

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE130052-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. M. Schaffitz und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie
Gerichtsschreiber lic. iur. F. Rieke

Beschluss und Urteil vom 18. September 2013

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz (Abzug Zahlungen)**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Horgen vom 30. April 2013 (EE120074-F)**

Erwägungen:

1. a) Die Parteien hatten am tt.mm.2006 in Zürich geheiratet. Aus ihrer Ehe gingen zwei Kinder, geboren am tt.mm.2006 und tt.mm.2009, hervor (Urk. 2). Seit dem 13. August 2012 standen die Parteien vor dem Bezirksgericht Horgen (Vorinstanz) im Eheschutzverfahren (Urk. 1). Am 22. November 2012 schlossen die Parteien eine Vereinbarung über vorsorgliche Massnahmen (Betreuungszeiten der Gesuchsgegnerin, Unterhaltsleistungen des Gesuchstellers; Urk. 36). Mit Urteil vom 30. April 2013 bewilligte die Vorinstanz das Getrenntleben und entschied u.a. (Urk. 81 = Urk. 89):

2. Die Kinder [...] werden unter die Obhut des Gesuchstellers gestellt.
3. [Besuchsrecht der Gesuchsgegnerin]
7. Die Gesuchsgegnerin hat mangels Leistungsfähigkeit keine Unterhaltsbeiträge zu leisten.
8. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, für die Dauer des Getrenntlebens folgende Unterhaltsbeiträge an die Gesuchsgegnerin persönlich zu leisten:
 - Fr. 3'388.– vom 1. November 2012 bis am 28. Februar 2013
 - Fr. 2'367.– ab dem 1. März 2013
9. Der Gesuchsteller wird berechtigt erklärt, die zugunsten der Gesuchsgegnerin ab 30. Oktober 2012 geleisteten Zahlungen von insgesamt Fr. 23'261.– von den zu leistenden Unterhaltsbeiträgen gemäss Dispositivziffer 8 in Abzug zu bringen.
10. [Gütertrennung per 29. Oktober 2012]

b) Hiergegen hat der Gesuchsteller am 22. Juli 2013 fristgerecht (vgl. Urk. 82/1) Berufung erhoben und stellt die Berufungsanträge (Urk. 88 S. 2):

"Es sei Dispositiv Ziff. 9 des Urteils des Einzelgerichts am Bezirksgericht Horgen vom 30. April 2013 (Geschäfts-Nr. EE120074-F) abzuändern und es sei der Berufungskläger berechtigt zu erklären, die zugunsten der Berufungsbeklagten ab 30. Oktober 2012 bis 1. Juli 2013 geleisteten Zahlungen von insgesamt Fr. 29'744.90 von den zu leistenden Unterhaltsbeiträgen gemäss Dispositiv Ziff. 8 in Abzug zu bringen;

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt.)."

c) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Am 22. August 2013 erstattete die Gesuchsgegnerin die Berufungsantwort, mit dem Antrag auf

Nichteintreten, eventualiter Abweisung der Berufung (Urk. 94; dem Gesuchsteller zur Kenntnis zugestellt, Prot. S. 4).

2. a) Die Parteien hatten vor Vorinstanz am 22. November 2012 (u.a.) einstweilige Unterhaltszahlungen des Gesuchstellers vereinbart (Urk. 36). Zur Anrechenbarkeit dieser Zahlungen erwog die Vorinstanz, der Gesuchsteller habe mit Schreiben vom 18. März 2013 beantragt, die von ihm bereits geleisteten Zahlungen bei der Berechnung allfälliger Unterhaltsbeiträge zu berücksichtigen. Es gebe keine sachlichen Gründe, die gegen die Anrechnung sprechen würden, zumal sich die Parteien mit der Vereinbarung vom 22. November 2012 explizit auf einstweilige Zahlungen geeinigt hätten. Die vom Gesuchsteller ausgewiesenen Zahlungen für die Monate November 2012 bis Februar 2013 in der Höhe von insgesamt Fr. 16'723.35 würden allesamt der Vereinbarung vom 22. November 2012 entsprechende Positionen betreffen. Für die Monate März und April 2013 könne davon ausgegangen werden, dass der Gesuchsteller mindestens wie zuvor vereinbarungsgemäss die Mietkosten von Fr. 1'573.--, den Betrag von Fr. 1'500.-- und die Krankenkasse von Fr. 196.-- überwiesen habe. Es rechtfertige sich daher, dass der Gesuchsteller von den zu leistenden Unterhaltsbeiträgen den Gesamtbetrag von Fr. 23'261.-- [Summe von Fr. 16'723.-- + 2 x (Fr. 1'573.-- + Fr. 1'500.-- + Fr. 196.--)] abziehen könne (Urk. 89 S. 54 f.).

b) Der Gesuchsteller macht mit seiner Berufung im Wesentlichen geltend, er habe auch nach der Ausfällung des angefochtenen Urteils (30. April 2013) bis zu dessen Erhalt (11. Juli 2013) weitere Zahlungen geleistet. Diese würden insgesamt Fr. 13'021.55 betragen [für die Monate April bis Juli 2013; vgl. Urk. 91/2], mithin mit den Zahlungen bis Ende Februar 2013 von Fr. 16'723.35 zusammen total Fr. 29'744.90. Die weiteren Zahlungen müsse er berufsungsweise geltend machen. Ansonsten wäre die Anrechnung in einem Rechtsöffnungsverfahren möglicherweise wegen der Verrechnungsregelung von Art. 125 Ziff. 2 OR nur eingeschränkt möglich. Und andererseits könnte er im Falle einer Berufung der Gesuchsgegnerin gegen die Höhe der Unterhaltsbeiträge keine Anschlussberufung gegen die Höhe der Verrechnungszahlungen erheben (Urk. 88 S. 3 ff.).

3. a) Die Gesuchsgegnerin macht geltend, der Gesuchsteller mache in seiner Berufung nicht einmal ansatzweise eine unrichtige Rechtsanwendung oder eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung geltend, weshalb auf die Berufung nicht einzutreten sei (Urk. 94 S. 5). Dies auch deshalb, weil sich die Berufung auf einen Zeitraum beziehe, der nach der Urteilsfällung liege und damit nicht Gegenstand des angefochtenen Urteils bildete (Urk. 94 S. 4).

Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Der Gesuchsteller macht mit seiner Berufung geltend, dass er im Zeitraum zwischen der Fällung (30. April 2013) und der Zustellung (17. Juli 2013) des angefochtenen Urteils weitere Unterhaltszahlungen (gemäss der Vereinbarung vom 22. November 2012) erbracht habe. Solche echten Noven sind im Berufungsverfahren zulässig (Art. 317 Abs. 1 ZPO) und die Berufungserhebung allein zwecks Einbringung solcher Noven ist zulässig, denn damit wird ein vom Urteil abweichender Sachverhalt behauptet.

b) Die Gesuchsgegnerin macht geltend, angesichts der vom Gesuchsteller behaupteten Differenz von Fr. 4'357.90 werde die Streitwertgrenze von mindestens Fr. 10'000.-- für die Erhebung einer Berufung nicht erreicht (Urk. 94 S. 5).

Ein Eheschutzverfahren stellt eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit dar. Für solche besteht kein Minimalstreitwert für die Erhebung einer Berufung (vgl. Art. 308 Abs. 2 ZPO).

c) Die Gesuchsgegnerin macht geltend, für die Prüfung der Verrechenbarkeit bereits geleisteter Zahlungen sei das Eheschutzgericht gar nicht (sachlich) zuständig; solche Fragen bildeten Gegenstand des Vollstreckungsverfahrens (Urk. 94 S. 5).

Das Eheschutzgericht setzt (u.a.) die Geldbeiträge fest, die die Ehegatten einander (für den Lebensunterhalt) zu entrichten haben (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB). Massgebend für die Höhe sind die Bestimmungen des Eherechts (Art. 163

ZGB) bzw. des Kindesrechts (Art. 278 und 285 ZGB). Dabei hat das Gericht auch bereits geleistete Zahlungen zu berücksichtigen, denn ansonsten könnten solche im Rechtsöffnungsverfahren nicht mehr geltend gemacht werden (vgl. Art. 81 Abs. 1 SchKG: "seit Erlass des Urteils getilgt"). Ob dabei die bereits geleisteten Zahlungen beim Bedarf des Unterhaltsberechtigten berücksichtigt werden oder – wie vorliegend – die Anrechenbarkeit separat betragsmässig geregelt wird, ist grundsätzlich dem erkennenden Gericht überlassen.

d) Die Gesuchsgegnerin macht schliesslich geltend, dem Gesuchsteller fehle auch ein aktuelles, konkretes und schützenswertes Feststellungsinteresse (Urk. 94 S. 6).

Auf ein Rechtsmittel ist nur einzutreten, soweit dem Rechtsmittelkläger ein schutzwürdiges Interesse zukommt (vgl. Art. 58 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 lit. a ZPO). Wie bereits dargelegt, berechtigt die Geltendmachung echter Noven – hier: weiterer Zahlungen – zur Erhebung einer Berufung. Das Begehren, tatsächlich geleistete Zahlungen anrechnen zu lassen, ist damit als schutzwürdig anzusehen.

e) Nach dem Gesagten ist auf die Berufung einzutreten.

4. a) Hinsichtlich der Höhe der von ihm bereits geleisteten Zahlungen macht der Gesuchsteller geltend, er habe nebst den von der Vorinstanz bis 28. Februar 2013 effektiv berücksichtigten Zahlungen von insgesamt Fr. 16'723.35 nach dem 30. April 2013 noch weitere Zahlungen von insgesamt Fr. 13'021.55 erbracht für Miete, Krankenkassenprämien, TV-Internet-Telefon, Strom und Barbedarf der Gesuchstellerin (Urk. 88 S. 3 f.). Davon hat die Vorinstanz Fr. 6'538.-- berücksichtigt (Urk. 89 S. 55).

b) Die Gesuchsgegnerin wendet gegen diese Zahlungen ein, der Gesuchsteller sei seiner Unterhaltsverpflichtung gemäss der Vereinbarung vom 22. November 2012 nicht bzw. nur in unvollständiger Weise nachgekommen, indem er auch zu den Krankenkassenkosten zählende Kostenbeteiligungen nicht bezahlt habe. Der vom Gesuchsteller für den Zeitraum nach dem 30. April 2013 geltend

gemachte Anrechnungsbetrag werde in Bestand und Umfang vollumfänglich bestritten; dieser sei nicht liquid (Urk. 94 S. 6 f.).

c) Die von einem Unterhaltsschuldner in einem Eheschutzverfahren behaupteten Zahlungen müssen nicht "liquid" sein, sondern nur (aber immerhin) glaubhaft gemacht. Die vom Gesuchsteller bis 28. Februar 2013 erbrachten und von der Vorinstanz berücksichtigten (Urk. 89 S. 4 f.) Zahlungen von insgesamt Fr. 16'723.35 sind im Berufungsverfahren nicht umstritten. Umstritten sind dagegen die vom Gesuchsteller nach dem 30. April 2013 erbrachten Zahlungen. Der Gesuchsteller hat diese substantiiert behauptet (Urk. 91/2) und mit Bankauszügen (Urk. 91/3/1-3) und Rechnungen (Urk. 91/4) belegt. Damit sind sie grundsätzlich glaubhaft gemacht. Die lediglich pauschale Bestreitung der Gesuchsgegnerin ist nicht geeignet, diese Glaubhaftigkeit zu erschüttern. Sodann geht es vorliegend nicht darum, ob der Gesuchsteller seine Unterhaltspflichten vollumfänglich bereits erfüllt hat, sondern darum, welche Beträge an die Erfüllung anzurechnen sind.

d) Die von der Vorinstanz für die Monate März und April 2013 berücksichtigten Zahlungen des Gesuchstellers von Fr. 1'573.-- (Miete), Fr. 1'500.-- (Barbedarf) und Fr. 196.-- (Krankenkassenprämie) pro Monat sind durch die vom Gesuchsteller geltend gemachten effektiven Zahlungen zu ersetzen. Anrechenbar sind daher die unumstrittenen Zahlungen des Gesuchstellers bis Ende Februar 2013 von insgesamt Fr. 16'723.35 und die Zahlungen nach Urteilsfällung (d.h. nach dem 30. April 2013) von insgesamt Fr. 13'021.55, was den mit der Berufung geltend gemachten Gesamtbetrag von Fr. 29'744.90 ergibt.

e) Die Berufung ist dementsprechend gutzuheissen und Dispositiv Ziffer 9 des angefochtenen Urteils wie beantragt neu zu fassen.

5. Beide Parteien haben für das Berufungsverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverteidigung gestellt (Urk. 88 S. 2, S. 6; Urk. 94 S. 2, S. 9 f.). Mit Verweis auf die entsprechenden Erwägungen der Vorinstanz (Urk. 89 S. 59 f.) sind beide Parteien als mittellos anzusehen und bedürfen – auch für das Berufungsverfahren – eines Rechtsvertreters. Ihre

Standpunkte im Berufungsverfahren waren sodann nicht als im armenrechtlichen Sinn aussichtslos anzusehen. Es ist daher für das Berufungsverfahren beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren (Art. 117 ZPO).

6. a) Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist auf Fr. 1'300.-- festzusetzen (§§ 2 Abs. 1, 5 Abs. 1, 8 Abs. 1 und 12 Abs. 1 und 2 der Gebührenverordnung des Obergerichts [LS 211.11]).

b) Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss der unterliegenden Gesuchsgegnerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO), jedoch zufolge der ihr gewährten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen und unter Vorbehalt der Nachzahlungspflicht (Art. 123 ZPO) auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 121 Abs. 1 lit. b ZPO).

c) Die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege befreit nicht von der Zahlung einer Parteientschädigung (Art. 118 Abs. 3 ZPO). Die Gesuchsgegnerin ist demgemäss zu verpflichten, dem Gesuchsteller bzw. dessen unentgeltlichem Rechtsvertreter eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 122 Abs. 1 lit. d ZPO). Für deren Bemessung ist grundsätzlich vom Rahmen für die Grundgebühr gemäss § 6 Abs. 3 der Anwaltsgebührenverordnung (AnwGebV [LS 215.3]) auszugehen. Dabei sind die Verantwortung des Anwalts und die Schwierigkeit des Falles und damit auch der *notwendige* Zeitaufwand (vgl. § 2 Abs. 1 AnwGebV) als bescheiden zu werten, war doch im Berufungsverfahren nur noch die Anrechenbarkeit von Zahlungen von ca. Fr. 6'484.-- (Fr. 29'744.90 ./ Fr. 23'261.--) umstritten (vgl. § 13 Abs. 1 AnwGebV). Zudem erfolgt im Berufungsverfahren eine Herabsetzung der Gebühr auf einen bis zwei Drittel (§ 13 Abs. 2 AnwGebV). Zuschläge sind keine zu berechnen (vgl. § 11 AnwGebV). Zuzüglich Barauslagen und 8 % Mehrwertsteuer erscheint eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.-- angemessen.

d) Der unentgeltliche Rechtsbeistand der Gesuchsgegnerin ist für seine Bemühungen und Barauslagen im Berufungsverfahren angemessen zu entschädigen (Art. 122 Abs. 1 lit. a ZPO). Für die Höhe der Entschädigung kann auf die vorstehende Erwägung verwiesen werden. Die Entschädigung des

unentgeltlichen Rechtsbeistands der Gesuchsgegnerin ist damit ebenfalls auf Fr. 1'000.-- festzusetzen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass Dispositiv-Ziffern 1 bis 8 und 10 ff. des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 30. April 2013 nicht angefochten worden und damit in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Beiden Parteien wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt. Dem Gesuchsteller wird Rechtsanwalt lic. iur. X._____ und der Gesuchsgegnerin Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ als unentgeltliche Rechtsbeistände für das Berufungsverfahren bestellt.

Die Parteien werden darauf hingewiesen, dass sie zur Nachzahlung der Gerichtskosten und der Auslagen für die Rechtsvertretung verpflichtet werden können, sobald sie dazu in der Lage sind.
3. Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ wird für seine Bemühungen und Barauslagen als unentgeltlicher Rechtsbeistand der Gesuchsgegnerin im Berufungsverfahren mit Fr. 1'000.-- aus der Gerichtskasse entschädigt.
4. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Dispositiv-Ziffer 9 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 30. April 2013 wird aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

Der Gesuchsteller wird berechtigt erklärt, die zugunsten der Gesuchsgegnerin ab 30. Oktober 2012 geleisteten Zahlungen von

insgesamt Fr. 29'744.90 von den zu leistenden Unterhaltsbeiträgen gemäss Dispositivziffer 8 in Abzug zu bringen.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'300.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden der Gesuchsgegnerin auferlegt, jedoch zufolge der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.

Eine Nachforderung im Sinne von Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

4. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, dem Gesuchsteller für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.-- zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an das Bezirksgericht Horgen, je gegen Empfangsschein, sowie an die Obergerichtskasse.

Die vorinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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.

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

Zürich, 18. September 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. F. Rieke

versandt am:
se