

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LE160060-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. H.A. Müller, Vorsitzender, Oberrichterin  
Dr. M. Schaffitz und Ersatzoberrichter Dr. M. Nietlispach sowie  
Gerichtsschreiber lic. iur. F. Rieke

## Beschluss und Urteil vom 1. November 2016

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_,

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren  
am Bezirksgericht Bülach vom 11. Juli 2016 (EE160052-C)**

**Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 11. Juli 2016:**

1. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Parteien seit dem 10. Januar 2016 getrennt leben.
2. Die eheliche Wohnung an der ... [Adresse] wird samt Mobiliar und Hausrat der Klägerin zur alleinigen Benützung zugewiesen.
3. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin sämtliche Schlüssel zur Wohnung auszuhändigen.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für sich persönlich ab 10. Januar 2016 monatliche, jeweils im Voraus auf den Ersten eines Monats zahlbare Unterhaltsbeiträge von Fr. 2'100.– zu bezahlen.
5. Es wird die Gütertrennung mit Wirkung per 6. Juli 2016 angeordnet.
6. Die Entscheidgebür wird festgesetzt auf:  
Fr. 3'000.– ; die weiteren Auslagen betragen:  
Fr. 150.– Dolmetscherkosten  
Fr. 3'150.–  
Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.  
Wird auf Begründung des Entscheides verzichtet, ermässigt sich die Entscheidgebür auf zwei Drittel.
7. Die Gerichtskosten werden dem Beklagten auferlegt.
8. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.– zu bezahlen.
9. [Schriftliche Mitteilung]
10. [Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 10 Tage, ohne Stillstand]

**Berufungsanträge:**

- "1. Die Punkte 1, 2, 3 und 5 sind bestätigt.
2. Die Punkte 4, 6, 7 und 8 sind geändert.
3. Kein Beitrag zum Unterhalt von Herrn A. \_\_\_\_\_ an Frau B. \_\_\_\_\_.
4. Wird die Prozesskostenhilfe und die Rechtspflege von Herrn A. \_\_\_\_\_ gewährt."

### **Erwägungen:**

1. a) Am 6. April 2016 reichte die Klägerin beim Bezirksgericht Bülach (Vorinstanz) ein Eheschutzgesuch ein (Urk. 1). Auf Gesuche des Beklagten wurde die auf den 18. Mai 2016 angesetzte Hauptverhandlung zuerst auf den 20. Juni 2016 und schliesslich auf den 6. Juli 2016 verschoben (Urk. 5, 11, 13, 16 und 18). Ein drittes Verschiebungsgesuch des Beklagten (Urk. 22) wurde mit Verfügung vom 5. Juli 2016 abgewiesen (Urk. 23). Der Beklagte blieb der Hauptverhandlung fern (Vi-Prot. S. 4 ff.). Am 11. Juli 2016 fällte die Vorinstanz das eingangs wieder-gegebene Urteil (nachträglich begründet; Urk. 40 = Urk. 43).

b) Hiergegen hat der Beklagte am 3. Oktober 2016 fristgerecht Berufung erhoben und die eingangs aufgeführten Berufungsanträge gestellt (Urk. 42).

c) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Am 13. Oktober 2016 hat die Klägerin ein Gesuch um Schuldneranweisung und um Entzug der auf-schiebenden Wirkung gestellt (Urk. 50). Da sich die Berufung und die Gesuche der Klägerin sogleich als offensichtlich unbegründet bzw. unzulässig erweisen, kann auf prozessuale Weiterungen verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

2. a) Die Klägerin hat das Gesuch gestellt, "der Berufung die aufschie-bende Wirkung zu entziehen" (Urk. 50 S. 2). Gemäss Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO hat eine Berufung gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen keine auf-schiebende Wirkung, was nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch für ei-ne Berufung gegen Entscheide über Eheschutzmassnahmen gilt (BGE 137 III 475). Da die vorliegende Berufung somit ohnehin keine aufschiebende Wirkung hat, ist das Gesuch der Klägerin, dieselbe zu entziehen, gegenstandslos. Darauf ist nicht einzutreten.

b) Die Klägerin hat am 13. Oktober 2016 den "Antrag" gestellt, es "sei ei-ne Schuldneranweisung an die Arbeitgeberin des Beklagten und Berufungsklä-gers vorzunehmen im Umfang von CHF 2'100.00 pro Monat" (Urk. 50 S. 2). So-weit dies als Rechtsmittel gegen die mit Verfügung der Vorinstanz vom 11. Juli 2016 erfolgte Abweisung des entsprechenden, im vorinstanzlichen Verfahren ge-

stellten Gesuchs (Urk. 43 S. 14 f. und S. 17) gemeint sein sollte, wäre darauf wegen offensichtlicher Verspätung (vgl. Urk. 41: Zustellung am 21. September 2016) nicht einzutreten. Sollte dies als neues Gesuch zu verstehen sein, wäre darauf ebenso nicht einzutreten, weil das Obergericht als Rechtsmittelinstanz zur erstinstanzlichen Behandlung eines solchen Gesuchs nicht zuständig wäre. So oder so ist auf dieses Gesuch der Klägerin nicht einzutreten.

c) Der Beklagte hat mit seiner Berufung auch Dispositiv-Ziffer 6 (Festsetzung der Gerichtskosten) angefochten, die Berufung diesbezüglich jedoch entgegen den gesetzlichen Anforderungen (Art. 311 Abs. 1 ZPO; vgl. auch nachstehend Erwägung 3.b) mit keinem Wort begründet (Urk. 42 S. 2 f.). Daher ist insoweit auf die Berufung nicht einzutreten.

3. a) Die Vorinstanz erwog hinsichtlich der Unterhaltsbeiträge, bei der Klägerin sei aufgrund des Lohnausweises 2015 von einem monatlichen Nettoeinkommen von Fr. 2'500.-- auszugehen (Urk. 43 S. 7). Der Beklagte habe gemäss einem in einem früheren Verfahren eingereichten Lohnausweis im Jahre 2010 ein Nettoeinkommen von Fr. 4'830.-- pro Monat erzielt. Die von der Klägerin behauptete seitherige Lohnerhöhung sei unbestritten geblieben und erscheine nicht unwahrscheinlich; zudem sei davon auszugehen, dass der Beklagte als Kellner noch Trinkgelder erziele. Damit erscheine es glaubhaft, dass der Beklagte das von der Klägerin behauptete Einkommen von Fr. 6'000.-- netto pro Monat erziele (Urk. 43 S. 7 f.). Bei der Klägerin sei von einem Bedarf von insgesamt Fr. 4'016.-- auszugehen, beim Beklagten von einem solchen von Fr. 3'300.-- (worunter Fr. 1'200.-- Wohnkosten, Fr. 200.-- Krankenkasse und je Fr. 100.-- Kommunikations- und Mobilitätskosten; Urk. 43 S. 8-13). Damit resultiere ein Freibetrag von Fr. 1'184.--, der hälftig aufzuteilen sei, und demzufolge ergebe sich ein Unterhaltsanspruch von Fr. 2'100.-- pro Monat (Fr. 4'016.-- Bedarf plus Fr. 592.-- Freibetragsanteil minus Fr. 2'500.-- eigenes Einkommen; Urk. 43 S. 13).

b) Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufung ist begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Zu dieser Begründungsanforderung gehört, dass in der Berufungsschrift dargelegt werden muss, weshalb

der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten unrichtig sein soll. Das Obergericht muss den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf weitere Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden und diese Fehlerhaftigkeiten würden klar zutage treten.

Sodann sind im Berufungsverfahren neue Vorbringen und Beweismittel nur dann zulässig, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Dies gilt auch für Verfahren, welche – wie das vorliegende Eheschutzverfahren – erstinstanzlich der Untersuchungsmaxime unterstehen (BGE 138 III 625 E. 2.2). Das Berufungsverfahren dient nicht dazu, vor Erstinstanz begangene Versäumnisse zu beheben.

c) Der Beklagte macht in seiner Berufung geltend, er verdiene im Durchschnitt nur Fr. 4'500.-- netto pro Monat, aber bis April 2016 sei alles dem Betriebsamt bezahlt worden. Die Miete betrage Fr. 1'200.-- pro Monat und die Krankenkassenprämie Fr. 322.20 pro Monat; er zahle auch Fr. 94.-- für den öffentlichen Verkehr und Fr. 99.-- für das Handyabonnement. Wenn man alles zusammenrechne, habe er keine Möglichkeit, der Klägerin einen Unterhaltsbeitrag zu bezahlen. Aus den gleichen Gründen ersuche er auch um unentgeltliche Rechtspflege und könne er die vorinstanzlichen Gerichtskosten und die Parteientschädigung nicht bezahlen (Urk. 42 S. 2 f.).

d) Diese Behauptungen des Beklagten beziehen sich allesamt auf Tatsachen, welche schon vor dem Erlass des angefochtenen Urteils bestanden haben sollen; sie wurden jedoch im vorinstanzlichen Verfahren nicht vorgetragen. Sie sind daher nicht zu berücksichtigen, wenn deren Geltendmachung im vorinstanzlichen Verfahren bei zumutbarer Sorgfalt möglich gewesen wäre (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO; oben Erw. 3.b). Dass dies nicht möglich gewesen wäre, macht der Beklagte nicht geltend. Insbesondere hätten alle diese Tatsachen mit einer schriftlichen Stellungnahme oder nur schon durch – aufforderungsgemässe (Urk. 4) – Einreichung der entsprechenden Belege im vorinstanzlichen Verfahren vorgebracht werden können. Sie können daher im Berufungsverfahren nicht (mehr)

berücksichtigt werden. Damit bleibt es bezüglich des Sachverhalts bei den entsprechenden vorinstanzlichen Erwägungen.

e) Die rechtlichen Folgerungen der Vorinstanz, und insbesondere die Berechnung der Höhe der Unterhaltsbeiträge, wird vom Beklagten nicht konkret beanstandet. Damit bleibt es auch in dieser Hinsicht bei den vorinstanzlichen Erwägungen.

f) Ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist bei derjenigen Instanz zu stellen, für welche um eine solche ersucht wird (vgl. Art. 119 ZPO). Auch in einem Rechtsmittelverfahren kann ein Armenrechtsgesuch nur für diese Instanz gestellt werden (vgl. Art. 119 Abs. 5 ZPO), dagegen nicht mehr für ein erstinstanzliches Verfahren. Der Beklagte macht sodann nicht geltend, dass er im vorinstanzlichen Verfahren ein Armenrechtsgesuch gestellt, die Vorinstanz jedoch über ein solches zu Unrecht nicht entschieden hätte. Auf das in der Berufung für das vorinstanzliche Verfahren gestellte Armenrechtsgesuch ist daher nicht einzutreten. Ein solches hätte im Übrigen auch nicht von der Zahlung einer Prozessentschädigung befreit (Art. 118 Abs. 3 ZPO).

g) Nach dem Gesagten ist die Berufung des Beklagten abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist (oben Erw. 2.c und 3.f), und demzufolge das angefochtene Urteil zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

4. a) Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 6 Abs. 2 lit. b in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 5 und § 12 der Gerichtsgebührenverordnung auf Fr. 2'400.-- festzusetzen.

b) Im Berufungsverfahren unterliegt der Beklagte mit seiner Berufung vollumfänglich. Ebenso vollumfänglich unterliegt die Klägerin mit ihrem Antrag um Schuldneranweisung; diesem kommt jedoch – obwohl er an sich den gleichen Streitwert (Fr. 2'100.-- pro Monat) aufweist wie die Berufung – ein deutlich geringeres Gewicht zu. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind daher zu zwei Dritteln dem Beklagten und zu einem Drittel der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

c) Der Beklagte hat für das Berufungsverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt (Urk. 42 S. 3). Dieses ist jedoch zufolge Aussichtslosigkeit der Berufung (vgl. obige Erwägungen) abzuweisen (Art. 117 lit. b ZPO).

d) Die Klägerin hat für das Berufungsverfahren kein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt (vgl. Urk. 50). Ohnehin wäre auch ein solches zufolge Aussichtslosigkeit des klägerischen Antrags (vgl. obige Erwägungen) abzuweisen gewesen (Art. 117 lit. b ZPO).

e) Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, dem Beklagten zufolge seines Unterliegens mit der Berufung, der Klägerin zufolge ihres Unterliegens mit ihrem Antrag (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Parteien haben im Übrigen auch keine Parteientschädigung beantragt (Urk. 42 und Urk. 50).

#### **Es wird beschlossen:**

1. Auf die Gesuche der Klägerin um Entzug der aufschiebenden Wirkung der Berufung des Beklagten und um Schuldneranweisung wird nicht eingetreten.
2. Das Gesuch des Beklagten um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung erfolgen mit nachfolgendem Erkenntnis.

#### **Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit auf sie eingetreten wird, und das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 11. Juli 2016 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'400.-- festgesetzt.

3. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden zu zwei Dritteln dem Beklagten und zu einem Drittel der Klägerin auferlegt.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage des Doppels von Urk. 50, an die Klägerin unter Beilage der Doppel von Urk. 42, Urk. 45 und Urk. 46/B-J, an das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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 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, 1. November 2016

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. F. Rieke

versandt am: