

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY130045-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. M. Schaffitz und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Beschluss und Urteil vom 13. Juni 2014

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **vorsorgliche Massnahmen (Unterhalt)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen
Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 29. November 2013
(FE100095-K)**

Rechtsbegehren:

- des Gesuchstellers (Urk. 5/68 S. 1):

- " 1. Es sei festzustellen, dass sich ab 01. September 2011 der monatlich zu zahlende Frauenunterhalt von 10'900 Fr. um monatliche 715 Fr., auf 10'185 Fr. der Kinderunterhalt mit Kinderzulagen für C._____ von zusammen 1'700 Fr. um 286 Fr. auf 1'414 Fr. und für D._____ von zusammen 1'500 Fr. um 286 Fr. auf 1'214 Fr. reduziert. Die Gesuchstellerin sei zu verpflichten, dem Gesuchsteller bis einschliesslich Mai 2013 zu viel bezahlte Frauen- und Kinderunterhaltsbeiträge von zusammen 27'027 Fr. (1'287 x 21 Monate) zu erstatten;
2. Es seien die vom Gesuchsteller für die Gesuchstellerin, Tochter C._____ und Tochter D._____ zu zahlenden Unterhaltsbeiträge ab Juni 2013 aufzuheben und neu zu bestimmen;
3. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen."

- der Gesuchstellerin (Prot. Vi S. 56):

- " 1. Es sei das Abänderungsbegehren abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Gesuchstellers / Massnahmeklägers.
3. Weiter sei der Gesuchsteller / Massnahmekläger zu verpflichten, der Gesuchstellerin / Massnahmebeklagten einen Prozesskostenvorschuss für die vorsorglichen Massnahmen und das Hauptverfahren von Fr. 10'000.– zu bezahlen".

Verfügung des Bezirksgerichtes Winterthur vom 29. November 2013: (Urk. 2 S. 29 f.)

1. Der Antrag des Gesuchstellers auf rückwirkende Abänderung der mit Eheschutzverfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirkes

Winterthur vom 18. August 2008 festgelegten Unterhaltsbeiträge für den Zeitraum vom 1. September 2011 bis 31. Mai 2013 wird abgewiesen.

2. In teilweiser Gutheissung des Antrags des Gesuchstellers werden Dispositiv-Ziffer 5 und 6 der Eheschutzverfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirkes Winterthur vom 18. August 2008 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"5. a) Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das noch unmündige Kind C. _____ für die Dauer des Scheidungsverfahrens folgende monatliche Unterhaltsbeiträge zu entrichten:

- vom 1. Juni 2013 bis 31. Juli 2013 Fr. 1'200.– zuzüglich gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen;
- ab 1. August 2013 während der weiteren Dauer des Scheidungsverfahrens Fr. 900.– zuzüglich gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen;

monatlich zahlbar im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.

b) Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das bereits mündige Kind D. _____ für die Dauer des Scheidungsverfahrens folgende monatliche Unterhaltsbeiträge zu entrichten:

- vom 1. Juni 2013 bis 31. Juli 2013 Fr. 900.– zuzüglich gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen;

monatlich zahlbar im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.

Es wird festgestellt, dass für das Kind D. _____ ab 1. August 2013 für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens kein Unterhalt mehr geschuldet ist.

6. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für sie persönlich für die Dauer des Scheidungsverfahrens folgende monatliche Unterhaltsbeiträge zu entrichten:

- vom 1. Juni 2013 bis 31. Juli 2013 Fr. 900.–;
- vom 1. August 2013 bis 31. Januar 2014 Fr. 3'000.–;
- ab 1. Februar 2014 während der weiteren Dauer des Scheidungsverfahrens Fr. 7'600.–;

monatlich zahlbar im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats".

3. Der Antrag der Gesuchstellerin vom 5. September 2011 und vom 7. Juni 2013 auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses sowie das Eventualbegehren um

Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands werden abgewiesen.

4. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen bezüglich dieser Verfügung bleiben dem Endentscheid im Hauptverfahren vorbehalten.
5. [Schriftliche Mitteilung].
6. [Rechtsmittelbelehrung: Berufung, 10 Tage, kein Fristenstillstand].

Berufungsanträge:

- des Berufungsklägers (Urk. 1 S. 2):

- "1. In Abänderung von Disp. Ziff. 2 a) sei der Gesuchsteller und Berufungskläger zu verpflichten, der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung für das noch unmündige Kind C._____ zu bezahlen
 - ab 01.01.2014 während der weiteren Dauer des Scheidungsverfahrens monatliche Unterhaltsbeiträge von 250 Fr. zuzüglich gesetzlicher oder vertraglicher Kinderzulagen respektive dem Deutschen Kindergeld;
2. In Abänderung von Disp. Ziff. 2 c) sei der Gesuchsteller und Berufungskläger zu verpflichten, der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten für sich persönlich zu bezahlen
 - ab 01.01.2014 während der weiteren Dauer des Scheidungsverfahrens monatliche Unterhaltsbeiträge von 1'528 Fr.;

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MwSt) zu Lasten der Gesuchstellerin und Beklagten."

- der Berufungsbeklagten (Urk. 9 S. 2):

- "1. Die Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 29. November 2013 (G.-Nr. FE100095-K) sei zu bestätigen und die Anträge des Gesuchstellers und Berufungsklägers (fortan Gesuchsteller) vollumfänglich abzuweisen.
2. Es sei der Gesuchsteller zu verpflichten, der Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren einen Prozesskostenvorschuss von CHF 6'000.00 (zzgl. 8% MwSt.) zu bezahlen.

3. Eventualiter sei der Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und in der Person des Unterzeichneten ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. 8% MwSt. zu Lasten des Berufungsklägers."

Erwägungen:

I.

1.1. Die Parteien heirateten am tt. April 1992. Aus ihrer Ehe sind die gemeinsamen Töchter D._____, geboren am tt.mm.1993, und C._____, geboren am tt.mm.1997, hervorgegangen (Urk. 5/2-3). Am 31. Januar 2008 machte die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchstellerin) ein Eheschutzverfahren am Bezirksgericht Winterthur anhängig. Der Eheschutzentscheid erging am 18. August 2008 (Urk. 5/4/1 und 5/4/23).

1.2. Mit Verfügung vom 23. März 2010 überwies das Friedensrichteramt ... das gemeinsame Scheidungsbegehren der Parteien an das Bezirksgericht Winterthur (Urk. 5/1-2). Seither stehen sich die Parteien vor dem Einzelgericht im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur (fortan Vorinstanz) im Scheidungsverfahren gegenüber. Nachdem der Gesuchsteller und Berufungskläger (fortan Gesuchsteller) im Verlauf des Scheidungsverfahrens bereits ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen gestellt und zurückgezogen hatte (Urk. 5/5 S. 2; Urk. 5/15; Prot. Vi S. 20), stellte er mit Eingabe vom 12. März 2013 erneut ein Gesuch um Herabsetzung der eheschutzrichterlich festgesetzten Kinder- und Ehegattenunterhaltsbeiträge für die Dauer des Scheidungsverfahrens (Urk. 5/49 S. 1 f.). Das in Ergänzung dazu gestellte superprovisorische Begehren des Gesuchstellers vom 27. März 2013 wurde von der Vorinstanz mit Verfügung vom 28. März 2013 abgewiesen (Urk. 5/51-52). Anlässlich der mündlichen Massnahmenverhandlung vom 7. Juni 2013 stellten die Parteien die eingangs genannten (präzisierten) Rechtsbegehren (Urk. 5/68 S. 1; Prot. Vi S. 56). Mit Verfügung vom 29. November 2013 entschied die Vorinstanz betreffend die vorsorglichen Massnahmen im obgenannten Sinne (Urk. 5/88 = Urk. 2).

2.1. Mit Eingabe vom 16. Dezember 2013 erhob der Gesuchsteller fristgerecht Berufung und stellte die vorstehend aufgeführten Anträge (Urk. 1 S. 2). Nach Leistung des Kostenvorschusses durch den Gesuchsteller wurde der Gesuchstellerin mit Verfügung vom 17. Januar 2014 Frist zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt (Urk. 6-8). Die Berufungsantwort der Gesuchstellerin datiert vom 3. Februar 2014 und wurde dem Gesuchsteller mit Verfügung vom 10. Februar 2014 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 9 und 12).

2.2. Am 15. April 2014 teilte die Rechtsvertreterin des Gesuchstellers mit, dass sich die Parteien in Vergleichsgesprächen befänden (Prot. S. 5). Mit Schreiben vom 5. Juni 2014 liess der Gesuchsteller der Kammer den Vergleich der Parteien vom 24. Mai 2014 zukommen (Urk. 13). Dieser lautet wie folgt (Urk. 14):

"PRÄAMBEL

1. Zwischen den Parteien ist ein Berufungsverfahren wegen Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 29. November 2013 (FE100095-K) vor dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, Oberrichterin Dr. L. Hunziker, Präsidentin, unter der Geschäfts-Nr.: LY130045-O rechtshängig. Im Streit ist der Kindes- und Ehegattenunterhalt der Gesuchstellerin und C._____ auch rückwirkend und bis zur rechtskräftigen Scheidung.
2. Die Gesuchstellerin hat eine Klageantwort eingereicht.
3. Zur Beilegung der Streitigkeiten schliessen die Parteien den nachfolgenden Vergleich, den die Parteien im Sinne von Art. 241 ZPO dem Gericht zu Protokoll und zur Genehmigung vorlegen werden.

Dies vorausgesetzt, vereinbaren die Parteien, was folgt:

1. Unterhalt bis zur rechtskräftigen Scheidung

- 1.1. Der Gesuchsteller trägt den Kinderunterhalt für C._____ von monatlich Fr. 1'000 zuzüglich allfälliger Kinderzulagen (soweit er sie bezieht). Einnahmen der Tochter bleiben anrechnungsfrei.

- 1.2. Der Gesuchsteller trägt den Unterhalt für die Gesuchstellerin in Höhe von monatlich Fr. 5'100, und ab einschliesslich Oktober 2014 reduziert in Höhe von monatlich Fr. 4'500.

Die Gesuchstellerin ist verpflichtet dem Gesuchsteller auf Verlangen die sog. Anlage U (Bestätigung für das Deutsche Steueramt über die tatsächlich geleisteten Unterhaltszahlungen) zu unterschreiben und einen Beleg vom Schweizer Steueramt beizubringen, wonach sie den Frauenunterhalt in der Schweiz versteuert hat.

Einnahmen der Gesuchstellerin bleiben anrechnungsfrei.

- 1.3. Alle Unterhaltsbeiträge sind zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.
- 1.4. Der Gesuchsteller verzichtet darauf, die Unterhaltsleistungen mit in der Vergangenheit zu viel gezahlten Unterhaltsleistungen zu verrechnen.
- 1.5. Ein Unterhaltsrückstand, Stand Mai 2014, besteht nicht.

2. Protokoll

Die Parteien verpflichten sich, das gemäss Art. 241 ZPO durch das zuständige Obergericht Zürich zu erstellende Protokoll innert 10 Tagen nach dessen Zusendung durch das Gericht zu unterzeichnen und dem Gericht unterzeichnet zu retournieren sowie eine Kopie der anderen Partei zuzustellen.

3. Kosten

Der Gesuchsteller trägt die Gerichtskosten. Jede Partei trägt ihre Parteikosten selbst, die Parteikosten werden somit weggeschlagen.

4. Schlussbestimmungen

- 4.1. Falls eine oder mehrere Bestimmungen dieser Vereinbarung ganz oder teilweise unwirksam oder undurchsetzbar sind oder werden, wird die Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit der anderen Bestimmungen dieser Vereinbarung in keiner Weise berührt.

4.2. Allfällige Ergänzungen oder Abänderung dieses Vertrages, inkl. dieser Bestimmung, bedürfen der Schriftform.

4.3. Diese Vereinbarung wird dreifach ausgefertigt, je ein Exemplar für die Vertragsparteien und für das Gericht.

4.4. Beiden Parteien steht jeweils einzeln oder zusammen das Recht zu, den Vergleich dem Gericht als gerichtlichen Vergleich einzureichen."

3. Während sich das Verfahren vor Vorinstanz nach bisherigem Prozessrecht (ZPO/ZH) beurteilt, ist auf das Berufungsverfahren die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) anwendbar, da der angefochtene Entscheid den Parteien nach deren Inkrafttreten eröffnet wurde (Art. 404 f. ZPO).

4. Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die Dispositiv-Ziffern 1, 2/5.b), 3 und 4 des vorinstanzlichen Entscheides blieben unangefochten. In diesem Umfang ist die vorinstanzliche Verfügung des Bezirksgerichtes Winterthur vom 29. November 2013 in Rechtskraft erwachsen. Dies ist vorzumerken.

II.

1. Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens bilden die Unterhaltsbeiträge für die Tochter C._____ und die Gesuchstellerin persönlich ab 1. Januar 2014. Betreffend die Bindung an Parteianträge gilt für die Belange der Ehegatten untereinander die Dispositionsmaxime (Art. 58 Abs. 1 ZPO). Über solche Streitgegenstände können die Parteien verfügen. Dagegen werden Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten und somit auch der Kindesunterhalt von der Offizialmaxime beherrscht. Das Gericht entscheidet in diesem Bereich ohne Bindung an Parteianträge (Art. 296 Abs. 3 ZPO; vgl. zum Ganzen auch Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. A, Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 276 N 42). Dementsprechend wird eine von den Parteien getroffene Vereinbarung bezüglich Kinderbelange vom Gericht als übereinstimmender

Partei Antrag entgegengenommen und geprüft (Bräm/Hasenböhler, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht [ZK], Bd. II/1c, Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen, Art. 159 - 180 ZGB, 3. A., Zürich 1998, Art. 176 N 17).

2.1. Die Kinderunterhaltsbeiträge für die Tochter C._____ werden gemäss dem Vergleich der Parteien gegenüber der vorinstanzlichen Festsetzung um Fr. 100.00 auf monatlich Fr. 1'000.00 (zuzüglich allfälliger Kinderzulagen) erhöht (Urk. 14 S. 2 Ziff. 1.1.). Der Gesuchsteller hat unbestrittenermassen per 1. Januar 2014 eine neue Anstellung angetreten. Gemäss Arbeitsvertrag beträgt sein jährliches Bruttoerwerbseinkommen rund Euro 85'000.00 zuzüglich einer erfolgsabhängigen variablen Vergütung von maximal Euro 15'000.00 im Jahr (Urk. 4/3 S. 1). Unter Berücksichtigung dieses Umstandes, des Alters der Tochter C._____ und der vereinbarungsgemässen Anrechnungsfreiheit ihrer Einnahmen, erscheint der vereinbarte Kinderunterhaltsbeitrag als angemessen. Der Erhöhung der Kinderunterhaltsbeiträge auf Fr. 1'000.00 zuzüglich allfälliger Kinderzulagen kann daher antragsgemäss entsprochen werden.

2.2. Dem Vergleich ist nicht explizit zu entnehmen, ab wann die vereinbarte Verpflichtung zur Bezahlung der Kinderunterhaltsbeiträge beginnen soll. Gemäss übereinstimmender Feststellung der Parteien im Vergleich besteht mit Stand Mai 2014 kein Unterhaltsrückstand und der Gesuchsteller verzichtet auf eine Verrechnung mit in der Vergangenheit zu viel bezahlten Unterhaltsleistungen (Urk. 14 S. 2 Ziff. 1.4. und 1.5.). Der Kinderunterhaltsbeitrag von Fr. 1'000.00 ist dementsprechend ab 1. Juni 2014 und während der weiteren Dauer des Scheidungsverfahrens geschuldet.

3. Im Übrigen unterliegt der Inhalt des vorstehenden Vergleichs der Dispositionsmaxime und damit der Parteiautonomie. Ein solcher Vergleich hat die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheids (Art. 241 Abs. 2 ZPO). Entsprechend ist diesbezüglich das Verfahren unter vereinbarungsgemässer Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen abzuschreiben (Art. 241 Abs. 3 ZPO).

III.

1. Die Entscheidunggebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit §§ 2, 5 Abs. 1, 6 Abs. 2 lit. b, 8 Abs. 1 und 10 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG, LS 211.11) auf Fr. 1'500.00 festzusetzen.

2.1. Nach Massgabe des Vergleichs sind die Kosten des Berufungsverfahrens dem Gesuchsteller aufzuerlegen. Sie sind mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Im Weiteren haben die Parteien vereinbart, ihre Parteikosten selbst zu tragen; es sind für das Berufungsverfahren folglich keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

2.2. Die Gesuchstellerin beantragte die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 6'000.00 (zzgl. 8% MwSt.), eventualiter die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren (Urk. 9 S. 2 und 17). Vor dem Hintergrund der vorgenannten vergleichswisen Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen durch die Parteien, ist das Gesuch der Gesuchstellerin um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses als gegenstandslos (bezüglich der Gerichtskosten) bzw. zurückgezogen (bezüglich der Parteikosten) abzuschreiben. Der Rückzug des Antrages auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses indiziert aufgrund der Subsidiarität des Anspruches auf unentgeltliche Rechtspflege auch den Rückzug des diesbezüglichen Eventualantrages (vgl. auch Prot. S. 8).

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositiv-Ziffern 1, 2/5.b), 3 und 4 der Verfügung des Bezirksgerichtes Winterthur vom 29. November 2013 in Rechtskraft erwachsen sind.

2. Das Gesuch der Gesuchstellerin um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses für das Berufungsverfahren, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgeschrieben.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Dispositiv-Ziffer 5 a) der Eheschutzverfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirkes Winterthur vom 18. August 2008 (Geschäfts-Nr. EE080015) wird aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"5. a) Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für die noch unmündige Tochter C._____ für die Dauer des Scheidungsverfahrens folgende monatliche Unterhaltsbeiträge zu entrichten:

- vom 1. Juni 2013 bis 31. Juli 2013 Fr. 1'200.00 zuzüglich gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen;
- vom 1. August 2013 bis 31. Mai 2014 Fr. 900.00 zuzüglich gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen;
- ab 1. Juni 2014 während der weiteren Dauer des Scheidungsverfahrens Fr. 1'000.00 zuzüglich gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen;

monatlich zahlbar im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.

Einnahmen der Tochter C._____ bleiben anrechnungsfrei."

2. Im Übrigen wird der Vergleich vorgemerkt und das Verfahren abgeschrieben.

3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.00 festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsteller auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
5. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Winterthur, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen bereits vor Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

7. 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 liegt über Fr. 30'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 13. Juni 2014

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Würsch

versandt am:
dz