

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY150016-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. P. Kunz Bucheli

Beschluss und Urteil vom 20. Mai 2015

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller, Massnahmebeklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin, Massnahmeklägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Dielsdorf vom 4. Februar 2015 (FE140176-D)

Rechtsbegehren:

(Urk. 1 S. 3; Prot. S. 40, sinngemäss)

- "1. Die Tochter C._____, geboren am tt.mm.2008, sei für die Dauer des Verfahrens unter die Obhut der Gesuchstellerin zu stellen.
2. Dem Gesuchsteller sei ein gerichtübliches Besuchsrecht wie folgt einzuräumen:
Am 1. und 3. Wochenende jedes Monats von Samstag 10.00 Uhr bis Sonntag 18.00 Uhr sowie ein übliches Feiertagsbesuchsrecht und 2 Wochen Ferien.
3. Der Gesuchsteller sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin ab November 2014 angemessene Unterhaltsbeiträge für sich persönlich und die Tochter zu bezahlen.
4. Die eheliche Wohnung D._____-Strasse ..., ... sei samt Mobilien und Inventar der Gesuchstellerin zur Benützung zuzuteilen und der Gesuchsteller sei zu verpflichten, die eheliche Wohnung spätestens per 1. Dezember 2014 zu verlassen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Gesuchstellers."

**Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren
am Bezirksgericht Dielsdorf vom 4. Februar 2015:**

(Urk. 2 S. 18f.)

1. Die Tochter C._____, geboren am tt.mm.2008, wird einstweilen für die Dauer des Verfahrens unter die elterliche Obhut der Gesuchstellerin gestellt.
2. Die Parteien regeln das Besuchsrecht von Fall zu Fall selbst. Im Streitfall gilt folgende Regelung:

Der Gesuchsteller ist einstweilen für die Dauer des Verfahrens berechtigt und verpflichtet, die Tochter C._____, geboren am tt.mm.2008, per sofort jeweils am 1. und 3. Wochenende jedes Monats von Samstag 10.00 Uhr bis Sonntag 18.00 Uhr sowie am 2. Weihnachtsfeiertag (26. Dezember) und in geraden Jahren über Ostern und in ungeraden Jahren über Pfingsten zu besuchen oder auf seine Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Er ist ferner berechtigt und verpflichtet, die Tochter C._____ zwei Wochen auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen. Der Gesuchsteller hat der Gesuchstellerin mindestens zwei Monate im Voraus mitzuteilen, wann er sein Ferienbesuchsrecht ausüben will.

3. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der Tochter C._____ monatlich im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats zahlbare Unterhaltsbeiträge (zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Familien- bzw. Ausbildungszulagen) wie folgt zu bezahlen:
 - Fr. 406.– ab 1. November 2014 bis und mit Mai 2015,
 - Fr. 806.– ab 1. Juni 2015 für die weitere Dauer des Verfahrens.
4. Es wird festgestellt, dass der Gesuchstellerin mangels Leistungsfähigkeit des Gesuchstellers einstweilen keine persönlichen Unterhaltsbeiträge bezahlt werden können.
5. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieser Verfügung werden mit dem Endentscheid festgelegt.
6. (Schriftliche Mitteilung)
7. (Rechtsmittelbelehrung)

Berufungsanträge:

des Gesuchstellers, Massnahmebeklagten und Berufungsklägers (Urk. 1 S. 2):

- "1. Es sei Ziff. 3 der angefochtenen Verfügung vom 04.02.15 aufzuheben.
2. Es sei dem Gesuchsteller ein unentgeltlicher Rechtsbeistand in der Person des Unterzeichneten zu bestellen und es sei die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren,

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten."

Erwägungen:

1. Die Parteien befinden sich seit Ende September 2014 vor Vorinstanz im Scheidungsverfahren (Urk. 3/1). Gleichzeitig mit der Einreichung des gemeinsamen Scheidungsgehens (Urk. 3/3) liess die Gesuchstellerin, Massnahmenklägerin und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchstellerin) ein Begehren um Anordnung vorsorglicher Massnahmen stellen (Urk. 3/1 S. 3). Am 20. November 2014 fand die Anhörung sowie die Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen

statt (Prot. I S. 3ff.). Hinsichtlich der Kinderbelange schlossen die Parteien eine Vereinbarung ab, mit Blick auf die Unterhaltsbeiträge konnte indes keine Einigung erzielt werden. Daraufhin erliess die Vorinstanz mit Bezug auf die vorsorglichen Massnahmen die eingangs wiedergegebene Verfügung (Urk. 2).

2. Gegen dieses Urteil erhob der Gesuchsteller, Massnahmenbeklagte und Berufungskläger (fortan Gesuchsteller) am 9. März 2015 rechtzeitig Berufung, wobei er die eingangs wiedergegebenen Anträge stellt (Urk. 1 S. 2).

3. a) Der Gesuchsteller macht in der Berufung geltend, dass er nicht genügend verdiene, um Unterhaltsbeiträge für die gemeinsame Tochter bezahlen zu können. Er habe sein Arbeitspensum im Einverständnis mit der Gesuchstellerin auf 50% reduziert. Anlässlich der Verhandlung vor Vorinstanz habe er ausgeführt, dass er Fr. 300.– pro Woche verdiene. Nun habe sich die Situation jedoch verändert, weil der Eurokurs drastisch gesunken sei, so dass kein Händler aus ... an Autoimport interessiert sei. Folglich könnten ihm die Einnahmen von Fr. 1'200.– nicht als Einkommen angerechnet werden. Er verdiene nur Fr. 1'600.– monatlich (Urk. 1 S. 2f.).

b) Der Vorderrichter erwog, dass der Gesuchsteller gemäss eigener Aussage zur Zeit Fr. 1'650.– aus einer Anstellung als Autotransporteur bei der E. _____ verdiene. Weiter rechnete er dem Gesuchsteller gestützt auf dessen Ausführungen anlässlich der Verhandlung im November 2014 ein Einkommen aus privaten Transportaufträgen von durchschnittlich Fr. 300.– pro Woche, mithin Fr. 1'200.– pro Monat an (Urk. 2 S. 13f.). Nach einer Übergangsfrist von sechs Monaten sei es dem Gesuchsteller ferner trotz seiner schlechten Deutschkenntnisse zumutbar, wieder Fr. 3'250.– zu verdienen. Soviel habe er bei derselben Firma für ein Pensum von 100% verdient (Urk. 2 S. 14f.).

4. Mit diesen Erwägungen des Vorderrichters setzt sich der Gesuchsteller nicht auseinander. Hinsichtlich seines Einkommens aus privaten Transportaufträgen legt er nicht dar, weshalb der Eurokurs massgeblich sein soll für den Autoexport nach ..., wo die meisten Länder über eigene Landeswährungen verfügen. Vor Vorinstanz machte er im Übrigen sämtliche Angaben zu seinen Verdiensten

in Schweizer Franken und nicht in Euro (Prot. I S. 31f.). Substantiierte Behauptungen, weshalb und inwiefern der Eurokurs einen Einfluss auf seine Geschäfte haben soll, bringt der Gesuchsteller nicht vor. Er kommt damit seiner Substantiierungslast, welche ihn auch in Belangen, welche der Official- und Untersuchungsmaxime unterliegen, trifft (Art. 55 Abs. 2 ZPO in Verbindung mit Art. 296 Abs. 1 ZPO, Schweighauser, in: Sutter-Somm/Hasenbühler/Leuenberger, ZPO Komm., 2. Aufl. N 11 zu Art. 296 ZPO), nicht genügend nach, insbesondere da er auch im Berufungsverfahren anwaltlich vertreten ist. Dasselbe gilt mit Bezug auf die Zeit ab 1. Juni 2015: Der Gesuchsteller behauptet nicht einmal, dass es ihm nicht möglich sei, sein Pensum zu erhöhen bzw. eine andere Anstellung mit einem Nettoeinkommen von Fr. 3'250.– zu finden (Urk. 1 S. 2). Weshalb dabei das Einverständnis der Gesuchstellerin zur Reduktion seines Arbeitspensums massgeblich sein soll, legt er nicht weiter dar.

5. Der Gesuchsteller macht in seiner Berufungsschrift ferner einen Bedarf von Fr. 2'580.– geltend (Urk. 1 S. 3), während ihm vom Vorderrichter ein solcher von Fr. 2'444.– zugestanden worden ist (Urk. 2 S. 8). Einerseits macht er zusätzlich Fr. 30.– für Elektrizität geltend und andererseits - wie bereits vor Vorinstanz - Fr. 350.– statt Fr. 200.– für auswärtige Verpflegung (Urk. 1 S. 3). Die Kosten für Elektrizität sind im Grundbetrag enthalten (vgl. Kreisschreiben des Obergerichts betreffend Richtlinien zur Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009, Ziffer II, Ingress). Hinsichtlich der Kosten für auswärtige Verpflegung setzt sich der Gesuchsteller mit keinem Wort mit den Erwägungen des Vorderrichters auseinander. Die Berufung ist daher diesbezüglich nicht begründet.

6. Zusammengefasst erweist sich die Berufung des Gesuchstellers als offensichtlich unbegründet, ist demgemäss abzuweisen, und das vorinstanzliche Urteil ist zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO). Unter diesen Umständen ist auf das Einholen einer Berufungsantwort der Gesuchstellerin zu verzichten (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

7. Ausgangsgemäss wird der Gesuchsteller für das Berufungsverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind sodann keine Parteientschädigungen zuzusprechen, dem Gesuchsteller infolge seines Unterliegens und der Gesuchstellerin mangels erheblicher Umtriebe.

8. Der Gesuchsteller stellt auch für das Berufungsverfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 37 S. 2). Da sich seine Berufung jedoch sogleich als aussichtslos erweist, ist sein Armenrechtsgesuch für das Berufungsverfahren gestützt auf Art. 117 lit. b ZPO abzuweisen.

9. Der von Rechtsanwalt X. _____ verfasste Schriftsatz erreicht sowohl in formeller als auch in qualitativer Hinsicht längst nicht jenes Niveau, das bei einer von einem patentierten Rechtsanwalt stammenden Rechtsschrift vorausgesetzt werden darf.

Es wird beschlossen:

1. Das Begehren des Gesuchstellers um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung des Gesuchstellers wird abgewiesen, und die Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Dielsdorf vom 4. Februar 2015 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsteller auferlegt.

4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage des Doppels von Urk. 1, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG (Abweisung unentgeltliche Rechtspflege) bzw. ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG (Entscheid betreffend Unterhaltsbeiträge).

Es handelt sich in der Hauptsache 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, 20. Mai 2015

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Kunz Bucheli

versandt am:
kt