

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE130077-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiber lic. iur. Ch. Büchi

Beschluss vom 5. September 2014

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz (Unterhalt, Obhut, Besuchsrecht)**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 28. November 2013 (EE130070-C)

Rechtsbegehren:

der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin vor Vorinstanz (Urk. 26 S. 1 f.):

- "1. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass die Parteien am 5. April 2013 das Getrenntleben aufgenommen haben.
2. Es sei die eheliche Wohnung an der ...strasse ..., ... [Ort], samt Hausrat und Mobiliar für die Dauer des Getrenntlebens der Klägerin und der gemeinsamen Tochter C._____ zur alleinigen Nutzung zuzuweisen.
3. Es sei die aus der Ehe hervorgegangene Tochter C._____, geb. tt.mm.2009, unter die Obhut der Klägerin zu stellen.
4. Es sei der Beklagte für berechtigt zu erklären, die Tochter C._____ am ersten Wochenende eines jeden Monats am Samstag und Sonntag je von 14.00 Uhr bis 18.00 Uhr, sowie am dritten Wochenende eines jeden Monats von Samstag, 14.00 Uhr bis Sonntag, 18.00 Uhr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen;
es sei der Beklagte für berechtigt zu erklären, die Tochter C._____ am Weihnachts- oder Stephanstag sowie am Ostermontag auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen;
es sei von der Regelung eines Ferienbesuchsrechts des Beklagten abzusehen.
5. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin ab Aufnahme des Getrenntlebens und unter Anrechnung der vom Beklagten bereits erbrachten Zahlungen einen monatlichen im Voraus fälligen Unterhaltsbeitrag von insgesamt Fr. 4'150.-, mithin Fr. 2'850.- für die Klägerin persönlich sowie Fr. 1'300.- für die gemeinsame Tochter C._____, zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Kinderzulagen, zu bezahlen.
6. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass die Klägerin bereit ist, dem Beklagten auf erstes Verlangen PC, das antike Kinderbett, die Schnapstruhe, das von der Mutter stammende Geschirr, seine Kleider und persönlichen Effekten zu übergeben.
7. Es sei per heutiges Datum die Gütertrennung anzuordnen.
Alles unter Kosten - und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten."

des Gesuchgegners und Berufungsbeklagten vor Vorinstanz (sinngemäss:

Urk. 46 S. 2 f.):

1. Es sei das Getrenntleben anzuordnen.
2. Der Beklagte ist damit einverstanden, dass die Tochter C._____, geboren tt.mm.2009, unter die Obhut der Klägerin gestellt wird, wobei er sich vorbe-

hält, allenfalls hierzu zu einem späteren Zeitpunkt einen Abänderungsantrag und/oder den Antrag auf Einsetzung eines Beistandes zu stellen.

3. Der Beklagte sei für berechtigt zu erklären, C. _____ stets am 1. und 3. Wochenende eines Monats mit sich oder zu sich auf Besuch zu nehmen; ist der Beklagte aus beruflichen Gründen an der Ausübung eines Besuchsrechts am Wochenende verhindert, verschiebt sich das Besuchswochenende auf das nächste Wochenende; der Beklagte hat dies der Klägerin spätestens am Donnerstag, bevor das Besuchswochenende stattfinden sollte, anzuzeigen. Wird ein solches Besuchswochenende verschoben, ändert dies den generellen Besuchsrhythmus vom 1. und 3. Wochenende im Monat nicht.

Die vorstehende Regelung gilt nur, sofern die Parteien nicht von Fall zu Fall etwas anderes vereinbaren.

Zudem sei der Beklagte für berechtigt zu erklären, C. _____ drei Wochen im Jahr mit sich oder zu sich in die Ferien zu nehmen. Der Beklagte gibt der Klägerin die Ferientermine bis Ende März für die Zeit von April des laufenden Jahres bis März des nächsten Jahres bekannt.

4. Der Beklagte ist bereit, sich zur Zahlung eines Unterhaltsbeitrags für die Klägerin und die Tochter zu verpflichten, und zwar in der Höhe von Fr. 850.– für die Klägerin persönlich sowie Fr. 1'000.–, inklusive allfälliger gesetzlicher- oder vertraglicher Kinderzulagen, an den Unterhalt des Kindes.
5. Der Mietvertrag für die Wohnung an der ...strasse ... in ... kann auf die Klägerin umgeschrieben werden, ebenso der Vertrag für den Autoabstellplatz; die Kautions für den Mietvertrag lässt der Beklagte einstweilen stehen; das Guthaben resultierend aus dieser Mietkaution ist in der dereinstigen güterrechtlichen Auseinandersetzung anlässlich der Scheidung dem Beklagten gutzuschreiben.
6. Die Klägerin sei zu verpflichten, dem Beklagten auf erstes Verlangen herauszugeben: PC, antikes Kinderbett, Schnapstruhe, das von seiner Mutter stammende Geschirr, seine Kleider und persönlichen Effekten.

Unter Kosten und Entschädigungsfolge zulasten der Klägerin.

**Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht
Bülach vom 28. November 2013 (Urk. 46 = Urk. 43 S. 30 ff.):**

- "1. Es wird vorgemerkt, dass die Parteien seit dem 5. April 2013 und bis auf weiteres getrennt leben.
2. Das Kind C. _____, geboren am tt.mm.2009, wird für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Klägerin gestellt.
3. Der Beklagte wird für berechtigt erklärt, das Kind C. _____ am ersten und dritten Wochenende eines jeden Monats von Samstag 10.00 Uhr bis Sonntag 18.00 Uhr sowie am Ostermontag und am zweiten Weihnachtstag (26. Dezember) auf eigene Kosten mit sich oder zu sich auf Besuch zu nehmen.

Sollte der Beklagte aus beruflichen Gründen an der Ausübung des Besuchsrechts verhindert sein, so wird dieses auf das nächste Wochenende verschoben, ohne dass der generelle Besuchsrhythmus erstes/drittes Wochenende im Monat dadurch unterbrochen wird. Der Beklagte wird angewiesen, eine entsprechende Verschiebung der Klägerin mindestens zwei Tage vor dem betroffenen Besuchsrechtswochenende anzuzeigen.

Zudem wird er für berechtigt erklärt, das Kind C. _____ ab schulpflichtigem Alter für zwei Wochen im Jahr auf eigene Kosten mit sich oder zu sich in die Ferien zu nehmen.

Die Ausübung des Ferienbesuchsrechts hat der Beklagte mindestens drei Monate im Voraus mit der Klägerin abzusprechen.

4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Kind C. _____ monatliche, im Voraus auf den ersten des Monats zahlbare Kinderunterhaltsbeiträge von Fr. 1'000.– zuzüglich Kinder- bzw. Ausbildungszulagen zu bezahlen, dies rückwirkend ab 5. April 2013.
5. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für sich persönlich monatliche, im Voraus auf den Ersten des Monats zahlbare Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'450.– zu bezahlen, dies rückwirkend ab 5. April 2013.
6. Allfällige vom Beklagten seit dem 5. April 2013 geleistete Unterhaltszahlungen an die Klägerin sind an die zu leistenden Unterhaltsbeiträge gemäss Ziffern 5 und 6 anteilmässig anzurechnen.
7. Die eheliche Wohnung an der ...strasse ... in ... wird samt Mobiliar und Hausrat der Klägerin zur alleinigen Benützung zugewiesen.
8. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten auf erstes Verlangen folgende Gegenstände herauszugeben:
 - PC
 - antikes Kinderbett
 - Schnapstruhe
 - von seiner Mutter stammendes Geschirr
 - seine Kleider und persönlichen Effekte.
9. Es wird die Gütertrennung mit Wirkung per 19. September 2013 angeordnet.
10. Die Entscheidegebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt.
11. Die Gerichtskosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Parteien werden auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.
12. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
13. (Schriftliche Mitteilung.)
14. (Rechtsmittelbelehrung.)"

Berufungsanträge:

der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (Urk. 45 S. 2):

- "1. Es sei Dispositiv Ziff. 3 Abs. 1 des angefochtenen Urteils vom 28. November 2013 aufzuheben und das Besuchsrecht des Berufungsbeklagten stattdessen wie folgt zu regeln:

Der Beklagte wird für berechtigt erklärt, das Kind C. _____ am ersten Wochenende eines jeden Monats am Samstag und am Sonntag, je von 14:00 Uhr bis 18:00 Uhr sowie am dritten Wochenende eines jeden Monats von Samstag, 10:00 Uhr, bis Sonntag, 18:00 Uhr, sowie am Ostermontag und am zweiten Weihnachtstag (26. Dezember) auf eigene Kosten mit sich oder zu sich auf Besuch zu nehmen;

2. Es sei Dispositiv Ziff. 5 des angefochtenen Urteils vom 28. November 2013 aufzuheben und der Berufungsbeklagte stattdessen zu verpflichten, der Berufungsklägerin für sich persönlich monatliche, im Voraus auf den Ersten des Monats zahlbar Unterhaltsbeiträge von CHF 1'716.00 zu bezahlen, dies rückwirkend ab 5. April 2013;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten des Berufungsbeklagten."

des Gesuchgegners und Berufungsbeklagten (Urk. 55 S. 2):

- "1. Die Berufungsanträge auf Abänderung von Dispositiv Ziff. 3 Abs. 1 des vorinstanzlichen Urteils (Besuchsrecht) und Dispositiv Ziff. 5 des vorinstanzlichen Urteils (Unterhaltsbeitrag) seien abzuweisen;
2. Ziff. 5 des vorinstanzlichen Dispositivs sei dahingehend abzuändern, dass der Beklagte zu verpflichten ist, der Klägerin persönlich einen Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'231.00 (statt Fr. 1'450.00) zu zahlen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Klägerin."

Erwägungen:

1. Die Parteien sind verheiratet und haben eine gemeinsame Tochter, C._____, geboren am tt.mm.2009. Mit Eingabe vom 13. Mai 2013 gelangte die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (fortan Gesuchstellerin) an das Bezirksgericht Bülach (Vorinstanz) und ersuchte um Anordnung von Eheschutzmassnahmen (Urk. 1). Für den weiteren Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden. Mit Urteil vom 28. November 2013 erliess die Vorinstanz betreffend Regelung des Getrenntlebens den voranstehenden Entscheid (Urk. 46 = Urk. 43 S. 30 ff.), welcher den Parteien am 4. Dezember 2013 zugestellt wurde (Urk. 44).

2. Hiergegen erhob die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 16. Dezember 2013 (Urk. 45) innert Frist Berufung, wobei sie die oben aufgeführten Anträge stellte. Überdies ersuchte sie um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung im Berufungsverfahren (Urk. 45 S. 2).

3. Mit Kurzbrief vom 9. Januar 2014 leitete die Vorinstanz ein bei ihr gleichentags eingegangener Bericht der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) ... [Ort] über eine telefonische Gefährdungsmeldung vom 8. Januar 2014 an die hiesige Kammer weiter (Urk. 51 und 52).

4. Mit Eingabe vom 27. Januar 2014 nahm die Gesuchstellerin zum Bericht der KESB ... [Ort] vom 8. Januar 2014 unaufgefordert Stellung (Urk. 54).

5. Mit Eingabe vom 27. Januar 2014 erstattete der Gesuchsgegner und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchsgegner) Berufungsantwort und erhob gleichzeitig Anschlussberufung und stellte dabei die eingangs aufgeführten Anträge. Ferner ersuchte er um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung im Berufungsverfahren (Urk. 55 S. 2).

6. Mit Beschluss der Kammer vom 7. Februar 2014 wurde auf die Anschlussberufung des Gesuchsgegners nicht eingetreten. Gleichzeitig wurde bei den Parteien für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt sowie der Gesuchstellerin Rechtsanwalt Dr. X.____ und dem Gesuchsgegner –

ohne Anschlussberufung – Dr. Y. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt. Sodann wurde der Gesuchstellerin Frist angesetzt, um zu den vom Gesuchsteller neu eingereichten Unterlagen und neu aufgestellten Behauptungen Stellung zu nehmen (Urk. 58).

7. Mit Eingabe vom 18. Februar 2014 nahm der Gesuchsgegner zum vorgenannten Bericht der KESB ... [Ort] vom 8. Januar 2014 sowie zur unaufgeforderten Stellungnahme der Gesuchstellerin ebenfalls unaufgefordert Stellung (Urk. 59).

8. Nach einmaliger Fristerstreckung nahm die Gesuchstellerin rechtzeitig mit Eingabe vom 3. März 2014 (Urk. 58) zu den vom Gesuchsteller mit seiner Eingabe vom 27. Januar 2014 neu eingereichten Unterlagen und neu aufgestellten Behauptungen Stellung (Urk. 61). Der Gesuchsgegner nahm hierzu mit Eingabe vom 6. März 2014 unaufgefordert Stellung (Urk. 65).

9. Mit Eingabe vom 10. März 2014 reichte die Gesuchstellerin mit einer Begründung eine Kopie einer Aktennotiz von D. _____ vom 27. Februar 2014 als neues Beweismittel ins Recht (Urk. 67 und 68/1), woraufhin der Gesuchsgegner mit Eingabe vom 17. März 2014 unaufgefordert Stellung nahm (Urk. 70).

11. Mit Eingabe vom 16. April 2014 stellte der Gesuchsgegner folgende Anträge (Urk. 72 S. 2):

- "1. In Abänderung von Ziff. 3 des Dispositivs des Urteils des BG Bülach vom 28.11.2013 sei die Obhut über das Kind C. _____, geb. tt.mm.2009, für die Dauer des Getrenntlebens dem Beklagten zuzuweisen, evtl. – falls die Obhut bei der Klägerin belassen wird – sei zu Gunsten von C. _____ eine Beistandschaft zu errichten mit der Aufgabe, die Obhutsausübung in geeigneter Form zu beaufsichtigen und der Klägerin, der Mutter, die notwendige Hilfe bei der Betreuung des Kindes zu geben;
2. Erfolgt die Zuweisung der Obhut an den Beklagten, sei
 - a) der Klägerin ein gerichtsbliches Besuchsrecht einzuräumen,
 - b) in Abänderung von Ziff. 4 des Urteilsdispositivs des BG Bülach vom 28.11.2013 die Klägerin zu verpflichten, dem Beklagten einen angemessenen Kinderunterhaltsbeitrag zu zahlen,
 - c) Ziff. 6 des vorinstanzlichen Urteilsdispositivs, mit der der Beklagte zur Zahlung eines Unterhaltsbeitrags an die Klägerin verpflichtet wurde, aufzuheben;

3. Evtl. sei verfahrensmässig nach raschem Entscheid über den Berufungsantrag hinsichtlich des Besuchsrechts die Sache zur Behandlung der obigen Anträge an das Bezirksgericht Bülach zurückzuweisen;

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Klägerin."

12. Mit Verfügung vom 6. Mai 2014 wurde der Gesuchstellerin die soeben genannte Eingabe vom 16. April 2014 zusammen mit der ihr bislang noch nicht zugestellten Eingabe des Gesuchsgegners vom 18. Februar 2014 (vgl. Ziff. 7 vorstehend) zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 74).

13. Mit Eingabe vom 16. Mai 2014 nahm die Gesuchstellerin zur vorgeannten Eingabe des Gesuchsgegners vom 16. April 2014 Stellung (Urk. 75).

14. In der Folge wurden die Parteien auf den 3. September 2014 zur Vergleichsverhandlung vorgeladen, wobei der Verhandlungstermin mit ihnen erst am 21. Juli 2014 hatte vereinbart werden können (Urk. 79).

15. Mit Eingabe per Fax vom 2. September 2014 orientierte der Gesuchsgegner über die aussergerichtliche Einigung der Parteien in vorliegender Angelegenheit und reichte die entsprechende Vereinbarung – zufolge welcher sich die anberaumte Vergleichsverhandlung als obsolet erwies – mit folgendem Inhalt ins Recht (Urk. 80):

- "1. Die Klägerin zieht ihre Berufung gegen das Urteil des BG Bülach vom 28.11.2013 zurück.
Auf die vom Beklagten gegen das genannte Urteil des BG Bülach eingereichte Anschlussberufung ist nicht eingetreten worden. Dementsprechend gilt für das Getrenntleben der Parteien nach dem Rückzug der Berufung durch die Klägerin das Urteil des BG Bülach vom 28.11.2013.
2. Der Beklagte gibt hiermit die Erklärung ab, die von ihm gegen die Klägerin gestellte Forderung von Fr. 5'467.40 für bis anhin zu viel bezahlte Alimente zu sistieren bis es zur güterrechtlichen Auseinandersetzung kommt, davon ausgehend, dass der Beklagte nach Ablauf der Frist von Art. 114 ZGB die Scheidung der Ehe verlangen wird. Die Unterzeichnung der vorliegenden Vereinbarung stellt seitens der Klägerin keine Anerkennung der Forderung des Beklagten dar.
3. Die Anträge vom 16.04.2014, die der Beklagte aufgrund von Noven im Rahmen des Berufungsverfahrens hinsichtlich Obhut über das Kind C. _____ gestellt hat, werden von ihm zurückgezogen.
4. Die Kosten der gestützt auf die obigen Rückzüge erfolgenden Verfahrensabschreibung übernehmen die Parteien je zur Hälfte mit Verweis auf die ihnen gewährte unentgeltliche Prozessführung, und sie verzichten gegenseitig auf

Prozessentschädigung, ebenfalls mit Verweis auf die ihnen gewährte unentgeltliche Rechtsverteidigung."

16. In der vorgenannten von den Parteien unterzeichneten Vereinbarung, hierorts im Original eingegangen am 4. September 2014, ziehen diese ihre sämtlichen im vorliegenden Berufungsverfahren gestellten Anträge zurück (Urk. 82/B). Entsprechend ist das Verfahren abzuschreiben.

17. Mit dem Rückzug wird auch die erstinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen rechtskräftig. Ausgangs- und vereinbarungsgemäss sind die Prozesskosten des Berufungsverfahrens den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen. Zuzugewährung der unentgeltlichen Prozessführung sind diese einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Parteien sind darauf hinzuweisen, dass sie gemäss Art. 123 ZPO zur Nachzahlung verpflichtet sind, sobald sie dazu in der Lage sind. Die Parteien haben gegenseitig auf Parteientschädigung für das Berufungsverfahren verzichtet (Urk. 82/B).

Es wird beschlossen:

1. Das Verfahren wird abgeschrieben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zuzugewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Bülach, Einzelgericht im summarischen Verfahren, je gegen Empfangsschein.

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

7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 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 über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 90 und 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.

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. Ch. Büchi

versandt am: js