

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE200049-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. M. Kriech, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur.
M. Spahn und Oberrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

Beschluss vom 19. Oktober 2020

in Sachen

A._____,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____,

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, vom 1. September 2020
(EE200019-L)**

**Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht
Zürich, 8. Abteilung, vom 1. September 2020:**

1. Es wird Vormerk genommen, dass die Dispositiv-Ziffern 1, 3 bis 5 und 9 gemäss Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 22. Februar 2019 und der Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom 29. November 2019 in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin wie folgt monatliche Ehegattenunterhaltsbeiträge zu bezahlen:
 - Fr. 5'212.00 ab 1. November 2016 bis 31. Dezember 2016;
 - Fr. 4'976.00 ab 1. Januar 2017 bis 30. September 2017;
 - Fr. 6'262.00 ab 1. Oktober 2017 bis 31. Dezember 2017;
 - Fr. 6'304.00 ab 1. Januar 2018 bis 31. August 2018 (Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens mit Begehren um vorsorgliche Massnahmen am 29. August 2018).

Diese Unterhaltsbeträge sind zahlbar monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.
3. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 4'200.--.
4. Die Kosten werden der Gesuchstellerin zu 55% und dem Gesuchsgegner zu 45% auferlegt.
5. Die Kosten gemäss Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 29. November 2019 werden auf die Gerichtskasse genommen.
6. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 990.– zu bezahlen.
7. (Schriftliche Mitteilung).
8. (Berufung).

Berufungsanträge:

der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (Urk. 130 S. 3):

- "i) Die Dispositiv Ziffern 2., 3., 4. und 6. des Urteils des Bezirksgericht Zürich vom 1. September 2020, Geschäfts-Nr.: EE 200019, seien aufzuheben und an die Vorinstanz zur Neuurteilung zurückzuweisen.
- ii) Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich der gesetzlichen Mehrwertsteuer) zu Lasten des Berufungsbeklagten, eventualiter zu Lasten der Staatskasse."

Prozessuale Anträge (Urk. 130 S. 2):

- "i) Sistierung

Das vorliegende Berufungsverfahren sei bis zum Vorliegen der definitiv veranlagten Steuern der C. _____ AG, der D. _____ AG und des Berufungsbeklagten für die Jahre 2016, 2017 und 2018 zu sistieren.
Über diesen Sistierungsantrag sei vorfrageweise eine Entscheidung zu fällen.

- ii) Prozesskostenvorschuss / Unentgeltliche Rechtspflege

- (1) Der Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, der Berufungsklägerin, innerhalb von 10 Tagen ab Zustellung des gerichtlichen Entscheides, einen Prozesskostenvorschuss für das vorliegende Berufungsverfahren in Höhe von CHF 8'000 zu leisten. Dies unter dem Vorbehalt der Nachforderung und unter Anrechnung an das spätere Ergebnis der güterrechtlichen Auseinandersetzung der Parteien.
- (2) *Eventualiter: Der Berufungsklägerin sei die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und es sei ihr ein unentgeltlicher Rechtsbeistand, dies in der Person des unterzeichnenden Rechtsanwalt lic. iur. X. _____, zu bestellen."*

Eingabe vom 13. Oktober 2020 (Urk. 136 S. 2):

- "iii) Es sei der Berufung superprovisorisch und [ohne] vorgängige Anhörung des Berufungsbeklagten die aufschiebende Wirkung zu gewähren.
 - (1) Eventualiter: Es sei der Berufung die aufschiebende Wirkung zu gewähren."

Erwägungen:

1. Die Parteien sind seit dem tt. Juli 2014 verheiratet. Die Ehe blieb kinderlos. Mit Eingabe vom 25. Oktober 2017 reichte die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (fortan Gesuchstellerin) ein Eheschutzbegehren ein (Urk. 1). Am 22. Februar 2019 erliess die Vorinstanz ihr Urteil und regelte die Folgen des Getrenntlebens (Urk. 98). Am 4. April 2019 erhob der Gesuchsgegner und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchsgegner) Berufung und focht die in Dispositiv-Ziffer 2 festgelegte Unterhaltsverpflichtung an (Urk. 97). Mit Beschluss vom 29. November 2019 (Verfahren LE190018-O) hob die beschliessende Kammer diese Dispositiv-Ziffer auf und wies die Sache zur Abklärung der finanziellen Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurück (Urk. 134/116 S. 33, S. 34). Für den weiteren Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens ist auf den angefochtenen Entscheid zu verweisen (Urk. 131 S. 4 f.). Am 1. September 2020 erging das eingangs wiedergegebene Urteil (Urk. 131 S. 30 f.).
2. Am 25. September 2020 erhob die Gesuchstellerin Berufung mit den obgenannten Anträgen (Urk. 130). Mit Eingabe vom 13. Oktober 2020 beantragte die Gesuchstellerin ergänzend, es sei der Berufung superprovisorisch die aufschiebende Wirkung zu erteilen (Urk. 136). Da sich die Berufung sogleich als offensichtlich unbegründet bzw. unzulässig erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO).
3. Die vorinstanzlichen Akten sowie die Akten des obergerichtlichen Verfahrens LE190018-O wurden beigezogen.
4. Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Mit der Berufung kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Zudem muss sie – im Gegensatz zur Klageschrift – nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 311 N 36).

5. Die Berufung ist ein vollkommenes und reformatorisches Rechtsmittel, weshalb der Berufungskläger für die Durchsetzung seiner Forderung ein (reformatorisches) Begehren in der Sache stellen muss, das im Falle der Gutheissung unverändert zum Urteil erhoben werden kann. Da die kantonale Berufungsinstanz volle Kognition in Tat- und Rechtsfragen hat, genügt es nicht, lediglich die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und dessen Rückweisung an die Vorinstanz zu verlangen, sondern es muss ein Antrag in der Sache gestellt werden, und zwar grundsätzlich im Rechtsbegehren selber und nicht bloss in der Begründung (BGE 133 III 489 E. 3.1; Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 311 N 34; Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich/Basel/Genf 2013, Rz 877). Die auf Geldzahlung gerichteten Berufungsanträge sind zu beziffern. Auf eine Berufung mit einem formell mangelhaften Rechtsbegehren ist ausnahmsweise einzutreten, wenn sich aus der Begründung, allenfalls in Verbindung mit dem angefochtenen Entscheid, ergibt, was der Berufungskläger in der Sache verlangt bzw. welcher Geldbetrag zuzusprechen ist. Entsprechend sind Rechtsbegehren im Lichte der Begründung auszulegen (BGE 137 III 617 E. 4.3 und 6.2).

Nur in Ausnahmefällen, nämlich wenn ein Entscheid in der Sache von vornherein nicht möglich ist, vermag ein blosser Rückweisungsantrag zu genügen; das trifft etwa dann zu, wenn ein erstinstanzlicher Nichteintretensentscheid angefochten wird, der ergangen ist, ohne dass zuvor ein ordnungsgemässes Verfahren durchgeführt worden wäre (Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm ZPO, Art. 311 ZPO N 20 f.).

6. Die Gesuchstellerin macht geltend, sofern der Sistierung – mit der sie bezweckt, die definitiven Steuerveranlagungsverfahren für die Firmen C._____ AG, D._____ AG und für den Gesuchsgegner persönlich abzuwarten – nicht stattgegeben werde, so sei die Sache an die Vorinstanz zur erneuten Überarbeitung und Neu Beurteilung zurückzuweisen. Zusammengefasst kritisiert sie, dass die Vorinstanz den Beschluss der Kammer vom 29. November 2019 missachtet und massiv von dessen Erwägungen abgewichen sei. Auch treffe die Vorinstanz Feststellungen, zu welchen den Parteien das rechtliche Gehör nicht gewährt worden sei, bzw. treffe sie Annahmen, zu welchen eine Edition der entsprechenden Ur-

kunden nicht verfügt worden sei (Urk. 130 S. 11 f.). Die Vorinstanz habe auch die Grundregel von Art. 8 ZGB verletzt, indem sie zuerst den Umfang der Mitwirkung des Gesuchsgegners bestimmt habe und die Gesuchstellerin einzig in ihren Stellungnahmen dazu habe Ausführungen anbringen können. Die Vorinstanz habe direkt zum Nachteil der Gesuchstellerin entschieden, ohne dabei zuerst festzustellen, ob der Gesuchsgegner seiner Mitwirkungspflicht genügend nachgekommen sei (Urk. 130 S. 12 f.).

7. In der Berufungsschrift der Gesuchstellerin fehlt ein Berufungsantrag in der Sache. Sie beantragt ausschliesslich die Aufhebung des Urteils bzw. einzelner Dispositivziffern und die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Neubeurteilung. Da wie dargelegt die Berufungsinstanz sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei überprüfen kann, führt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz, sofern eine solche überhaupt zu bejahen wäre, nicht in jedem Fall zur Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz (BGE 137 I 195 E. 2.3.2; 127 V 431 E. 3d). Käme die Berufungsinstanz zum Schluss, dass ein Beweisverfahren durchzuführen gewesen wäre bzw. dass weitere Unterlagen erforderlich wären, könnte sie dies selber nachholen (Art. 316 Abs. 3 ZPO). Es liegt daher kein Fall vor, bei dem die Berufungsinstanz nur kassatorisch entscheiden kann. Die Gesuchstellerin hätte einen (bezahlten) Antrag in der Sache stellen müssen. Dies hat sie nicht getan. Auch aus der Berufungsbegründung erhellt nicht, was die Gesuchstellerin in der Sache anstrebt. Auf die Berufung ist daher nicht einzutreten.

8. Mit dem heutigen Endentscheid werden der Antrag der Gesuchstellerin um Sistierung des Berufungsverfahrens und das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung obsolet. Die Anträge sind folglich abzuschreiben (Art. 242 ZPO).

9. Ausgangsgemäss wird die Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen, der Gesuchstellerin wegen ihres Unterliegens, dem Gesuchsgegner mangels erheblicher Umtriebe.

10. Die Gesuchstellerin hat den Antrag gestellt, der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, ihr einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 8'000.– zu bezahlen, eventuelter sei ihr für das obergerichtliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und Rechtsanwalt X._____ als unentgeltlichen Rechtsbeistand zu bestellen. Sowohl ein Prozesskostenvorschuss als auch die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege setzt voraus, dass die ersuchende Person mittellos ist und das Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Gemäss den vorstehenden Ausführungen muss die Berufung als aussichtslos betrachtet werden. Die Begehren betreffend Prozesskostenvorschuss und Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sind daher abzuweisen.

Es wird beschlossen:

1. Auf die Berufung wird nicht eingetreten.
2. Das Begehren um Sistierung und das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung werden abgeschrieben.
3. Das Begehren, der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 8'000.– zu bezahlen, wird abgewiesen.
4. Das Begehren der Gesuchstellerin um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt.
6. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchstellerin auferlegt.
7. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsgegner unter Beilage der Doppel von Urk. 130, 132, 133/2, 136, 137 und 138/1-2, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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 Endentscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 90 und 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, 19. Oktober 2020

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Notz

versandt am: