

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY110019-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. M. Schaffitz und Oberrichterin Dr. D. Scherrer sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. B. Demuth.

Beschluss vom 31. Mai 2012

in Sachen

A. _____,

Klägerin / Massnahmebeklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagter / Massnahmekläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

sowie

1. **C.** _____,

2. **D.** _____,

Verfahrensbeteiligte

1, 2 vertreten durch Dr. iur. Z. _____

betreffend **vorsorgliche Massnahmen (Abänderung Ehegatten- und Kinderunterhaltsbeiträge)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Affoltern vom 28. Juni 2011 (FE100115)

**Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht
Affoltern vom 28. Juni 2011 (Urk. 2):**

Es wird verfügt:

1. Der Beklagte/Massnahmekläger wird in Abänderung von Dispositivziffer 9 der Verfügung vom 23. September 2010 der Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Affoltern (Prozess Nr. EE100015) verpflichtet, der Klägerin/Massnahmebeklagten für die Dauer des Scheidungsprozesses für die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der gemeinsamen Tochter C. _____ sowie für die Klägerin/Massnahmebeklagte persönlich Unterhaltsbeiträge wie folgt zu bezahlen:
 - Fr. 2'863.- (Fr. 800.- für C. _____, Fr. 2'063.- für die Klägerin/Massnahmebeklagte persönlich) zuzüglich Kinderzulagen in der anteilmässigen Höhe von Fr. 150.- (gemäss Berechnungsmodus des Eheschutzentscheides Prozess Nr. EE100015) rückwirkend ab April 2011 bis August 2011;
 - Fr. 2'835.- (Fr. 800.- für C. _____, Fr. 2'035.- für die Klägerin/Massnahmebeklagte persönlich) zuzüglich Kinderzulagen in der anteilmässigen Höhe (gemäss Berechnungsmodus des Eheschutzentscheides Prozess Nr. EE100015) von Fr. 150.- ab September 2011;

zahlbar jeweils im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats.

2. die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorliegenden Massnahmeverfahrens bleibt dem Endentscheid vorbehalten.
3. (Mitteilung)
4. (Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

Der Klägerin, Massnahmebeklagten und Berufungsklägerin:

Urk. 2 S. 2 f.:

- "1. Ziffer 1 des Dispositivs der Verfügung der Einzelrichterin im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichts Affoltern a.A. vom

28. Juni 2011 (Prozess-Nr. FE100115-A/Z04/mb) sei vollumfänglich aufzuheben.

2. Der vom Berufungsbeklagten vor Vorinstanz gestellte Antrag auf Abänderung der Verfügung der Einzelrichterin des Bezirksgerichts Affoltern a.A. vom 23. September 2010 (Prozess-Nr. EE100015) sei abzuweisen und es sei festzustellen, dass die Verfügung der Einzelrichterin des Bezirksgerichts Affoltern a.A. vom 23. September 2010 (Prozess-Nr. EE100015) nach wie vor und vollumfänglich Gültigkeit habe; insbesondere sei festzustellen, dass der Berufungsbeklagte nach wie vor verpflichtet sei, die gemäss Ziffer 9 der Verfügung der Einzelrichterin des Bezirksgerichts Affoltern a.A. vom 23. September 2010 festgesetzten Unterhaltsbeiträge zu bezahlen, nämlich: Der Berufungsbeklagte sei verpflichtet, für die Dauer des Getrenntlebens der Berufungsklägerin für die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der gemeinsamen Tochter C._____ sowie für die Berufungsklägerin persönlich einen monatlichen Beitrag von insgesamt CHF 3'600.– zu leisten (CHF 1'000.– für C._____ und CHF 2'600.– für die Berufungsklägerin persönlich). Zusätzlich sei der Berufungsbeklagte verpflichtet, der Berufungsklägerin CHF 150.– Anteil Kinderzulage zu bezahlen, alles zahlbar monatlich im Voraus auf den 1. eines jeden Monats.
3. Eventualiter, nämlich für den Fall, dass Ziffer 9 der Verfügung der Einzelrichterin des Bezirksgerichts Affoltern a.A. vom 23. September 2010 doch abgeändert würde, sei eine Reduktion des Unterhaltsbeitrages erst mit Wirkung ab 1. Oktober 2011 zu verfügen und es sei die Aufteilung des vom Berufungsbeklagten der Berufungsklägerin zu bezahlenden Unterhaltsbeitrages so vorzunehmen, als dass der Unterhaltsbeitrag im Umfang von CHF 1'000.– für Tochter C._____ gedacht sei und der Rest für die Berufungsbeklagte persönlich.
4. Der vorliegenden Berufung sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
5. Der Berufungsklägerin sei die Unentgeltlichkeit der Prozessführung auch für das vorliegende Berufungsverfahren vor Obergericht zu bewilligen und es sei die Unterzeichnete, RA X._____, ... [Adresse], als Rechtsbeistand zu bewilligen.
6. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zulasten des Berufungsbeklagten."

Des Beklagten, Massnahmeklägers und Berufungsbeklagten:

Urk. 11 S. 1 f.

"ANTRAG (in der Sache)

Es seien die Berufungsbegehren 1 – 3 abzuweisen und die angefochtene Verfügung vom 28.06.2011 in vollem Umfang zu bestätigen;
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Berufungsklägerin.

VERFAHRENSANTRAG

Es sei dem Berufungsbeklagten die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und in der Person des Unterzeichnenden ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu ernennen."

Erwägungen:

1. Sachverhalt / Prozessgeschichte

1.1. Mit Eingabe vom 21. März 2011 machte der Beklagte, Massnahmekläger und Berufungsbeklagte (fortan Beklagter) bei der Vorinstanz ein Begehren um Erlass von vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren anhängig und verlangte darin sinngemäss die Abänderung der Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirkes Affoltern vom 23. September 2010 (Urk. 7/15). Mit Verfügung vom 28. Juni 2011 entschied die Vorinstanz gemäss vorstehend wiedergegebenem Dispositiv (Urk. 7/52, Urk. 2).

1.2. Mit fristgerechter Eingabe vom 21. Juli 2011 erhob die Klägerin, Massnahmebeklagte und Berufungsklägerin (fortan Klägerin) Berufung gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 28. Juni 2011 mit den vorstehend aufgeführten Anträgen (Urk. 1). Mit Präsidialverfügung vom 27. Juli 2011 wies die erkennende Kammer das Gesuch der Klägerin um Aufschub der Vollstreckbarkeit des vorinstanzlichen Massnahmeentscheids ab (Urk. 6).

1.3. Am 26. August 2011 erstattete der Beklagte innert der ihm mit Verfügung vom 17. August 2011 (Urk. 8) angesetzten Frist die Berufungsantwort (Urk. 11),

welche der Klägerin mit Verfügung vom 25. November 2011 zur Kenntnis gebracht wurde (Urk. 15).

1.4. Mit Vorladung vom 25. April 2012 wurden die Parteien zur Vergleichsverhandlung auf den 23. Mai 2012 vorgeladen (Urk. 20).

2. Vergleich

2.1. Anlässlich der Vergleichsverhandlung vom 23. Mai 2012 schlossen die Parteien unter Mitwirkung des Gerichts folgende Vereinbarung (Urk. 24, Prot. S. 7):

- " 1. Der Beklagte verpflichtet sich, der Klägerin für die Dauer des Scheidungsverfahrens an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der gemeinsamen Tochter C._____ sowie für die Klägerin persönlich einen monatlichen Betrag von insgesamt Fr. 3'100.– zu bezahlen (Fr. 1'000.– für C._____ und Fr. 2'100.– für die Klägerin persönlich). Der Unterhaltsbeitrag ist im Voraus zu bezahlen, jeweils auf den ersten eines jeden Monats, rückwirkend ab 1. April 2011. Der Beklagte verpflichtet sich überdies, der Klägerin Fr. 150.– Anteil Kinderzulagen zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus auf den ersten eines jeden Monats, rückwirkend ab 1. April 2011.
2. Die Parteien halten übereinstimmend fest, dass vom Beklagten bereits geleistete Unterhaltszahlungen an die rückwirkend noch zu leistenden Zahlungen anzurechnen sind und er der Klägerin somit Fr. 622.– zurückbezahlt (in sechs monatlichen Raten à fünfmal Fr. 100.– und einmal Fr. 122.–, erstmals per Juli 2012), womit die Ausstände bis Ende Mai 2012 ausgeglichen sind.
3. Im Übrigen zieht die Klägerin ihre Berufung - mit Ausnahme ihres Gesuches um unentgeltliche Rechtspflege - zurück.
4. Die Parteien vereinbaren, die Kosten für das Berufungsverfahren je zur Hälfte zu tragen und verzichten gegenseitig auf eine Parteientschädigung, je unter Hinweis auf ihre Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege."

2.2. Das Rechtsmittelverfahren steht unter der Herrschaft der am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272; Art. 405 Abs. 1 ZPO). Eine Parteivereinbarung hat in Kinderbelangen, die der Offizialmaxime unterstehen, lediglich die Bedeutung übereinstimmender Parteianträge (Art. 296 Abs. 3 ZPO).

2.3. Die Klägerin beantragt im Berufungsverfahren, die Unterhaltsbeiträge des Beklagten seien – gemäss dem Entscheid der Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirkes Affoltern vom 23. September 2010 – bei Fr. 3'600.– monatlich zu belassen, wovon Fr. 1'000.– der gemeinsamen Tochter C._____ und Fr. 2'600.– ihr persönlich zuzusprechen seien. Anlässlich der Vergleichsverhandlung vom 23. Mai 2012 wurde aufgrund der veränderten finanziellen Verhältnisse der Parteien eine neue Bedarfsberechnung vorgenommen. Während die Vorinstanz von einem – im Vergleich zum Eheschutzverfahren – neuen Bedarf der Klägerin mit C._____ ab 1. April 2011 von Fr. 3'016.– ausging, ist dieser unter Berücksichtigung des veränderten Mietzinses sowie der Steuerbelastung bis zum 30. September 2012 mit durchschnittlich Fr. 3'566.– zu beziffern, ab 1. Oktober 2012 schliesslich mit Fr. 3'469.–. Diesem Bedarf steht ein Einkommen von durchschnittlich Fr. 700.– monatlich gegenüber. Der Bedarf des Beklagten wurde von der Vorinstanz bis 31. August 2011 neu mit Fr. 4'770.– und ab 1. September 2011 mit Fr. 4'432.– beziffert. Unter Berücksichtigung der höheren Schulkosten der beim Beklagten lebenden Tochter D._____ sowie der ebenfalls veränderten Mietkosten beläuft sich der Bedarf bei ihm bis 30. September 2012 auf durchschnittlich Fr. 4'994.–, ab 1. Oktober 2012 schliesslich auf Fr. 4'826.–. Das Einkommen des Beklagten beträgt unverändert Fr. 8'180.– netto pro Monat. Die von den Parteien gestützt auf diese Zahlen für die Dauer des Scheidungsverfahrens beantragte Änderung der Unterhaltsbeiträge des Beklagten an die Klägerin und die gemeinsame Tochter auf Fr. 3'100.– monatlich erscheint angemessen. Bis zum 30. September 2012 verbleibt den Parteien somit ein hälftig aufzuteilender Freibetrag von durchschnittlich Fr. 320.–, ab 1. Oktober 2012 Fr. 585.–. Eine Aufteilung des Unterhaltsbeitrages in Fr. 1'000.– für die Tochter C._____ und Fr. 2'100.– für die Klägerin persönlich erscheint ebenfalls angemessen. Das Kindeswohl erfordert somit keine andere Regelung als die von den Parteien vereinbarte und die Vereinbarung vom 23. Mai 2012 kann – soweit Kinderbelange betroffen sind – genehmigt bzw. können die entsprechenden autoritativen Anordnungen getroffen werden.

2.4. Ein Vergleich hat die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheides (Art. 241 Abs. 2 ZPO). Der Prozess ist demzufolge im Übrigen abzuschreiben (Art. 241

Abs. 3 ZPO), unter vereinbarungsgemässer Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen.

2.5. Beide Parteien stellen für das Berufungsverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege im Sinne von Art. 118 lit. b und c ZPO (Urk. 1 S. 3, Urk. 11 S. 2). Aus den im Recht liegenden Unterlagen geht glaubhaft hervor, dass ihnen die erforderlichen liquiden Mittel zur Tragung der Gerichtskosten sowie der Kosten für die Rechtsbeistände zur Zeit fehlen. Die Klägerin verdient lediglich Fr. 700.– pro Monat und verfügt über kein Vermögen (Urk. 5/5, Urk. 5/6). Der Beklagte kann sodann nicht zur Leistung eines Beitrags an ihre Prozesskosten verpflichtet werden, fehlen ihm doch selber die erforderlichen Mittel (Urk. 13/1, Urk. 13/2). Der den Parteien verbleibende Freibetrag (vgl. Ziff. 2.3. vorstehend) wird sodann für in der Bedarfsberechnung nicht berücksichtigte Kosten zu verwenden sein, insbesondere im Zusammenhang mit dem Unterhalt und der Erziehung der beiden Kinder, womit ihnen zur Bestreitung der Gerichts- und Anwaltskosten innert absehbarer Zeit (vgl. BGE 109 Ia 5 E. 3a S. 8/9; BGE 118 Ia 369 E. 4a S. 370 f.; BGE vom 9. Juli 2003, 5P.219/2003) die nötigen Mittel fehlen. Die Begehren der Parteien waren überdies nicht aussichtslos, womit die Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nach Art. 117 ZPO (in Verbindung mit Art. 29 Abs. 3 Satz 1 BV) erfüllt sind. Die Parteien waren schliesslich für das vorliegende Verfahren zur gehörigen Wahrung ihrer Rechte auf rechtlichen Beistand angewiesen (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO), weshalb ihnen die unentgeltliche Rechtspflege antragsgemäss zu gewähren ist.

2.6. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist gestützt auf § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 2 lit. b, § 8 Abs. 1, § 10 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) auf Fr. 1'500.– festzusetzen.

Es wird beschlossen:

1. Den Parteien wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und der Klägerin Rechtsanwältin lic. iur. X._____ sowie dem Be-

klagten Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ als unentgeltliche Rechtsbeistände bestellt.

2. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für die Dauer des Scheidungsverfahrens an den Unterhalt und die Erziehung der Tochter C. _____ monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'000.– zu bezahlen, zuzüglich Fr. 150.– Anteil Kinderzulage.

Die Unterhaltsbeiträge sind monatlich im Voraus zu bezahlen, jeweils auf den ersten eines jeden Monats, rückwirkend per 1. April 2011.

Vom Beklagten bereits geleistete Unterhaltszahlungen sind an die rückwirkend noch zu leistenden Zahlungen anzurechnen. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 622.– in sechs monatlichen Raten (fünfmal Fr. 100.– und einmal Fr. 122.–, erstmals per Juli 2012) zu bezahlen, womit die Ausstände bis Ende Mai 2012 ausgeglichen sind.

3. Im Übrigen wird der Vergleich vorgemerkt und das Berufungsverfahren abgeschlossen.
4. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten beider Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge gewährter unentgeltlicher Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.
Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
6. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Parteien für das Berufungsverfahren gegenseitig auf eine Parteientschädigung verzichtet haben.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Affoltern, je gegen Empfangsschein.

8. 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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

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

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 31. Mai 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin

lic. iur. B. Demuth

versandt am: js