

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE130059-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichter Dr. M. Kriech und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Beschluss vom 12. Februar 2014

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____,

betreffend **Eheschutz (Verfahrenserledigung)**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 5. Abteilung, vom
30. August 2013 (EE120074-L)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 1, Urk. 32, sinngemäss)

1. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin und den Kindern monatliche Unterhaltsbeiträge für die Zeit von März bis Mai 2012 von Fr. 4'200.-- und für Juni und Juli 2012 von Fr. 2'790.-- zuzüglich Kinderzulagen zu bezahlen.
2. Es sei die Gütertrennung per 1. März 2012 anzuordnen.

Anträge des Gesuchsgegners:

(Urk. 33 S. 1)

- "1. Es sei die Gütertrennung per 1. März 2012 anzuordnen und es sei davon Vormerk zu nehmen, dass der Gesuchsgegner seiner Unterhaltspflicht bis Ende Mai 2012 durch Direktzahlungen bereits nachgekommen ist.
Eventualiter sei von einer Regelung von Unterhaltsbeiträgen bis Ende Mai 2012 mangels gestellter Anträge abzusehen.
2. Eventualiter seien die Parteien zu einer mündlichen Verhandlung vorzuladen und die Gesuchstellerin sei anzuhalten, konkrete Anträge zu stellen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchstellerin."

Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 30. August 2013:

(Urk. 43 S. 20)

1. Dem Gesuchsgegner wird die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung bewilligt.
2. Dem Gesuchsgegner wird Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ als unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt.
3. [Schriftliche Mitteilung].

Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 30. August 2013:

(Urk. 43 S. 20 f.)

1. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für die Zeit vom 1. März 2012 bis 30. Juli 2012 an den Unterhalt und die Erziehung der Kinder C._____ und D._____ einen monatlichen Unterhaltsbeitrag in der Höhe von je Fr. 1'200.-- zuzüglich Kinderzulagen und für die Gesuchstellerin persönlich von Fr. 800.-- pro Monat zu bezahlen.
2. Es wird festgestellt, dass an die Unterhaltsbeiträge gemäss Ziff. 1 bereits Zahlungen von Fr. 5'254.60 für die Zeit von März bis Mai 2012 und von Fr. 4'400.-- für die Monate Juni und Juli 2012 (letztere gemäss Parteivereinbarung vom 5. Mai 2012 betr. Akontozahlungen an den noch zu regelnden Unterhalt) geleistet wurden.
3. Es wird die Gütertrennung mit Wirkung per 1. März 2012 angeordnet.
4. Im Übrigen sind die Begehren beider Parteien im Eheschutzverfahren gegenstandslos und werden im Massnahmeverfahren des Scheidungsprozesses behandelt.
5. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'600.-- und der Gesuchstellerin zu 1/3 und dem Gesuchsgegner zu 2/3 auferlegt.
6. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine auf 1/3 reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 1'200.-- zu bezahlen (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer von Fr. 96.--).
7. [Schriftliche Mitteilung].
8. [Rechtsmittelbelehrung: Berufung, 10 Tage, ohne Fristenstillstand].

Berufungsanträge:

- des Gesuchsgegners und Berufungsklägers (Urk. 42 S. 2):

- "1. Das Urteil und die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 30. August 2013 seien aufzuheben und das Eheschutzverfahren sei an die erste Instanz zurückzuweisen.
2. Dem Berufungskläger sei eine Prozessentschädigung in der Höhe von Fr. 2'000.– aus der Gerichtskasse zuzusprechen. Eventualiter sei die Prozessentschädigung der Berufungsbeklagten aufzuerlegen.

Alles unter Kostenfolge zu Lasten der Staatskasse, eventualiter zu Lasten der Berufungsbeklagten."

- der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (Urk. 47 S. 2)

"Es sei die Berufung vollumfänglich abzuweisen;
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Berufungsklägers."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien heirateten am tt. Juni 2000. Aus ihrer Ehe sind die beiden Kinder C._____, geboren am tt.mm.2001, und D._____, geboren am tt.mm.2003, hervorgegangen (Urk. 1; FE120656 Urk. 13). Mit Eingabe vom 23. Februar 2012 machte die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchstellerin) ein Eheschutzverfahren bei der Vorinstanz anhängig (Urk. 1). Daraufhin wurden die Parteien zur Vergleichsverhandlung auf den 8. Mai 2012 vorgeladen (Urk. 4). Anlässlich der Vergleichsverhandlung stellten die Parteien den übereinstimmenden Antrag auf Anordnung der Gütertrennung per 1. März 2012 und unterzeichneten eine Vereinbarung für die Dauer des Eheschutzverfahrens (Prot. Vi S. 5; Urk. 12). Letztere wurde mit Verfügung der Vorinstanz vom 24. Mai

2012 genehmigt und es wurde für die Kinder eine Beistandschaft errichtet (Urk. 15). Am 31. Juli 2012 reichte die Gesuchstellerin ein von ihr sowie dem Gesuchsgegner und Berufungskläger (fortan Gesuchsgegner) unterzeichnetes gemeinsames Scheidungsbegehren im Sinne von Art. 112 ZGB ein und sie stellte den Antrag auf Sistierung des Eheschutzverfahrens (Urk. 24 und 26; FE120656 Urk. 1 und 3). In der Folge fand im Scheidungsverfahren der Parteien am 5. November 2012 eine Verhandlung statt (FE120656 Urk. 5; Prot. FE120656 S. 4 ff.). Mit Verfügung vom 9. November 2012 traf das Bezirksgericht Zürich vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren (Vormerknahme Getrenntleben, Obhutszuteilung, Besuchsrechtsregelung, Weiterführung Beistandschaft; FE120656 Urk. 21). Im Schreiben vom 1. Februar 2013 bat der Gesuchsgegner die Vorinstanz um Ansetzung einer Eheschutzverhandlung (Urk. 27). Daraufhin setzte die Vorinstanz den Parteien mit Verfügung vom 5. April 2013 eine Frist an, um zu den noch zu regelnden Themen des Eheschutzverfahrens schriftlich Stellung zu nehmen (Urk. 28). Im Schreiben vom 10. April 2013 sowie telefonisch am 11. April 2013 verlangte der Gesuchsgegner erneut die Anberaumung einer mündlichen Eheschutzverhandlung. In der Folge erstatteten die Parteien ihre Eingaben am 22. April sowie 13. Mai 2013 (Urk. 32-33). Nach Fristansetzung zur freigestellten Vernehmlassung zu den jeweiligen Stellungnahmen der Parteien und zwei weiteren Eingaben des Gesuchsgegners vom 31. Mai und 24. Juni 2013 erliess die Vorinstanz am 30. August 2013 die eingangs wiedergegebenen Eheschutzmassnahmen (Urk. 34, 36-37 und 39; Urk. 41 = 43). Mit Verfügung vom selben Datum legte das Bezirksgericht Zürich als vorsorgliche Massnahme im Scheidungsverfahren die Kinderunterhaltsbeiträge ab 31. Juli 2012 fest (FE120656 Urk. 65).

2. Gegen das Urteil und die Verfügung der Vorinstanz vom 30. August 2013 erhob der Gesuchsgegner mit Eingabe vom 13. September 2013 fristgerecht Berufung mit den genannten Anträgen (Urk. 42). Am 14. Oktober 2013 erstattete die Gesuchstellerin innert Frist die Berufungsantwort mit den vorstehend aufgeführten Anträgen (Urk. 46-47). Die Berufungsantwort wurde dem

Gesuchsgegner mit Verfügung vom 15. Oktober 2013 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 50).

3. Die Akten des Eheschutzverfahrens EE120074 als auch diejenigen des Scheidungsverfahrens FE120656 am Bezirksgericht Zürich wurden beigezogen.

4. Gemäss Art. 272 ZPO gilt in eherechtlichen Summarverfahren der Untersuchungsgrundsatz. Dies bedeutet, dass das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen *feststellt* und nicht an die Parteivorbringen gebunden ist (Pfänder Baumann, DIKE ZPO-Komm., St. Gallen 2011, Art. 272 N 109). Betreffend die Bindung an die Parteianträge gilt für die Belange der Ehegatten untereinander die Dispositionsmaxime (Pfänder Baumann, DIKE ZPO-Komm., a.a.O., Art. 272 N 105 und Art. 58 Abs. 1 ZPO). In Kinderbelangen und somit auch hinsichtlich des Kindesunterhaltes gelten demgegenüber die (uneingeschränkte) Official- und die Untersuchungsmaxime; das Gericht *erforscht* den Sachverhalt von Amtes wegen (Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO).

5. Der Gesuchsgegner verlangt mit der Berufung neben der Aufhebung des Urteils vom 30. August 2013 und der Rückweisung an die Vorinstanz auch die Aufhebung sowie Rückweisung bezüglich der Verfügung der Vorinstanz vom 30. August 2013 (Urk. 42 S. 2 und 6). Mit dieser entsprach die Vorinstanz dem Gesuch des Gesuchsgegners um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege vollständig: Sie bewilligte ihm die unentgeltliche Prozessführung sowie Rechtsvertretung und bestellte ihm Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ als unentgeltlichen Rechtsvertreter (Urk. 43 S. 20). Abgesehen davon, dass es dem Gesuchsgegner damit am Rechtsschutzinteresse hinsichtlich der Aufhebung und Rückweisung betreffend die prozessleitende Verfügung vom 30. August 2013 fehlt, ist sie zudem nicht mit der Berufung anfechtbar (vgl. Art. 308 ZPO, Art. 121 und Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO). Folglich ist auf die Berufung des Gesuchsgegners in diesem Punkt nicht einzutreten.

II.

1.1. Die Vorinstanz erwog, dass anlässlich der im Scheidungsprozess am 5. November 2012 durchgeführten Verhandlung unter anderem auch über die – in die eheschutzrichterliche Zuständigkeit fallenden – von der Gesuchstellerin beantragten Unterhaltsbeiträge von März bis Juli 2012 verhandelt worden sei. Dazu, dass der Gesuchsgegner in seiner Stellungnahme vom 31. Mai 2013 geltend machte, er habe im Eheschutzverfahren noch nicht plädieren können, hielt sie fest, dass sein rechtliches Gehör anlässlich der Massnahmeverhandlung vom 5. November 2012 im Scheidungsprozess wie auch mehrfach schriftlich gewahrt worden sei. Der Gesuchsgegner habe betreffend Unterhalt für den Zeitraum ab 1. Juni 2012 auf seine Vorbringen im Scheidungsverfahren verwiesen, während er für den Zeitraum bis Ende Mai 2013 mehrfach und unmissverständlich den Standpunkt vertreten habe, seine Unterhaltspflicht bereits erfüllt zu haben. Es würden konkrete Anträge beider Parteien zu den Unterhaltsbeiträgen vorliegen. Das Eheschutzverfahren erweise sich als spruchreif. Durch die Vergleichsverhandlung im Eheschutzverfahren, die Massnahmeverhandlung im Scheidungsprozess und die Fristansetzung zur schriftlichen Ergänzung der Vorbringen im Eheschutzverfahren seien die Parteien hinreichend gehört worden und der Sachverhalt sei genügend klar, weshalb auf eine (weitere) mündliche Verhandlung verzichtet werden könne. Aufgrund des seit 31. Juli 2012 pendenten Scheidungsverfahrens sei die Zuständigkeit zur Regelung des Getrenntlebens der Parteien im Wesentlichen auf das Scheidungsgericht im Massnahmeverfahren übergegangen. Die Vorbringen der Parteien zu den Unterhaltsbeiträgen für den Zeitraum bis Ende Juli 2012 seien im Eheschutzverfahren zu berücksichtigen, unabhängig davon, ob sie im Massnahmeverfahren des Scheidungsprozesses oder im Eheschutzverfahren gemacht worden seien. Eine von einer Partei vorgenommene abweichende Zuständigkeitsabgrenzung dürfe nicht dazu führen, dass ihre Vorbringen zum fraglichen Prozessthema im anderen Verfahren nicht zu hören wären, zumal es sich je um ein summarisches Verfahren mit einem provisorischen Regelungscharakter handle (Urk. 43 S. 4-6).

1.2. Der Gesuchsgegner beanstandet im Wesentlichen, es habe im Eheschutzverfahren keine Verhandlung stattgefunden, anlässlich welcher er konkrete, uneingeschränkte Anträge hätte stellen und sich zu den verschiedenen Themen materiell hätte äussern können. Auf dieses Manko habe er die Vorinstanz insgesamt fünf Mal hingewiesen. Der vorinstanzliche Entscheid sei unter Verletzung des rechtlichen Gehörs ergangen (Urk. 42 S. 6 f.). In der eheschutzrechtlichen Vergleichsverhandlung vom 8. Mai 2012 seien – entsprechend der Vorladung – weder konkrete Anträge gestellt worden noch eine materielle Äusserung zur Sache erfolgt. Äusserungen anlässlich der Vergleichsverhandlung dürften nicht verwertet bzw. nicht zur Entscheidungsbegründung herangezogen werden. Beim Eheschutzverfahren handle es sich um ein summarisches und mündliches Verfahren. Ein schriftliches Verfahren sei nie angeordnet worden. Würde man sinngemäss davon ausgehen, dass mit der Verfügung der Vorinstanz vom 5. April 2013 ein schriftliches Verfahren angeordnet worden sei, so wäre es unzulässig, dass die Vorinstanz die zu regelnden Themenbereiche von vornherein eingeschränkt habe. Zur Benützung bzw. Aufteilung des Hausrates, zur Zuteilung der persönlichen Effekten und dem Zeitpunkt der Haushaltsauflösung habe er keine Anträge stellen und begründen können. Der vorinstanzliche Entscheid schweige sich zu diesen Punkten aus. Die Vorladung zur Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Ehescheidungsverfahrens sowie Einigungsverhandlung sei lediglich im pendenten Scheidungs- und nicht im parallel pendenten Eheschutzverfahren erfolgt. Aus diesem Grund habe er ausschliesslich zu vorsorglichen Massnahmen für die Dauer des Ehescheidungsverfahrens plädiert und die vorsorgliche Regelung von Unterhaltsbeiträgen rückwirkend per 1. Juni 2012 im Scheidungsverfahren beantragt. Seine Vorbringen dürften nicht für die Begründung des Eheschutzentscheides verwendet werden. Er habe sich anlässlich dieser Verhandlung nicht zu Themenbereichen, die das Eheschutzverfahren betreffen, geäussert (Urk. 42 S. 5 f.).

1.3. Die Gesuchstellerin wendet ein, das rechtliche Gehör sei dem Gesuchsgegner genügend gewährt worden (Urk. 47 S. 3 und 5). Es sei korrekt, dass am 8. Mai 2012 vor der Vorinstanz lediglich eine Vergleichsverhandlung betreffend Eheschutz stattgefunden habe. In der mündlichen Einigungsverhandlung sowie Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen vom 5. November 2012 seien beide Parteien klar aufgefordert worden, zu den vorsorglichen Massnahmen im Ehescheidungsverfahren zu plädieren und Anträge zu stellen sowie ihre Anträge betreffend Eheschutz in der Zeit des hängigen Eheschutzverfahrens von März 2012 bis Juli 2012 zu stellen und begründen. Beide Parteien hätten ihre Anträge auch sinngemäss für das Eheschutzverfahren gestellt. In der unangefochten gebliebenen Verfügung der Vorinstanz vom 5. April 2013 sei den Parteien eine Frist zur schriftlichen Stellungnahme zu den noch zu regelnden Eheschutzthemen angesetzt und zu Recht festgehalten worden, dass die Parteien bereits die Möglichkeit zur Stellung von Anträgen zum Eheschutzverfahren gehabt hätten und ein Teil der Anträge durch die Einreichung des gemeinsamen Scheidungsbegehrens gegenstandslos geworden sei (Urk. 47 S. 4). Hinzu komme, dass der Gesuchsgegner telefonisch auf die Durchführung einer mündlichen Eheschutzverhandlung verzichtet habe. Er habe sich mit einer schriftlichen Stellungnahme einverstanden erklärt und diese auch abgegeben. Die Berufungseingabe widerspreche somit dem Verhalten des Gesuchsgegners vor Vorinstanz; sein Verhalten sei widersprüchlich und rechtsmissbräuchlich (Urk. 47 S. 5).

2.1. Im summarischen Verfahren ist grundsätzlich eine mündliche Verhandlung notwendig, wobei der Entscheid darüber, wie die Gesuchsantwort zu erstatten resp. das Verfahren durchzuführen ist, mithin mündlich oder schriftlich, im Ermessen des Gerichts liegt (vgl. Art. 253 ZPO und Art. 256 Abs. 1 ZPO; Kaufmann, DIKE-Komm.-ZPO, a.a.O., Art. 253 N 12 f.). Das dem Gericht eingeräumte Ermessen ist dort beschränkt, wo das Gesetz eine mündliche Verhandlung vorsieht (Art. 256 Abs. 1 ZPO). Im Eheschutzverfahren stellt Art. 273 Abs. 1 ZPO eine solche gesetzliche Regelung dar. Die mündliche Verhandlung ist – als Ausfluss des Unmittelbarkeitsprinzips – von zentraler Bedeutung, und es hat

eine solche stattzufinden: In der mündlichen Verhandlung ist der streitige Sachverhalt mit den Parteien zu erörtern. Ihnen ist rechtliches Gehör zu gewähren, auch zum Vorbringen der Gegenpartei. Das Gericht hat die Parteien anzuhören, sich von ihnen ein Bild zu machen, den Sachverhalt zu erfassen und zu versuchen, eine Einigung der Parteien herzustellen und – wenn diese Einigung nicht erfolgt – eine Entscheidung zu fällen. Auf eine mündliche Verhandlung kann nach Art. 273 Abs. 1 Satz 2 ZPO nur ausnahmsweise verzichtet werden, wenn der *Sachverhalt* aufgrund der Eingaben der Parteien *klar* oder *unbestritten* ist. Klar dürfte ein Sachverhalt sein, wenn die von den Parteien vorgelegten Urkunden keinen Zweifel an der Sachlage zulassen (BSK ZPO-Siehr/Bähler, 2. A., Basel 2013, Art. 273 N 1-2; Kaufmann, DIKE-Komm.-ZPO, a.a.O., Art. 256 N 6-7; Pfänder Baumann, DIKE-Komm.-ZPO, a.a.O., Art. 273 N 1 und 4; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. A., Zürich/Basel/ Genf 2013, Art. 273 N 7 f. und 11).

2.2. In Anbetracht der Rechtsprechung zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK, welcher – als Teilgehalt der Garantie auf ein faires Verfahren – einen Anspruch auf Durchführung einer öffentlichen und damit naturgemäss mündlichen Verhandlung gibt, hat das Gericht bei Vorliegen eines klaren und unmissverständlichen Parteiantrages grundsätzlich eine mündliche Verhandlung durchzuführen. Ein Verzicht der Parteien auf eine mündliche Verhandlung muss ausdrücklich oder stillschweigend (kein Opponieren gegen die Mitteilung des Gerichts, dass keine Verhandlung durchgeführt wird) erfolgen sowie eindeutig sein (vgl. Kaufmann, DIKE-Komm.-ZPO, a.a.O., Art. 256 N 19 mit Hinweis auf BGE 122 V 47 E. 3 S. 54 f. und BGE 127 I 44 E. 2.e.aa; Rubin, Stämpflis Handkommentar ZPO, Bern 2010, Art. 253 N 7; FamKomm Scheidung-Vetterli, Bd. II, 2. A., Bern 2011, Art. 273 ZPO N 2). Sind Kinderbelange betroffen, kommt in aller Regel kein Verzicht auf eine mündliche Verhandlung in Frage: Dies mit Blick auf die Anhörungspflicht nach Art. 297 ZPO und den Umstand, dass die im Falle eines unbestrittenen Sachverhalts vorliegende Einigung der Parteien nur einem gemeinsamen Antrag gleichkommt, welcher vom Gericht zu prüfen ist (vgl. BK ZPO-Spycher, Band II,

Bern 2012, Art. 273 ZPO N 6, und Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 273 N 13, sowie Sutter-Somm/Lötscher/Presenti/Seiler/Vontobel, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2012, § 16 N 1254).

3.1. Der Gesuchsgegner hat auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung nicht verzichtet; im Gegenteil hat er mehrfach ausdrücklich die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verlangt (Urk. 27 S. 2, letzter Absatz; Urk. 28-30; Urk. 33 S. 4). Die Vorinstanz hätte daher gemäss vorstehenden Erwägungen zu einer mündlichen Verhandlung vorladen müssen. Die Vorbringen der Gesuchstellerin, das gesuchsgegnerische Verhalten sei widersprüchlich und rechtsmissbräuchlich, er habe sich mit einer schriftlichen Stellungnahme einverstanden erklärt und diese auch abgegeben, überzeugen angesichts der Aktenlage nicht. Zwar trifft es zu, dass am Ende der Aktennotiz vom 11. April 2013 betreffend das Telefonat der Eheschutzrichterin mit dem gesuchsgegnerischen Rechtsvertreter festgehalten ist, Letzterer könne sich mit der angesetzten Frist für eine schriftliche Stellungnahme im Eheschutz- und Massnahmeverfahren abfinden und verzichte auf die beantragte Eheschutzverhandlung (Urk. 30, letzter Absatz). In seiner daraufhin erstatteten Stellungnahme vom 13. Mai 2013 verwies der Gesuchsgegner jedoch als abschliessende Feststellung darauf, dass seitens der Gesuchstellerin im Eheschutzverfahren keine konkreten Anträge gestellt worden seien und zu einer Hauptverhandlung *vorgeladen* werden müsse. Nur vergleichsweise würde er sich ohne weitere Verhandlung zur Anordnung der Gütertrennung per 1. März 2012 und der Vormerknahme, seiner Unterhaltspflicht bis Ende Mai 2012 durch Direktzahlungen nachgekommen zu sein, bereit erklären (Urk. 33 S. 4). Auch in seinen Eingaben vom 31. Mai und 24. Juni 2013 beharrte der Gesuchsgegner sinngemäss auf der Durchführung einer mündlichen Verhandlung (Urk. 36 S. 2 und Urk. 39 S. 3, jeweils letzter Satz). Sein Verhalten im vorinstanzlichen sowie im Berufungsverfahren kann – mitunter vor dem Hintergrund, dass von der Vorinstanz mehrfach in Aussicht gestellt wurde, die Parteien würden sich anlässlich einer bevorstehenden mündlichen Eheschutzverhandlung äussern können (Prot.

Vi S. 5; Urk. 17/2) – weder als widersprüchlich noch rechtsmissbräuchlich bezeichnet werden. Vielmehr präsentiert es sich als konsequent.

3.2. Im Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass auch nicht vom Vorliegen eines klaren oder unbestrittenen Sachverhalts im Sinne von Art. 273 Abs. 1 Satz 2 ZPO ausgegangen werden kann, was zum Absehen von einer mündlichen Verhandlung berechtigt hätte. Aus den Rechtsbegehren der Parteien, von welchen die Vorinstanz im Eheschutzverfahren ausging (Urk. 43 S. 2), ist ersichtlich, dass kein unbestrittener Sachverhalt vorlag. Insbesondere war der Gesuchsgegner der Meinung, seiner Unterhaltspflicht bis Ende Mai 2012 durch direkte Bezahlung von Rechnungen nachgekommen zu sein (Urk. 33 S. 1 und 4), während die Gesuchstellerin einen monatlichen Unterhaltsbeitrag zwischen März bis Mai 2012 von Fr. 4'200.00 forderte (Urk. 32 S. 4). Überdies kann den Erwägungen der Vorinstanz, dass das Verfahren spruchreif und der Sachverhalt durch die Vergleichsverhandlung im Eheschutzverfahren, die Massnahmeverhandlung im Scheidungsprozess und die Fristansetzung zur schriftlichen Ergänzung der Vorbringen im Eheschutzverfahren genügend klar sei (Urk. 43 S. 5), nicht gefolgt werden:

a) Das Eheschutzverfahren wurde von der Gesuchstellerin weitgehend unbegründet durch Einreichung eines ausgefüllten Eheschutzformulars mit dem Begehren "Bewilligung zum Getrenntleben und Regelung der Folgen des Getrenntlebens" eingeleitet (Urk. 1). Die Ausführungen der Parteien anlässlich der Vergleichsverhandlung vom 8. Mai 2012 wurden sodann weder protokolliert noch dürfen sie zur Entscheidungsfindung herangezogen werden. Die Durchführung der Vergleichsverhandlung im Eheschutzverfahren vermochte daher nichts zur Präzisierung des Rechtsbegehrens der Gesuchstellerin resp. zur Klarheit des Sachverhalts beizutragen.

b) Im Scheidungsverfahren FE120656 wurden die Parteien am 15. August 2012 zur Anhörung, Einigungsverhandlung mit freigestellten Parteivorträgen und Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen auf den 5. November 2012

vorgeladen (FE120656 Urk. 5). Eine Vorladung zur gleichzeitigen Verhandlung betreffend das Eheschutzverfahren erfolgte nicht. Gemäss Art. 133 lit. e ZPO muss die Vorladung zwingend die Prozesshandlung, zu der vorgeladen wird, enthalten. Der Mangel der Vorladung wäre geheilt worden, hätten sich die Parteien in der Verhandlung dennoch materiell auf die Verhandlung betreffend das Eheschutzverfahren eingelassen (vgl. Huber, DIKE-Komm.-ZPO, a.a.O., Art. 133 N 28 f.). Die Parteien stellten anlässlich der Verhandlung vom 5. November 2012 auch Anträge bezüglich des in die eheschutzrichterliche Zuständigkeit fallenden Zeitraumes. Dem Plädoyer des Gesuchsgegners sowie dem Protokoll im Scheidungsverfahren ist jedoch zu entnehmen, dass er dies im Sinne rückwirkender vorsorglicher Massnahmen im Scheidungsverfahren tat, in der Annahme, der Massnahmerichter sei – solange der Eheschutzrichter noch keine rechtskräftige bzw. definitive Verfügung erlassen habe – rückwirkend zuständig (FE120656 Urk. 15 S. 2-4; Prot. FE120656 S. 22). Dem Protokoll des Scheidungsverfahrens ist weiter zu entnehmen, dass eine Diskussion über den Verfahrensablauf statt-fand und festgehalten wurde, dass im Anschluss an die Anhörung zum Scheidungspunkt keine Gesamteinigungsverhandlung durchgeführt, sondern zum Massnahmebegehren plädiert werde (Prot. FE120656 S. 5): Nach der gemeinsamen und getrennten Anhörung der Parteien zum Scheidungspunkt erfolgte die Begründung sowie Beantwortung der vorsorglichen Massnahmen mit anschliessenden Stellungnahmen und Befragungen der Parteien (Prot. FE120656 S. 5 ff.). Die Anträge und Vorbringen der Parteien zum Zeitraum März bis Juli 2012 fanden einzig in das Protokoll des Scheidungsverfahrens Eingang, nicht aber in jenes des Eheschutzverfahrens. Der Einwand der Gesuchstellerin, sie seien klar aufgefordert worden, ebenfalls Anträge für die Zeit von März bis Juli 2012 betreffend das hängige Eheschutzverfahrens zu stellen und zu begründen, beide Parteien hätten ihre Anträge auch sinngemäss für das Eheschutzverfahren gestellt, ist aktenwidrig.

c) Schliesslich wurde den Parteien mit Verfügung der Vorinstanz vom 5. April 2013 gleichzeitig Frist angesetzt, um schriftlich zu den noch zu regelnden

Themen des Eheschutzverfahrens Stellung zu nehmen. Die Vorinstanz begrenzte die Thematik auf die Unterhaltsbeiträge für die Zeit vom 1. März bis 30. Juli 2012 unter Berücksichtigung der vereinbarten Akontozahlungen sowie der vom Gesuchsgegner direkt bezahlten Rechnungen für den Unterhalt der Gesuchstellerin mit den Kindern, die Anordnung der Gütertrennung per 1. März 2012 sowie die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des Eheschutzverfahrens (Urk. 28 S. 3 f.). Vorab ist darauf hinzuweisen, dass die Vorbringen des Gesuchsgegners gegen diese Einschränkung der eheschutzrichterlichen Regelungsmaterie unbehelflich sind. Die Aufteilung des Hausrates bzw. Zuteilung der persönlichen Effekten stellt eine Regelungsmaterie dar, hinsichtlich welcher nur eine Entscheidung für die Zukunft in Frage kommt und aufgrund der Anträge der Gesuchstellerin anlässlich der Verhandlung vom 5. November 2012 in die Regelungskompetenz des Massnahmegerichts fällt (Prot. FE120656 S. 2 und 6). Über den Zeitpunkt der Haushaltsauflösung wurde – neben der Obhutszuteilung, Besuchsrechtsregelung und Weiterführung der Beistandschaft für die Kinder – mit Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 9. November 2012 entschieden (FE120656 Urk. 21 S. 2). Diese blieb unangefochten und ist in Rechtskraft erwachsen. Die Einschränkung der Regelungsthemen im Eheschutzverfahren ist daher nicht zu beanstanden.

In ihrer Stellungnahme vom 22. April 2013 äusserte sich die Gesuchstellerin, ohne ein konkretes Rechtsbegehren zu stellen, zur Gütertrennung, den Kosten- sowie Entschädigungsfolgen und – unter teilweise pauschaler Verweisung auf ihre Ausführungen im Plädoyer zu vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren und das diesbezügliche Protokoll – zur Höhe der Unterhaltsbeiträge vom 1. März 2012 bis 31. Juli 2012. Zu den anrechenbaren Akonto- und Direktzahlungen nahm sie keine Stellung (Urk. 32). Der Gesuchsgegner brachte in seiner Stellungnahme vom 13. Mai 2013 (neben prozessualen Ausführungen) in materieller Hinsicht einzig vor, dass er seiner Unterhaltspflicht bis Ende Mai 2012 "durch Direktzahlungen von Miete, Krankenkassenprämien und Telefonrechnungen etc." nachgekommen sei. Für den Zeitraum ab 1. Juni 2012 verwies er vollumfänglich und pauschal auf seine

Ausführungen im Scheidungsverfahren, mit dem Hinweis, dass die Scheidungsrichterin dafür zuständig sei (Urk. 33 S. 3). Die Vorinstanz stützte sich in ihrem Entscheid sodann vorwiegend auf Vorbringen und Urkunden aus dem Scheidungsverfahren, mitunter auch ohne dass die Parteien darauf im Eheschutzverfahren konkret verwiesen hätten. Ihre Erwägungen betreffend die Direktzahlungen bis Ende Mai 2012 beruhen im Wesentlichen auf einer anlässlich der Vergleichsverhandlung vom Gesuchsgegner eingereichten Aufstellung mit Belegen (Urk. 9/7; Prot. Vi S. 5; Urk. 43 S. 16 f.). Das von der Gesuchstellerin in der Vergleichsverhandlung eingereichte Schreiben, mit welchem sie dem Gesuchsgegner Telefon- und Arztrechnungen zur Bezahlung zukommen liess (Urk. 11/13; Prot. Vi S. 5), fand hingegen keine Erwähnung. Mit diesem Vorgehen trifft die Vorinstanz von sich aus Annahmen, ohne dass die Parteien sich dazu hätten äussern können oder persönlich befragt worden wären.

d) Der Sachverhalt im Eheschutzverfahren erweist sich damit, insbesondere in Bezug auf die vom Gesuchsgegner im Zeitraum vom 1. März bis 31. Mai 2012 direkt bezahlten Rechnungen für den Unterhalt der Gesuchstellerin und der Kinder, als nicht klar. Die Vorinstanz hätte eine mündliche Verhandlung durchführen müssen, um den streitigen Sachverhalt mit den Parteien in einer mündlichen Verhandlung zu erörtern und zu klären.

4. Zusammengefasst ist festzuhalten, dass nicht vom Vorliegen eines klaren Sachverhaltes aufgrund der Eingaben der Parteien ausgegangen werden kann; es wurde weder ausdrücklich noch stillschweigend auf eine mündliche Verhandlung verzichtet, vielmehr forderte der Gesuchsgegner mehrfach die Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Folglich hätte die Vorinstanz auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung nicht verzichten dürfen. Indem sie ihren Entscheid ohne eine solche fällte, verletzte sie Art. 273 Abs. 1 ZPO sowie Art. 297 Abs. 1 ZPO. Dem Urteil der Vorinstanz vom 30. August 2013 liegt damit ein schwerwiegender Verfahrensmangel zugrunde, was zugleich dazu führte, dass der Sachverhalt nicht gehörig ermittelt wurde. Aufgrund dessen ist das Urteil der Vorinstanz vom 30. August 2013 aufzuheben und die Sache zwecks Durchführung einer mündlichen Verhandlung zur Klärung resp. Vervollständigung

des Sachverhalts und neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO; Sutter-Somm/Hasenböhler/ Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 318 N 37).

III.

1.1. Gemäss Art. 119 Abs. 5 ZPO ist im Rechtsmittelverfahren die unentgeltliche Rechtspflege neu zu beantragen. Beide Parteien stellten ein entsprechendes Gesuch (Urk. 45; Urk. 47 S. 2 und 6 ff.). Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Wer diese Bedingungen erfüllt, hat ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand, soweit dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

1.2. Unter Verweis auf die Lohnabrechnungen April und Mai 2013 sowie die Verfügung des Massnahmegerichts im Scheidungsverfahren vom 30. August 2013 ist von einem monatlichen Nettoeinkommen der Gesuchstellerin von Fr. 3'320.00 auszugehen (Urk. 47 S. 9; Urk. 49/7 und 49/10; FE1200656 Urk. 65 S. 8). In ihrem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege macht die Gesuchstellerin geltend, sie erhalte vom Gesuchsgegner – trotz dessen Verpflichtung zur Bezahlung monatlicher Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'370.00 pro Kind – lediglich einen Kinderunterhalt in der Höhe von monatlich insgesamt Fr. 1'300.00 (Urk. 47 S. 9). Aufgrund des Effektivitätsgrundsatzes stellen Alimente, für die zwar ein Vollstreckungstitel vorliegt, die aber tatsächlich nicht bezahlt werden, kein Einkommen dar (BSK ZPO-Rüegg, a.a.O., Art. 117 N 9). Angesichts der von der Gesuchstellerin eingereichten Zahlungsbefehle, der Kontoauszüge und dem Schreiben vom 23. September 2013 betreffend die Abmahnung ausstehender Unterhaltsbeiträge von August 2012 bis September 2013 mit Betreibungsandrohung erscheint es glaubhaft, dass der Gesuchsgegner seiner Unterhaltsverpflichtung nur im Umfang von monatlich Fr. 1'300.00 nachkommt, weshalb sie auch nur in dieser Höhe zum Einkommen der Gesuchstellerin

hinzuzurechnen sind (Urk. 49/8-10). Es ist daher von durchschnittlichen monatlichen Einkünften der Gesuchstellerin von insgesamt Fr. 4'620.00 auszugehen. Im Bedarf der Gesuchstellerin mit den Kindern sind die Grundbeträge mit gesamthaft Fr. 2'550.00 zu berücksichtigen (Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 16. September 2009, ZR 108 [2009] Nr. 62, nachfolgend Kreisschreiben). Des Weiteren sind der Mietzins von Fr. 1'940.00, die Krankenkassenkosten (KVG) der Gesuchstellerin mit den Kindern von Fr. 457.75 und die Kosten für die Hausrat- und Haftpflichtversicherung von Fr. 30.00 belegt (Urk. 49/1-4). Die Telefonkosten von Fr. 150.00 sowie die Kosten für die Billag von Fr. 39.00 sind gerichtsnotorisch. Zudem erscheint die Berücksichtigung der von der Gesuchstellerin geltend gemachten Automobilkosten und Kosten für die laufende Steuerbelastung von je Fr. 350.00 angemessen (Urk. 47 S. 8; 49/5 und Kreisschreiben Ziff. III.3.4; Staats- und Gemeindesteuern sowie Bundessteuer, <www.steuern.ch>). Der den Einkünften von Fr. 4'620.00 gegenüberstehende Bedarf der Gesuchstellerin mit den Kindern beläuft sich folglich auf gerundet Fr. 5'870.00. Über Vermögen verfügt sie nicht (Urk. 47 S. 10; Urk. 49/10). Dementsprechend ist sie im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO als mittellos anzusehen. Sodann kann die von der Gesuchstellerin im Berufungsverfahren eingenommene Rechtsposition nicht als von vornherein aussichtslos angesehen werden und sie war – insbesondere da der Gesuchsgegner anwaltlich vertreten war – zur Wahrung ihrer Rechte auf einen Rechtsbeistand angewiesen (Art. 117 lit. b ZPO und Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Der Gesuchstellerin ist daher die unentgeltliche Prozessführung im Berufungsverfahren zu gewähren. Rechtsanwältin lic. iur. Y._____ ist ihr als unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

1.3. Der Gesuchsgegner stellte sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege erst mit Eingabe vom 16. September 2013 (Urk. 45 S. 2). Zur Begründung des Gesuchs verweist er betreffend seine Einkommens- und Bedarfsverhältnisse auf die vorinstanzlichen Ausführungen im Urteil vom 30. August 2013 (Urk. 45 S. 2 f.), welches die finanziellen Verhältnisse der Parteien im Zeitraum März bis Juli 2012 betraf (Urk. 43 S. 7 ff.). Im Rahmen der

Beurteilung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege sind die wirtschaftlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Gesuchstellung massgebend (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 117 N 4). Deshalb ist davon auszugehen, dass der Gesuchsgegner für seine finanziellen Verhältnisse auf die Verfügung des Massnahmegerichts im Scheidungsverfahren vom selben Datum verweisen wollte (FE120656 Urk. 65 S. 9 ff.). Diesem ist allerdings zu entnehmen, dass ihm ab September 2013 ein monatlicher Überschuss von Fr. 502.00 verbleibt (FE120656 Urk. 65 S. 21). Dieser Überschuss sollte es dem Gesuchsgegner – ohne dass näher darauf einzugehen ist, in welchem Umfang er seiner Unterhaltspflicht gemäss Verfügung vom 30. August 2013 nachkommt – ermöglichen, die ihm anfallenden Gerichts- und Anwaltskosten im Berufungsverfahren innert einer Frist von einem Jahr selbst zu finanzieren (BSK ZPO-Rüegg, a.a.O., Art. 117 N 7). Das Gesuch des Gesuchsgegners um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist folglich abzuweisen.

2.1. Die Höhe der Gerichtsgebühr richtet sich für das Berufungsverfahren nach § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit §§ 2, 5 Abs. 1 und 6 Abs. 2 lit. b der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG). Unter Berücksichtigung des geringen Streitinteresses (Unterhaltsbeiträge für wenige Monate), des Zeitaufwandes des Gerichts und der Schwierigkeit des Falles erscheint eine Entscheidgebühr von Fr. 2'000.00 angemessen.

2.2. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen sind von den Parteien nach Obsiegen und Unterliegen zu tragen (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Auf die Berufung des Gesuchsgegners gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 30. August 2013 wird nicht eingetreten (vgl. oben Erw. I.5.), wohingegen er mit seinem Berufungsantrag hinsichtlich der Aufhebung sowie Rückweisung des vorinstanzlichen Urteils vom 30. August 2013 durchdringt und als obsiegende Partei zu betrachten ist. Die Gesuchstellerin, welche die vollumfängliche Abweisung der Berufung beantragte (Urk. 47 S. 2), unterliegt entsprechend. Gesamthaft rechtfertigt es sich, dem Gesuchsgegner 1/10 und der Gesuchstellerin 9/10 der zweitinstanzlichen Verfahrenskosten aufzuerlegen. Zuzugewährung der unentgeltlichen Prozessführung ist der Kostenanteil der Gesuchstellerin einstweilen auf die

Gerichtskasse zu nehmen. Die Gesuchstellerin ist darauf hinzuweisen, dass sie gemäss Art. 123 ZPO zur Nachzahlung verpflichtet ist, sobald sie dazu in der Lage ist.

2.3. Die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege befreit die entschädigungspflichtige Partei nicht von der Bezahlung der Parteientschädigung an die Gegenpartei (vgl. Art. 122 Abs. 1 lit. d ZPO), weshalb die Gesuchstellerin entsprechend der Kostenverteilung zu verpflichten ist, dem Gesuchsgegner eine auf 8/10 reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen. Diese ist in Anwendung von §§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 3, 9 und 13 der AnwGebV und unter Berücksichtigung des bereits erwähnten geringen Streitinteresses (Unterhaltsbeiträge für wenige Monate) auf Fr. 800.00 festzusetzen. Die Mehrwertsteuer ist nicht zu entschädigen, da dies nicht verlangt wurde.

Es wird beschlossen:

1. Der Gesuchstellerin wird die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
2. Das Gesuch des Gesuchsgegners um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Berufungsverfahren wird abgewiesen.
3. Auf die Berufung des Gesuchsgegners wird, soweit damit die Aufhebung und Rückweisung der Verfügung vom 30. August 2013 an das Bezirksgericht Zürich verlangt wird, nicht eingetreten.
4. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 5. Abteilung, vom 30. August 2013 wird aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen und zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.00 festgesetzt.

6. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden dem Gesuchsgegner zu 1/10 und der Gesuchstellerin zu 9/10 auferlegt. Der Kostenanteil der Gesuchstellerin wird jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen

Eine Nachzahlungspflicht der Gesuchstellerin gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

7. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner für das zweitinstanzliche Verfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 800.00 zu bezahlen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

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

9. 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 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, 12. Februar 2014

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Würsch

versandt am:
se