen.

3. Es sei in jedem Fall von der Anordnung eines Wochenendbesuchsrechts ab August 2012 bis und mit August 2013 jeweils an jedem zweiten Wochenende von Samstag 10.00 Uhr bis Sonntag 18.00 Uhr sowie ab September 2013 für die weitere Dauer des Getrenntlebens jeweils an jedem zweiten Wochenende von Freitagabend 18.00 Uhr bis Sonntagabend 18.00 Uhr und von der Anordnung eines Feiertagsbesuchsrechts in geraden Jahren von Ostersonntag bis und mit Ostermontag und in ungeraden Jahren von Pfingstsonntag bis und mit Pfingstmontag sowie von der Anordnung eines Ferienbesuchsrechts abzusehen.
4. Subeventualiter sei im Sinne einer Kinderschutzmassnahme gemäss Art. 315a Abs. 1 ZGB in Verbindung mit Art. 307 Abs. 1 und 3 ZGB sowie mit Verweisung auf Art. 297 Abs. 2 ZGB die Durchführung einer Mediation zwischen den Parteien zu den Kinderbelangen (insbesondere Ausgestaltung und Ausübung des Besuchsrechts) anzuordnen.

Es seien die Parteien anzuhalten, sich auf die Mediation einzulassen und insbesondere an den Mediationssitzungen teilzunehmen, ihre Mediationseignung zusammen mit dem vom Gericht zu bestimmenden Mediator zu evaluieren und den ernsthaften Versuch einer mediativen Erarbeitung einer Regelung der Kinderbelange zu unternehmen.

5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich 8% MwSt. zulasten des Beklagten."

Sodann stellte sie folgende prozessualen Anträge (Urk. 29 S. 3):

"Es sei die Vollstreckbarkeit von Dispositivziffer 3.3 des vorinstanzlichen Entscheids im angefochtenen Umfang gestützt auf Art. 315 Abs. 5 ZPO aufzuschieben.

Es sei der Klägerin für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und es sei Rechtsanwalt Dr. X. _____ als ihr unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen."

3. Mit Beschluss der angerufenen Kammer vom 15. August 2012 wurde das Gesuch der Gesuchstellerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abgewiesen. Gleichzeitig wurde ihr unter Androhung der Säumnisfolgen, wonach auf die Berufung nicht eingetreten werde, eine Frist von 10 Tagen angesetzt, um einen Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 3'000.– zu leisten (Urk. 33 S. 17).

Schliesslich wurde das Gesuch um Aufschub der Vollstreckung von Dispositivziffer 3.3 des vorinstanzlichen Urteils vom 2. Mai 2012 abgewiesen und für das Kind C._____, geboren am tt.mm.2008, im Sinne einer einstweiligen superprovisorischen Massnahme mit sofortiger Wirkung eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB errichtet. Den Parteien wurde sodann Frist angesetzt, um zur superprovisorischen Anordnung einer Beistandschaft schriftlich Stellung zu nehmen. Dem Gesuchsgegner und Berufungsbeklagten (fortan Gesuchsgegner) wurde zusätzlich Frist zum Erstellen der Berufungsantwort angesetzt (Urk. 33 S. 17 f.).

4. Mit Beschluss der Vormundschaftsbehörde der Stadt E._____ vom 28. August 2012 wurde F._____ zur Beiständin von C._____ ernannt (Urk. 36).

5. Nachdem sich die Gesuchstellerin innert der ihr mit Verfügung vom 28. August 2012 erstreckten Frist nicht vernehmen liess (Urk. 35; Urk. 41) und der Gesuchsgegner seine Stellungnahme einreichte (Urk. 37), wurde mit Beschluss der angerufenen Kammer vom 9. Oktober 2012 die mit Beschluss vom 15. August 2012 angeordnete Beistandschaft für C._____ bestätigt. Des Weiteren wurde der Gesuchstellerin eine einmalige Nachfrist von 7 Tagen zur Leistung des Kostenvorschusses angesetzt, erneut unter Androhung der erwähnten Säumnisfolgen (Urk. 42 S. 2 f.). Dieser Beschluss wurde zu Händen der Gesuchstellerin am 10. Oktober 2012 zugestellt (vgl. Beil. zu Urk. 42). Der Kostenvorschuss wurde am 18. Oktober 2012 einbezahlt (Urk. 43).

6. Die mit Beschluss vom 9. Oktober 2012 angesetzte Nachfrist von 7 Tagen ist am 17. Oktober 2012 abgelaufen. Damit hat die Gesuchstellerin den Kostenvorschuss nicht innert Frist bezahlt. Entsprechend ist androhungsgemäss auf die Berufung nicht einzutreten, ist die Leistung des Gerichtskostenvorschusses doch Prozessvoraussetzung (Suter/von Holzen in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Zürich/Basel/ Genf 2010, N 14 zu Art. 101 ZPO).

7. Ob die mit Beschluss der angerufenen Kammer vom 15. August 2012 angeordnete – und mit Beschluss vom 9. Oktober 2012 bestätigte – Beistand-

schaft für die Tochter C._____, geboren am tt.mm.2008, in Zukunft weiterhin aufrecht zu erhalten sein wird, hat gestützt auf Art. 315 Abs. 1 ZGB die Vormundschaftsbehörde der Stadt E._____ zu entscheiden, sofern nicht ein in Art. 315 a und b ZGB genanntes (anderes) gerichtliches Verfahren hängig ist, womit das entsprechende Gericht zu entscheiden hätte.

8.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten der Gesuchstellerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist in Anwendung von § 12 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'200.– festzusetzen.

8.2 Mit Bezug auf ihren Antrag um Aufschub der Vollstreckung ist die Gesuchstellerin unterlegen. Weiter hat sie mit ihren Berufungsanträgen das Massnahmeverfahren und damit die Aufwendungen der Gegenpartei veranlasst. Da sie durch das Nichtleisten des Kostenvorschusses innert angesetzter Frist den vorliegenden Nichteintretensentscheid verursacht hat und dementsprechend als unterliegende Partei zu bezeichnen ist, ist sie zur Leistung einer Parteientschädigung zu verpflichten. Gestützt auf § 13 Abs. 1 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 und § 9 AnwGebV OG ist die Entschädigung auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Mit Verweis auf das Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich über die Mehrwertsteuer vom 17. Mai 2006 ist dem Gesuchsgegner jedoch mangels entsprechendem Antrag (Urk. 37 S. 2) kein Mehrwertsteuerzusatz zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

8. Auf die Berufung der Gesuchstellerin wird nicht eingetreten.
9. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
10. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden der Gesuchstellerin auferlegt.

11. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner eine Parteient-schädigung in der Höhe von Fr. 2'500.– zu bezahlen.
12. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage einer Kopie der Urk. 36 und eines Doppels der Urk. 37-39/1-9, an den Ge-suchsgegner unter Beilage einer Kopie der Urk. 36, an die Vormundschafts-behörde der Stadt E._____, D._____-Strasse, E._____, und die Beiständin F._____, Jugend- und Familienberatung, ...-Strasse, E._____, je unter Hin-weis auf Erwägung 7, sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfah-ren am Bezirksgericht Dietikon, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmit-telfrist an die Vorinstanz zurück.

13. 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 Be-schwerde 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, 28. November 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am:
se