

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE160043-O/U

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

Beschluss und Urteil vom 6. September 2016

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. _____

gegen

B. _____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz**

Berufung gegen ein Urteil und eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 20. Juli 2016 (EE140049-I)

Rechtsbegehren:

der Klägerin und Berufungsbeklagten (Urk. 90):

- "1. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass der eheliche Haushalt per 26.12.2013 aufgehoben wurde.
- 2.a) Die Kinder, C._____, geb. tt.mm.2002 und D._____, geb. tt.mm.2010 seien unter die alleinige Obhut der Gesuchstellerin zu stellen.
 - b) Dem Gesuchsgegner sei ein angemessenes Besuchsrecht einzuräumen. Er sei für berechtigt zu erklären, die C._____ und D._____ jeden zweiten Sonntag von 10.00-18.00 sowie jeden Donnerstag von 16 Uhr bis 19 Uhr zu sich auf Besuch zu nehmen.
 - c) Es sei für die Kinder, C._____, geb. tt.mm.2002 und D._____, geb. tt.mm.2010 eine Beistandschaft zu errichten.
- 3.a) Die eheliche Wohnung an der E._____-Strasse ..., F._____, sei der Gesuchstellerin samt Hausrat und Mobilier – ausgenommen die persönlichen Effekten des Gesuchsgegners – zur alleinigen Benutzung zuzuweisen.
4. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin für sich und die beiden Kinder C._____, geb. tt.mm.2002 und D._____, geb. tt.mm.2010 rückwirkend ab März 2014 angemessene monatlich im Voraus zahlbare Unterhaltsbeiträge zu leisten, abzüglich der bereits geleisteten Zahlungen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Gesuchsgegners."

des Beklagten und Berufungsklägers (Prot. I S. 27 f.):

- "1. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass die Parteien seit dem 26. Dezember 2013 getrennt leben.
2. Die Kinder seien unter der Obhut der Klägerin zu belassen.
3. Der Beklagte sei berechtigt zu erklären, die Kinder auf seine Kosten mit sich bzw. zu sich auf Besuch zu nehmen: am Montag (ganzer Tag); von Montag bis Dienstag (Übernachtung); am Dienstag (Vormittag) und am Freitag (ganzer Tag).
4. Der Beklagte sei berechtigt zu erklären, dass die Kinder vier Wochen Ferien pro Jahr mit ihm verbringen.

5. Es sei eine Besuchsrechtsbeistandschaft einzurichten. Dagegen hat der Beklagte nicht opponiert.
6. Die alleinige Nutzung der ehelichen Wohnung samt des Hausrats und des Mobiliars sei der Klägerin zuzusprechen.
7. Die persönlichen Effekten seien dem Beklagten auf erstes Verlangen herauszugeben.
8. Der Beklagte sei zu verpflichten, ab Rechtskraft des Urteils Kinderunterhalt zu bezahlen.
9. Der Antrag der Klägerin, Nachzahlungen für die Monate Februar, März und April 2014 zu bezahlen, sei abzuweisen.
10. Die Kosten seien den Parteien je hälftig aufzuerlegen und es sei gegenseitig auf Parteientschädigung zu verzichten."

des Beklagten (Änderung vom 7. Dezember 2015; Urk. 127):

"Der Beklagte sei berechtigt zu erklären, seine Kinder:

- jeden Montag über Mittag (ca. 12.00 - 14.00)
- jeden Mittwoch von ca. 12.00 - 17.00
- jedes Wochenende am Samstag- oder Sonntagnachmittag von ca. 13.00 - 17.00

auf seine Kosten zu sich auf Besuch zu nehmen."

**Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht
Uster vom 20. Juli 2016:**

(Urk. 163 S. 57 ff.)

1. Die Parteien werden zum Getrenntleben berechtigt erklärt und es wird davon Vormerk genommen, dass die Parteien seit dem 26. Dezember 2013 getrennt leben.
2. Die Obhut über die Kinder C._____, geboren tt.mm.2002, und D._____, geboren tt.mm.2010, wird für die Dauer des Getrenntlebens der Klägerin alleine zugeteilt.

3. Der Beklagte wird berechtigt erklärt, die Kinder für die Dauer des Getrenntlebens wie folgt auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen:
- jeden Sonntag von 13.00 - 17.00 Uhr,
 - jeden Donnerstag von 16.00 - 19.00 Uhr.

4. Es wird für die Kinder C._____, geboren tt.mm.2002, und D._____, geboren tt.mm.2010, eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB errichtet. Der Beistand wird beauftragt, bei der Umsetzung der Betreuungsregelung gemäss Ziffer 3

- die Modalitäten des persönlichen Verkehrs (Übergabeort, -zeit, etc.) festzulegen,
- die Eltern bei der Lösungsfindung in allfälligen Konflikten betreffend die Ausübung des Betreuungsrechts zu unterstützen.

Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Dübendorf wird ersucht, den Beistand zu ernennen und diesen dem Gericht bekannt zu geben.

5. Der Beklagte wird verpflichtet, für die Dauer des Getrenntlebens der Klägerin an den Unterhalt und die Erziehung der Kinder folgende monatliche Beiträge zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Familien-, Kinder- und Ausbildungszulagen, zu bezahlen:

- Fr. 1'100.- pro Kind rückwirkend von 1. März 2014 bis 31. Oktober 2014,
- Fr. 1'300.- pro Kind rückwirkend von 1. November 2014 bis 15. Januar 2015
- Fr. 1'000.- pro Kind rückwirkend von 16. Januar 2015 bis 30. September 2015
- Fr. 0.- von 1. Oktober 2015 bis 29. Februar 2016

- Fr. 700.– pro Kind rückwirkend ab 1. März 2016 für die weitere Dauer des Getrenntlebens.

Die Unterhaltsbeiträge sind an die Klägerin zahlbar, und zwar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats. Die Zahlungsmodalitäten gelten über die Volljährigkeit hinaus, solange das Kind im Haushalt der Klägerin lebt und keine eigenen Ansprüche gegenüber dem Beklagten stellt bzw. keinen anderen Zahlungsempfänger bezeichnet.

An ausserordentlichen Kinderkosten (z.B. Zahnarztkosten, Kosten für schulische Förderungsmassnahmen, Ausbildung, etc.), denen beide Elternteile ausdrücklich zugestimmt haben, hat sich der Beklagte für die Dauer des Getrenntlebens zur Hälfte nach Vorlage der entsprechenden Rechnungen zu beteiligen, soweit diese nicht von Dritten, insbesondere Versicherungen, finanziert werden. Kommt keine Einigung über die Kostentragung zustande, so trägt der veranlassende Elternteil die entsprechende Ausgabe einstweilen allein; die gerichtliche Geltendmachung der Kostenbeteiligung bleibt vorbehalten.

6. Der Beklagte wird verpflichtet, für Dauer des Getrenntlebens der Klägerin folgende monatliche Ehegattenunterhaltsbeiträge zu bezahlen:

- Fr. 592.– rückwirkend von 1. März 2014 bis 31. Oktober 2014,
- Fr. 849.– rückwirkend für den November 2014
- Fr. 833.– rückwirkend von 1. Dezember 2014 bis 15. Januar 2015
- Fr. 619.– rückwirkend von 16. Januar 2015 bis 31. Mai 2015
- Fr. 603.– rückwirkend von 1. Juni 2015 bis 30. September 2015
- Fr. 0.– von 1. Oktober 2015 bis 29. Februar 2016

- Fr. 509.– rückwirkend ab 1. März 2016 für die weitere Dauer des Getrenntlebens.

Die Unterhaltsbeiträge sind im Voraus zahlbar, und zwar jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.

7. Es wird festgestellt, dass der Beklagte für die Monate März 2014 bis August 2014 bereits folgende Zahlungen getätigt hat, welche an seine Unterhaltspflicht gemäss Ziffern 5 und 6 anzurechnen sind:

März 2014:	Fr. 1'500.–	Juni 2014:	Fr. 1'200.–
April 2014:	Fr. 1'400.–	Juli 2014:	Fr. 1'200.–
Mai 2014:	Fr. 1'400.–	August 2014:	Fr. 1'300.–

8. Die eheliche Wohnung an der E.____-Strasse ... in F.____ wird samt Hausrat und Mobiliar für die Dauer des Getrenntlebens der Klägerin und den Kindern zur alleinigen Benützung zugewiesen.
9. Das mit Verfügung vom 4. April 2014 gegenüber dem Beklagten angeordnete Verbot, die eheliche Wohnung an der E.____-Strasse ... in F.____ zu betreten, wird aufgehoben.
10. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten seine persönlichen Effekten auf erstes Verlangen auszuhändigen.
11. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 4'800.–.
12. Die Kosten 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.
13. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
14. [Mitteilungen]
15. [Rechtsmittelbelehrung Berufung]

Berufungsanträge:

des Beklagten und Berufungsklägers (Urk. 162 S. 2):

- "1. Der Appellant sei rückwirkend ab dem 1. März 2016 für die weitere Dauer des Getrenntlebens von der Bezahlung von Kinder- und Frauenunterhaltsbeiträgen zu befreien.
2. Alles unter gesetzlicher Kosten- und Entschädigungsfolge."

Prozessualer Antrag im Berufungsverfahren:

des Beklagten und Berufungsklägers (Urk. 162 S. 10):

"Es sei dem Appellanten im Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung und in der Person des Unterzeichneten [Rechtsanwalt Dr. X1._____] ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu gewähren."

Erwägungen:

I. Sachverhalt / Prozessgeschichte / Prozessuales

1. Aus der Ehe der Parteien gingen zwei gemeinsame Kinder, C._____, geboren am tt.mm.2002, und D._____, geboren am tt.mm.2010, hervor. Die Parteien leben seit Ende 2013 getrennt. Die Kinder leben mit der Klägerin und Berufungsbeklagten (fortan: Klägerin) in der ehelichen Wohnung. Die Klägerin ist zu 50% als Sachbearbeiterin erwerbstätig. Der Beklagte und Berufungskläger (fortan: Beklagter) ist Schweisser/Schlosser und arbeitete bis zu seiner Freistellung am 16. Januar 2014 für die G._____. Das Arbeitsverhältnis wurde per 30. April 2014 gekündigt (Urk. 26/2). Noch während der Kündigungsfrist erkrankte der Beklagte psychisch und wurde per 20. Januar 2014 krankgeschrieben. In der Folge erhielt er zunächst Lohnfortzahlungen der G._____ (Januar bis Oktober 2014; Urk. 117/1-8), danach bezog er Krankentaggelder der H._____. Die H._____ stellte die Taggeldzahlungen jedoch per 30. September 2015 ein mit der Begründung, ge-

mässig Beurteilung des beratenden Arztes Prof. Dr. I. _____ vom 24. Juli 2015 sei der Beklagte im angestammten Beruf wieder 100% arbeitsfähig (Urk. 128/1). Seit November 2015 wird der Beklagte von der Sozialhilfe unterstützt (Urk. 165/2). Der behandelnde Arzt, Prof. Dr. J. _____, attestierte dem Beklagten indessen auch für die Monate September bis November 2015 eine volle Arbeitsunfähigkeit (Urk. 130/2-4). Für die Zeit danach sind keine ärztlichen Arbeitsunfähigkeitszeugnisse aktenkundig, der Beklagte stellte jedoch mit Eingaben vom 29. Januar und 23. März 2016 in Aussicht, Berichte zu seiner Arbeitsunfähigkeit einzureichen (Urk. 134 und 142). Ein ärztlicher Bericht von Prof. Dr. J. _____ vom 19. Mai 2016 (Urk. 165/4) wurde der Vorinstanz erst am 21. Juli 2016 und damit nach Urteilsfällung eingereicht (Urk. 162 S. 5 ff.).

2. Die Klägerin machte am 2. April 2014 bei der Vorinstanz ein Eheschutzbegehren anhängig. Betreffend den vorinstanzlichen Verfahrensgang ist auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid zu verweisen (Urk. 163 S. 3 ff.). Vor Vorinstanz wurde der Beklagte bis 9. Dezember 2014 von Rechtsanwalt lic. iur. X2. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand vertreten. Nachdem der Beklagte ihm das Vertrauen entzogen hat, wurde dieser aus seinem Amt entlassen (Urk. 68). Stattdessen wurde Rechtsanwalt Dr. X1. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand des Beklagten bestellt (Urk. 78). Die Vorinstanz fällte am 20. Juli 2016 das Urteil. Dieses nahm der Beklagte am 25. Juli 2016 in Empfang (Urk. 150).

3. Mit Berufungsschrift vom 4. August 2016 (Poststempel vom gleichen Tag) erhob der Beklagte rechtzeitig Berufung gegen das Urteil vom 20. Juli 2016 mit eingangs wiedergegebenen Anträgen (Urk. 162; Beilagen und -verzeichnis: Urk. 164 und 165/2-4). Da sich – wie zu zeigen ist – die Berufung sogleich als offensichtlich unbegründet erweist, konnte auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

4. Die Berufung hemmt die Rechtskraft, nicht jedoch die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Eheschutzentscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 und Abs. 4 lit. b ZPO; vgl. BGE 139 III 486). Vorweg ist daher vorzumerken, dass das angefochtene Urteil vom 20. Juli 2016 in den nicht angefochtenen Dispositiv-

ziffern 1-4 und 7-15 rechtskräftig geworden ist. Rechtskräftig sind auch die bis Ende Februar 2016 getroffenen Unterhaltsregeln in den Dispositivziffern 5 und 6.

II. Materielles

1. Der Beklagte wendet sich mit der Berufung einzig dagegen, dass ihm die Vorinstanz ab 1. März 2016 für die weitere Dauer des Getrenntlebens ein hypothetisches Einkommen von Fr. 5'000.– angerechnet und ihn gestützt darauf verpflichtet hat, monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 700.– für jedes Kind sowie Fr. 509.– für die Klägerin zu bezahlen (Urk. 162 Rz 2.1). Er kritisiert dabei nicht die vorinstanzliche Rechtsanwendung, soweit sie sich auf den Aktenstand im Urteilszeitpunkt stützt. Vielmehr stützt er sich auf den eingangs erwähnten ärztlichen Bericht von Prof. Dr. J. _____ vom 19. Mai 2016 (Urk. 165/4), welchen er der Vorinstanz erst nach der Urteilsfällung eingereicht hat, und macht geltend, die Vorinstanz hätte in Kenntnis desselben "eine vorläufig fortbestehende Arbeitsunfähigkeit anerkennen müssen". Dementsprechend wäre es ihr verboten gewesen, rückwirkend ab dem 1. März 2016 dem Beklagten ein hypothetisches Einkommen anzurechnen (Urk. 162 Rz 2.10).

2. Der Beklagte räumt zutreffend ein, dass es sich beim fraglichen Arztbericht (Urk. 165/4), und der Behauptung, gestützt auf diesen habe seine Arbeitsunfähigkeit als ausgewiesen zu gelten, um unechte Noven handelt, da der Arztbericht im Zeitpunkt des erstinstanzlichen Entscheids bereits vorhanden war (Urk. 162 Rz 2.11). Diese seien jedoch zuzulassen, da der Beklagte "sicher seit Beginn des Jahres 2016 wiederum in einer kritischen psychischen Verfassung gewesen sei", welche eine "konstruktive Zusammenarbeit" mit dem Rechtsvertreter erschwert und teilweise verunmöglicht habe (Urk. 162 Rz 2.11). Der Rechtsvertreter habe, nachdem er der Vorinstanz das Einreichen ärztlicher Berichte zur Arbeitsunfähigkeit des Beklagten in Aussicht gestellt habe, "extreme Mühe" gehabt, überhaupt mit dem Beklagten in Verbindung zu treten. Erst per 20. Juli 2016 sei es dem Rechtsvertreter gelungen, den Beklagten zu einer weiteren Besprechung in die Kanzlei zu bewegen (Urk. 162 Rz 2.8 f.). Berücksichtige man das im Arztbericht umschriebene Krankheitsbild, sei verständlich, dass der Beklagte trotz mehrfa-

cher Bitten seines Rechtsvertreters diesem den Arztbericht nach dessen Erhalt im Mai 2016 nicht weitergeleitet habe. Der Beklagte sei "offenbar in dieser Phase nicht fähig" gewesen, "sich zweckdienlich zu verhalten". Ein sorgfältiges Parteiverhalten im Sinne des Gesetzes habe vom Beklagten während seiner erneuten schweren depressiven Episode nicht verlangt werden können (Urk. 162 Rz 2.11).

3.1. Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Berufungsverfahren nur noch zu berücksichtigen, wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Der im vorliegenden Verfahren geltende Untersuchungsgrundsatz (Art. 272 ZPO und Art. 296 Abs. 1 ZPO) ändert daran nichts (BGE 138 III 625 E. 2.2).

3.2. Es ist folglich zunächst zu prüfen, ob der ärztliche Bericht vom 19. Mai 2016 (Urk. 165/4) bei Anwendung der zumutbaren Sorgfalt nicht bereits vor Vorinstanz hätte eingereicht werden können (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO), wobei die Vorinstanz neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung zu berücksichtigen hatte (Art. 229 Abs. 3 ZPO). Es ist aufgrund der konkreten Umstände zu beurteilen, ob die Voraussetzungen gegeben sind. Es wird in der Lehre die (strenge) Auffassung vertreten, der Sorgfaltsmassstab sei dabei ein objektiver. Subjektive Elemente seien nicht zu berücksichtigen (Steininger, DIKE-Komm-ZPO, Art. 317 N 7). Es sei folglich auf persönliche Umstände bei der novenwilligen Partei wie Ferien, Unfall oder Krankheit, welche das Einbringen der Tatsache oder des Beweismittels vor erster Instanz verunmöglicht haben, keine Rücksicht zu nehmen (ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 63). Begründet wird dies damit, dass mit dem Erfordernis der Anwendung zumutbarer Sorgfalt vor erster Instanz als Voraussetzung für die Einbringung eines Novums vor der Berufungsinstanz primär die Gegenpartei geschützt werden soll. Die novenwillige Partei habe in den vorgenannten Fällen das Nichtvorbringen vor erster Instanz wenn auch nicht verschuldet, so doch zumindest zu vertreten bzw. zu verantworten (Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 317 N 63). Diese Strenge zum Schutz der Gegenpartei rechtfertigt sich ohne Weiteres bei Geltung der Verhandlungsmaxime. Soweit hingegen in einem – insbesondere familienrechtlichen – Verfahren die Untersuchungsmaxime gilt, ist der novenwilligen

Partei bei der Prozessführung insofern unter die Arme zu greifen, als sie mit unechten Noven im Berufungsverfahren nur auszuschliessen ist, wenn ihr deren Nichtvorbringen vor erster Instanz *vorzuwerfen* ist, nicht jedoch, wenn sie das Nichtvorbringen lediglich zu *vertreten* hat.

3.3. Der Beklagte begründet die Zulässigkeit der vorgebrachten Noven damit, dass er aufgrund seiner psychischen Verfassung nicht in der Lage gewesen sei, den ärztlichen Bericht vom 19. Mai 2016 (Urk. 165/4) im vorinstanzlichen Verfahren seiner Rechtsvertretung rechtzeitig zukommen zu lassen. Als Beweis für diese Behauptung ruft er gerade jenen ärztlichen Bericht vom 19. Mai 2016 an (Urk. 162 Rz 2.11). Zur Prüfung der Frage, ob ein zulässiges Novum vorliegt, ist der Bericht auf jeden Fall zuzulassen, da sich die Frage der Zulässigkeit dieses Novums im Berufungsverfahren zum ersten Mal stellt. Mit Bezug auf diese Fragestellung hatte der Beklagte deshalb vor Vorinstanz keine Veranlassung, den ärztlichen Bericht einzureichen.

3.4. Aus dem ärztlichen Bericht von Prof. Dr. J. _____ vom 19. Mai 2016 (Urk. 165/4) ergibt sich, dass der Beklagte an einer schweren Anpassungsstörung nach ehelicher Trennung, Trennung von den Kindern, Stellenverlust und dem Tod des Vaters, mit depressiven, ängstlichen und ausgeprägten paranoiden Zügen leide. Ausserdem habe er psychomotorische Auffälligkeiten, welche als Symptome eines atypischen oligosymptomatischen Gil de la Tourette-Syndrom zu interpretieren seien. Dem Beklagten sei mittels einer stationären Behandlung eine Tagesstruktur zu geben, er sei an eine Aktivität heranzuführen und es sei seine soziale Kontaktfähigkeit im geschützten Rahmen zu fördern.

Dieser ärztliche Bericht weckt für den fraglichen Zeitraum (Erhalt des Berichts im Mai 2016 bis Urteilsfällung am 20. Juli 2016) in der Tat gewisse Zweifel an der Fähigkeit des Beklagten, sich sorgfältig am Prozess zu beteiligen und namentlich seinen Rechtsvertreter zu instruieren sowie mit den erforderlichen Unterlagen zu bedienen. Andererseits ergibt sich aus dem Bericht zwar, der Beklagte leide an einer akuten psychischen Erkrankung einer gewissen Schwere, hingegen lässt sich dem Bericht nicht die konkrete Feststellung entnehmen, der Beklagte sei nicht in der Lage, sich am Prozess ordnungsgemäss zu beteiligen. Der ärztliche

Bericht ist somit lediglich ein Indiz für die Unfähigkeit des Beklagten, im fraglichen Zeitraum die erforderlichen Prozesshandlungen vorzunehmen. Nebst dem ärztlichen Bericht sind auch die weiteren Umstände zu berücksichtigen. Der Umstand, dass der Rechtsvertreter des Beklagten in der fraglichen Zeit Mühe gehabt habe, mit seinem Klienten in Kontakt zu treten (Urk. 162 Rz 2.8 f.), vermag zwar den Rechtsvertreter zu entlasten, entschuldigt jedoch für sich genommen den Beklagten nicht. Die Probleme bei der Kontaktaufnahme können krankheitsbedingt entstanden sein, jedoch ebenso gut auf Nachlässigkeit des Beklagten oder dessen bewusste Verweigerung zurückzuführen sein. Aus den Akten ergibt sich, dass der Beklagte am 23. Juni 2016 Rechtsanwalt lic. iur. X3._____ mit seiner Vertretung beauftragt hat (Urk. 146). Dieser hat in der Folge am 7. Juli 2016 Akteneinsicht verlangt (Urk. 145), indessen am 18. Juli 2016 erklärt, er wolle den Beklagten im Eheschutzverfahren nicht vertreten (Urk. 148). Das Aufsuchen und Mandatieren eines anderen Anwalts zeigt die Fähigkeit des Beklagten in der fraglichen Zeit, sich zumindest in Form einfacher Handlungen am Prozess zu beteiligen. Oder anders gesagt: Wer einen neuen Anwalt mandatieren kann, ist auch in der Lage, dem bisherigen oder gegebenenfalls dem neuen Anwalt einen – bereits vorhandenen – ärztlichen Bericht zukommen zu lassen. Selbst wenn der Beklagte seinem bisherigen Rechtsvertreter Rechtsanwalt Dr. X1._____ misstraut und deshalb den fraglichen Arztbericht nicht zukommen lassen hätte, hätte er immerhin den neu mandatierten Rechtsanwalt X3._____ mit dem fraglichen Bericht bedienen müssen. Ob er dies getan hat, kann offenbleiben, denn jedenfalls reichte auch Rechtsanwalt X3._____ den ärztlichen Bericht nicht vor Vorinstanz ein und der Beklagte hat sich das Verhalten des Rechtsvertreters anrechnen zu lassen. Im Ergebnis vermag der Beklagte das Nichteinreichen des ärztlichen Berichts vom 19. Mai 2016 nicht mit seinem Gesundheitszustand zu entschuldigen. Dieser Bericht sowie die darauf gestützte Behauptung, gemäss der Einschätzung von Prof. Dr. J._____ sei er arbeitsunfähig, erfüllen als unechte Noven somit nicht die Zulassungsvoraussetzung von Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO. Es kann folglich dahingestellt bleiben, ob sie ohne Verzug im Sinne von Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO vorgebracht wurden.

4. Da sich die Berufung einzig auf diese unzulässigen Noven stützt, mithin der Beklagte – zu Recht – nicht geltend macht, das angefochtene Urteil sei auch aus anderen Gründen fehlerhaft bzw. die vorinstanzliche Anrechnung eines hypothetischen Einkommens sei unabhängig von dem fraglichen Arztbericht vom 19. Mai 2016 unzulässig, erweist sich die Berufung sogleich als offensichtlich unbegründet und ist abzuweisen. Der Beklagte wird gegebenenfalls im Rahmen eines Abänderungsverfahrens gemäss Art. 179 Abs. 1 ZGB gestützt auf einen aktuellen ärztlichen Bericht seine Arbeitsunfähigkeit geltend machen und die Aufhebung bzw. Reduktion der Unterhaltspflicht verlangen müssen.

III. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Der Beklagte unterliegt mit der Berufung vollständig und wird deshalb kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtsgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 sowie § 6 Abs. 1 und Abs. 2 lit. b i.V.m. § 5 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 2'000.– festzusetzen und dem Beklagten aufzuerlegen. Mangels wesentlichen Aufwands ist der Klägerin keine Parteientschädigung zuzusprechen.

IV. Unentgeltliche Rechtspflege

1. Der Beklagte ersucht auch für das zweitinstanzliche Verfahren um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Beigabe eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes (Urk. 162 S. 10).

2.1. Die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege setzt voraus, dass der Rechtssuchende nicht in der Lage ist, nebst seinem Lebensbedarf für die Verfahrenskosten aufzukommen (Mittellosigkeit, Art. 117 lit. a ZPO), und sein Rechtsbegehren nicht von Anfang an aussichtslos war (Art. 117 lit. b ZPO). Zusätzlich besteht ein Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand, wenn der Beizug eines Anwalts zur gehörigen Prozessführung und Wahrung der Rechte wirklich geboten war (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

2.2. Aussichtslos sind Rechtsbegehren, deren Gewinnaussichten ex ante betrachtet beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und deshalb kaum als ernsthaft betrachtet werden können. Entscheidend ist, ob eine nicht bedürftige Partei sich aus Vernunft zu einem Prozess entschliessen würde (ZK ZPO-Emmel, Art. 117 N 13).

2.3. Die Berufung des Beklagten stützt sich auf ein unzulässiges Novum. Es bestand mithin, anders als in vielen familienrechtlichen Verfahren, kein Spielraum für einen gutheissenden Entscheid. Mithin war nicht ernstlich mit dem Erfolg der Berufung zu rechnen. Das Rechtsbegehren des Beklagten muss somit als aussichtslos im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO bezeichnet werden.

3. Deshalb ist das Gesuch des Beklagten um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Beigabe eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes für das Berufungsverfahren abzuweisen. Es kann dementsprechend dahingestellt bleiben, ob der Beklagte als mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO zu bezeichnen wäre.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Beklagten um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Beigabe eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositivziffern 1-4 und 7-15 sowie 5 und 6 hinsichtlich der bis Ende Februar 2016 getroffenen Unterhaltsregelung des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 20. Juli 2016 in Rechtskraft erwachsen sind.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt.
4. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage der Doppel von Urk. 162, 164 und 165/2-4, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt mehr als Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 6. September 2016

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. L. Casciaro

versandt am:
se