

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE180025-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. M. Spahn
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. F. Rieke

Beschluss vom 11. Juni 2018

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____,

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Winterthur vom 4. April 2018 (EE170173-K)**

Erwägungen:

1. a) Mit Urteil vom 4. April 2018 schloss die Vorinstanz das Eheschutzverfahren der Parteien ab, wobei sie (unter anderem) die Obhut über die Kinder (geboren tt.mm.2011 und tt.mm.2012) der Gesuchstellerin zuteilte, ein zweiwöchentliches Besuchsrecht (zuzüglich Feiertags- und Ferienbesuchsrecht) festsetzte und den Gesuchsgegner zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen von Fr. 690.-- als Barunterhalt und Fr. 705.-- als Betreuungsunterhalt, je pro Kind und Monat, verpflichtete (Urk. 19 = Urk. 23).

b) Hiergegen hat der Gesuchsgegner am 26. Mai 2018 fristgerecht (vgl. Urk. 20) Berufung erhoben (Urk. 22).

c) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Da sich die Berufung sogleich als unbegründet bzw. unzulässig erweist, kann auf weitere Prozesshandlungen verzichtet werden (vgl. Art. 312 Abs. 1 ZPO).

2. a) Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Vorab aber muss die Berufung konkrete *Anträge* enthalten (worauf schon in der Rechtsmittelbelehrung des angefochtenen Urteils hingewiesen wurde; Urk. 23 S. 17 Dispositiv-Ziffer 12). Aus diesen Anträgen muss eindeutig hervorgehen, in welchem Umfang der vorinstanzliche Entscheid angefochten wird und wie der Entscheid stattdessen zu lauten hätte; auf Geldzahlungen gerichtete Anträge müssen beziffert sein. Ergeben sich auch unter Einbezug der Begründung (allenfalls in Verbindung mit dem angefochtenen Entscheid) keine genügenden Anträge, ist auf die Berufung nicht einzutreten, ohne dass eine Nachfrist anzusetzen wäre (vgl. zum Ganzen BGE 137 III 617).

b) Die Berufung muss sodann eine *Begründung* enthalten (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Zu dieser Begründungsanforderung gehört, dass in der Berufungsschrift – im Sinne einer Eintretensvoraussetzung – dargelegt werden muss, weshalb der angefochtene Entscheid unrichtig sein soll; die Berufung muss sich dementsprechend mit den Entscheidungsgründen der Vorinstanz im Einzelnen auseinandersetzen.

Die Berufungsinstanz hat sich (abgesehen von offensichtlichen Mängeln) grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungsschrift in rechtsgenügender Weise erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.w.Hinw.).

c) Schliesslich sind im Berufungsverfahren *neue Vorbringen* lediglich beschränkt zulässig. Zulässig sind neue Tatsachenvorbringen und Beweismittel nur dann, wenn sie (kumulativ) ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. a und b ZPO). Dies gilt auch für Verfahren, welche wie das vorliegende erstinstanzlich der Untersuchungsmaxime unterstehen, denn eine analoge Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO im Berufungsverfahren ist abzulehnen, da die im Gesetz eigens vorgesehene spezielle Regelung von Art. 317 ZPO vorgeht (BGE 138 III 625 E. 2.2).

3. Hinsichtlich der *Obhut* über die beiden Kinder der Parteien macht der Gesuchsgegner in seiner Berufung geltend, er möchte 50 % Obhut haben (Urk. 22 Ziff. 4), was als Berufungsantrag auf gemeinsame bzw. alternierende Obhut angesehen werden kann. Als Begründung bringt der Gesuchsgegner jedoch einzig vor, bis jetzt habe es immer funktioniert, d.h. wann immer die Gesuchstellerin es verlangt habe, habe er die Kinder betreut (Urk. 22 Ziff. 4). Dies stellt keine Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Erwägungen (Urk. 23 S. 6 f.) dar. Mangels einer genügenden Begründung kann daher bezüglich der Obhutzuteilung nicht auf die Berufung eingetreten werden (oben Erwägung 2.b).

4. Hinsichtlich des *Besuchsrechts* macht der Gesuchsgegner in seiner Berufung geltend, anstatt des zweiwöchentlichen Besuchsrechts wolle er seine Kinder jedes Wochenende von Sonntag, 12:00 Uhr, bis Montag, 12:00 Uhr (Urk. 22 Ziff. 6). Damit bleibt allerdings unklar, ob die Feiertags- und Ferienbesuchsrechte bestätigt werden sollen, und liegt somit kein genügender Berufungsantrag vor. Auf die Berufung kann daher auch bezüglich des Besuchsrechts nicht eingetreten werden (oben Erw. 2.a). Aber auch wenn vermutet werden könnte, dass Feiertags- und Ferienbesuchsrechte nicht angefochten seien und damit ein genügender Berufungsantrag vorliegen würde, würde dies am Ergebnis nichts

ändern. Denn die Berufung ist in dieser Hinsicht mit keinem Wort begründet, womit keine Beanstandungen der vorinstanzlichen Erwägungen vorliegen, weshalb aus diesem Grund auf die Berufung hinsichtlich des Besuchsrechts nicht eingetreten werden könnte (oben Erw. 2.b).

5. a) Hinsichtlich der *Unterhaltsbeiträge* macht der Gesuchsgegner in seiner Berufung geltend, als Taxifahrer nicht Fr. 7'000.--, sondern ab Januar 2018 nur ca. Fr. 3'000.-- pro Monat zu verdienen, und beanstandet zwei Positionen im Bedarf der Gesuchstellerin (Urk. 22 Ziff. 2, 3 und 5). Er macht sodann geltend, unmöglich so viel bezahlen zu können, wie die Vorinstanz von ihm verlange, macht jedoch keine Angaben darüber, welche Unterhaltsbeiträge er bezahlen könne (Urk. 22 Ziff. 2). Damit liegt kein bezifferter Berufungsantrag vor. Es ist nicht Aufgabe der Berufungsinstanz, aufgrund einiger vorgebrachter Zahlen Berechnungen und Vermutungen darüber aufzustellen, was als bezifferter Berufungsantrag in Frage käme. Das weitere Vorbringen des Gesuchsgegners, dass sein Einkommen nicht einmal für ihn allein reiche, könnte für sich allein allenfalls als Antrag auf vollständige Befreiung von der Zahlung von Unterhaltsbeiträgen verstanden werden, steht jedoch im Widerspruch zu seinem Vorbringen, dass er nicht "so viel" bezahlen könne (und korrespondiert im Übrigen auch nicht damit, dass mit einem Einkommen von Fr. 3'000.-- als Taxifahrer und Mietzinserträgen von Fr. 1'700.-- ein Einkommen von Fr. 4'700.-- pro Monat resultiert, womit angesichts des in der Berufung nicht bestrittenen Bedarfs von Fr. 2'830.-- dem Gesuchsgegner immer noch ein Überschuss von Fr. 1'870.-- bleibt; Urk. 23 S. 16 Dispositiv-Ziffer 5). Es bleibt damit dabei, dass die Berufung hinsichtlich der Unterhaltsbeiträge keine genügenden Anträge enthält, weshalb auch diesbezüglich nicht auf sie eingetreten werden kann (oben Erw. 2.a).

b) Aber auch wenn das Vorbringen des Gesuchsgegners, dass sein Einkommen nicht einmal für ihn allein reiche, als Antrag auf vollständige Befreiung von Unterhaltszahlungen zu verstehen wäre, wäre der Berufung kein Erfolg beschieden. Die Behauptungen des Gesuchsgegners zu seinem Einkommen und zu den beiden Bedarfspositionen der Gesuchstellerin hätte der Gesuchsgegner bereits im vorinstanzlichen Verfahren vorbringen können (wenn er der mündlichen

Verhandlung nicht unentschuldigt ferngeblieben wäre; Urk. 23 S. 3, Vi-Prot. S. 4). Diese neuen Behauptungen sind daher im Berufungsverfahren nicht mehr zulässig (oben Erw. 2.c) und können dementsprechend nicht berücksichtigt werden. Andere Beanstandungen der vorinstanzlichen Erwägungen zur Festsetzung der Unterhaltsbeiträge werden in der Berufung nicht erhoben. Damit würde es auch dann bei der angefochtenen Unterhaltsregelung bleiben, wenn ein genügender Berufungsantrag angenommen würde (oben Erw. 2.b).

6. Der Gesuchsgegner macht in seiner Berufung schliesslich geltend, er habe im Haus zwei andere Wohnungen und ein separates Zimmer; er möchte ein Recht haben, bei seinen Kindern zu wohnen (Urk. 22 Ziff. 7). Davon ausgehend, dass mit "andere Wohnungen" nicht die (der Gesuchstellerin zugeteilte; Urk. 23 Dispositiv-Ziffer 4) eheliche Wohnung gemeint ist, hat das angefochtene Urteil die Benützung dieser anderen Wohnungen und des Zimmers gar nicht geregelt (und musste dies auch nicht). Diesbezüglich liegt damit gar kein Anfechtungsobjekt vor (und darüberhinaus auch keine konkreten Anträge, denn es bleibt offen, was der Gesuchsgegner diesbezüglich mit der Berufung konkret erreichen will). Auf die Berufung kann demgemäss auch in diesem Punkt, und damit vollumfänglich, nicht eingetreten werden.

3. a) Für das Berufungsverfahren ist von einer nicht vermögensrechtlichen Streitigkeit auszugehen. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr ist in Anwendung von § 6 Abs. 2 lit. b in Verbindung mit § 12 der Gerichtsgebührenverordnung auf Fr. 1'500.-- festzusetzen.

b) Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss dem Gesuchsgegner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

c) Der Gesuchsgegner hat zwar geltend gemacht, kein Geld zu haben. Er hat jedoch kein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt (Urk. 22). Ein Nachteil entsteht ihm dadurch allerdings nicht, denn der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege setzt neben der Mittellosigkeit auch voraus, dass die Rechtsbehörden nicht aussichtslos erscheinen (Art. 117 lit. b ZPO). Die Berufung ist jedoch

als aussichtslos anzusehen (vgl. vorstehende Erwägungen), weshalb das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen gewesen wäre.

d) Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, dem Gesuchsgegner zufolge seines Unterliegens, der Gesuchstellerin mangels relevanter Umtriebe (Art. 95 Abs. 3, Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Auf die Berufung wird nicht eingetreten.
2. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 1'500.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden dem Gesuchsgegner auferlegt.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage des Doppels von Urk. 22, und 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 nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.
Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 11. Juni 2018

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. F. Rieke

versandt am:
bz