

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



LE120087-O/U

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, lic. iur. M. Spahn und
Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiber
lic. iur. A. Baumgartner

Beschluss vom 16. Januar 2013

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz (Obhut, Besuchsrecht, Besuchsrechtsbeistandschaft, Zuweisung eheliche Wohnung, Unterhaltsbeiträge), Kosten- und Entschädigungsfolgen**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Pfäffikon vom 17. Dezember 2012 (EE120055)

Erwägungen:

1. a) Die Parteien standen seit dem 12. November 2012 bei der Vorinstanz in einem Eheschutzverfahren (vgl. Urk. 1 S. 1).

b) Anlässlich der mündlichen Verhandlung vom 4. Dezember 2012 stellte der Gesuchsteller und Berufungskläger (fortan Gesuchsteller) folgende Anträge (Prot. VI S. 5 f.):

- " 1. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass die Parteien seit 5. November 2012 getrennt leben.
2. Die Obhut über die Tochter C._____ sei dem Kläger zuzuteilen.
3. Der Beklagten sei bis auf Weiteres ein Besuchsrecht von 2 Sonntagen pro Monat einzuräumen.
4. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass auf einen Besuchsrechtsbeistand verzichtet werden kann.
5. Die Familienwohnung in D._____ sei dem Kläger inklusive Mobiliar zuzuteilen. Der Beklagten sei eine Auszugsfrist von einem Monat ab Rechtskraft des Eheschutzentscheides einzuräumen. Es sei der Beklagten zu gestatten, ihre persönlichen Effekten mitzunehmen.
6. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass der Kläger der Beklagten monatlich einen persönlichen Unterhaltsbeitrag in der Höhe von Fr. 350.– bezahlen möchte und seinerseits auf Unterhaltsbeiträge der Beklagten an sich oder an das Kind verzichtet.
7. Für die Dauer des Verfahrens sei die Situation so zu belassen, wie sie momentan ist. Die Tochter C._____ soll weiterhin bei der Schwester des Klägers, E._____, platziert werden.
8. Dem Kläger sei die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren.
9. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Eventualiter bei Zuteilung der Obhut über die Tochter C._____ an die Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchsgegnerin) beantragte der Gesuchsteller ein Besuchsrecht an zwei Wochenenden pro Monat sowie ein Ferienbesuchsrecht. Er erklärte sich in diesem Fall zudem bereit, einen Unterhaltsbeitrag an C._____ in der Höhe von Fr. 500.– und einen persönlichen Unterhaltsbeitrag an die Gesuchsgegnerin in der Höhe von Fr. 600.– zu bezahlen (Prot. VI S. 18).

c) Mit Urteil vom 17. Dezember 2012 entschied die Vorinstanz das Folgende (Urk. 25 S. 31 ff.):

- " 1. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Parteien seit dem 5. November 2012 getrennt leben.
2. Die Obhut über das Kind C._____, geboren am tt.mm.2010, wird der Beklagten zugeteilt.
3. Der Kläger wird für berechtigt erklärt, das Kind
 - je am ersten und dritten Wochenende jeden Monats von Samstag, 09.00 Uhr bis Sonntag, 18.00 Uhr,
 - in geraden Jahren jeweils über die Osterfeiertage von Karfreitag bis und mit Ostermontag und in ungeraden Jahren von Pfingst-samstag bis und mit Pfingstmontag,
 - am zweiten Tag der Weihnachtsfeiertage, also am 26. Dezember,
 - in geraden Jahren über die Neujahrsfeiertage vom 31. Dezember bis am 1. Januar und in ungeraden Jahren am zweiten Neujahrs-feiertag, also am 2. Januarauf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.
Zudem wird der Kläger für berechtigt zu erklären, das Kind für die Dauer von zweimal einer Woche pro Jahr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen. Die Ausübung des Fe-rienbesuchsrechts hat der Kläger mindestens drei Monate im Voraus mit der Beklagten abzusprechen.
4. Für das Kind C._____, geboren am tt.mm.2010, wird eine Bei-standtschaft errichtet mit dem Auftrag, den persönlichen Verkehr zu überwachen.
5. Die Vormundschaftsbehörde F._____ wird angewiesen, einen Bei-stand bzw. eine Beiständin gemäss Dispositiv Ziff. 4 zu ernennen.
6. Die eheliche Wohnung in ... [Adresse], D._____, wird inklusive Hausrat und Mobiliar für die Dauer des Getrenntlebens der Beklag-ten und dem Kind zur alleinigen Benutzung zugewiesen.
Es wird vorgemerkt, dass der Kläger die eheliche Wohnung bereits verlassen hat.
7. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten an den Unterhalt und die Erziehung des Kindes einen monatlichen Unterhaltsbeitrag in der Höhe von Fr. 800.–, zuzüglich vertraglicher oder gesetzlicher Kinderzulagen, zu bezahlen.
Diese Unterhaltsbeiträge sind zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats ab 19. Dezember 2012.

8. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für sich persönlich einen monatlichen Unterhaltsbeitrag in der Höhe von Fr. 1'265.– zu bezahlen.
Diese Unterhaltsbeiträge sind zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats ab 19. Dezember 2012.
9. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für die Zeit vom 1. November 2012 bis 18. Dezember 2012 für sich persönlich einen monatlichen Unterhaltsbeitrag in der Höhe von Fr. 2'160.– zu bezahlen, unter Anrechnung der ab 1. November 2012 bereits an den Bedarf der Beklagten geleisteten, belegbaren Zahlungen.
10. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'400.–.
11. Die Gerichtskosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung gestützt auf Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
12. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
13. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie in Dispositivziffer 1-5 an die Vormundschaftsbehörde F._____.
14. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 10 Tagen von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.
Die gesetzlichen Fristenstillstände gelten nicht (Art. 145 Abs. 2 ZPO).
Dieser Entscheid ist sofort vollstreckbar. Die Berufung hat keine aufschiebende Wirkung (Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO)."

Gleichen Tags wurde beiden Parteien je die unentgeltliche Rechtspflege gewährt sowie dem Gesuchsteller Rechtsanwalt Dr. iur. X._____ und der Gesuchsgegnerin Rechtsanwältin lic. iur. Y._____ als unentgeltliche Rechtsbeistände bestellt (Urk. 25 S. 30 Dispositivziffern 2 bis 4).

2. a) Mit fristgerechter Eingabe vom 20. Dezember 2012 erhob der Gesuchsteller gegen das Urteil vom 17. Dezember 2012 Berufung mit folgenden Anträgen (Urk. 24 S. 2):

- " 1. Der beiliegende Entscheid des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 17.12.12 sei vollständig aufzuheben (betr. Dispositiv S. 31 ff.).

2. Das Verfahren sei zur Durchführung eines korrekten Verfahrens und zur Neuentscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. An den kläg. Rechtsbegehren wird vollumfänglich festgehalten (vgl. angefochtener Entscheid S. 2).
3. Eventualiter sei der Kinderunterhaltsbeitrag auf Fr. 500.– (inkl. Kinderzulagen) und der Frauenunterhaltsbeitrag auf Fr. 600.– festzusetzen (betr. Dispositivziffer 7 bis 9).
4. Dieser Berufung sei umgehend aufschiebende Wirkung einzuräumen.
5. Dem Beschwerdeführer sei für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung (inkl. Anwaltsbeizug) zu gewähren.
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge."

b) Vorstehende Berufung ging am 21. Dezember 2012 hierorts ein (Urk. 24 S. 1). Gleichentags wurde der Berufung in Bezug auf Dispositivziffer 2 des angefochtenen Urteils einstweilen bis zum Erlass einer allfällig anderslautenden Anordnung die aufschiebende Wirkung gewährt (Urk. 26).

c) Mit Eingabe vom 8. Januar 2013 (hierorts am 9. Januar 2013 eingegangen) zog der Gesuchsteller seine Berufung abgesehen von seinem Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege zurück (Urk. 27). Das Verfahren ist entsprechend abzuschreiben. Die in Bezug auf Dispositivziffer 2 des angefochtenen Urteils mit Verfügung der beschliessenden Kammer vom 21. Dezember 2012 gewährte aufschiebende Wirkung fällt demnach per sofort dahin.

3. Gemäss Art. 119 Abs. 5 ZPO ist im Rechtsmittelverfahren die unentgeltliche Rechtspflege neu zu beantragen. Insbesondere ist dabei die Mittellosigkeit erneut darzulegen und die fehlende Aussichtslosigkeit in Bezug auf den im Rechtsmittelverfahren geltend gemachten Anspruch glaubhaft zu machen (Huber, in: Brunner/Gasser/Schwander, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich/St. Gallen 2011, Art. 119 N 13).

Der Gesuchsteller beantragte zwar im Berufungsverfahren erneut die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, begründete jedoch dieses Gesuch nicht (vgl. Urk. 24), weshalb darauf nicht einzutreten ist.

4. Mit dem Rückzug wird auch die erstinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolge rechtskräftig. Ausgangsgemäss sind die Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens dem Gesuchsteller aufzuerlegen. Mangels erheblicher Umtriebe ist der Gesuchsgegnerin für das Rechtsmittelverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Das Verfahren wird abgeschrieben.
2. Auf den Antrag des Gesuchstellers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird nicht eingetreten.
3. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden dem Gesuchsteller auferlegt.
5. Der Gesuchsgegnerin wird für das Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage der Doppel der Urk. 24 und 27, sowie an das Bezirksgericht Pfäffikon, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 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, 16. Januar 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Baumgartner

versandt am:
se