

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY210031-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Ersatzrichterin lic. iur. N.
Jeker sowie Gerichtsschreiber PD Dr. S. Zogg

Beschluss und Urteil vom 1. November 2021

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch MLaw X1. _____ (handelnd unter der Verantwortung von Rechts-
anwalt lic. iur. X2. _____)

gegen

B. _____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____,

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfah-
ren des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 26. März 2021; Proz. FE180091**

Gemeinsamer Schlussantrag:

(act. 18, sinngemäss)

Es sei der angefochtene Entscheid der Vorinstanz aufzuheben und die Vereinbarung der Parteien betreffend vorsorgliche Massnahmen vom 26. Oktober 2021 zu genehmigen.

Weitere Anträge des Berufungsklägers:

(act. 2, S. 2 f., sinngemäss)

Die Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, dem Berufungskläger einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 6'000.– zu zahlen.

Eventualiter sei dem Berufungskläger die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen (Befreiung von den Gerichtskosten) und in der Person von Herrn MLaw X1. _____ (handelnd unter der Verantwortung von lic. iur. X2. _____) einen unentgeltlichen Rechtsbeistand zu bestellen.

Weiterer Antrag der Berufungsbeklagten:

(act. 10, S. 2, sinngemäss)

Der Berufungsbeklagten sei die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen (Befreiung von den Gerichtskosten) und in der Person von Herrn Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ einen unentgeltlichen Rechtsbeistand zu bestellen.

Erwägungen:

1. Am 20. September 2018 erhob die Berufungsbeklagte beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Pfäffikon (nachfolgend Vorinstanz) Scheidungsklage und stellte den Antrag, es seien ihr im Rahmen vorsorglicher Massnahmen rückwirkend per 20. September 2017 und für die Dauer des Scheidungsverfahrens Ehegattenunterhaltsbeiträge zuzusprechen.
2. Am 13. November 2018 führte die Vorinstanz eine Einigungsverhandlung sowie eine Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen durch. Weitere Verfahrensschritte erfolgten nicht, bis die Vorinstanz schliesslich – rund zweieinhalb Jahre später – mit Verfügung vom 26. März 2021 (versandt am 1. Juli 2021; vgl. act. 39) wie folgt über das Massnahmebegehren entschied:

- " 1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für die Dauer des Scheidungsverfahrens persönliche Ehegattenunterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 800.– bzw., soweit er mittels Urkunden zu belegen vermag, dass er *keine* Invaliden-Kinderrente der Pensionskasse C._____ mehr ausbezahlt erhält, in der Höhe von Fr. 500.– zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, rückwirkend ab 1. Oktober 2017.

Im Mehrbetrag wird das Begehren abgewiesen.

2. Die Festsetzung der Unterhaltsbeiträge basiert auf folgenden Grundlagen:
- Erwerbseinkommen der Klägerin (inklusive Anteil 13. Monatslohn, ohne Familien-/Kinder-/Ausbildungszulagen, ohne Kinderrenten, bei einer Erwerbstätigkeit von gut 60%): Fr. 2'013.– netto;
 - Einkommen des Beklagten (volle Invalidenrente, inkl. Rente der Suva und der Pensionskasse mit Kinderrente, ohne Hilflosenentschädigung, ohne Familien-/Kinder-/Ausbildungszulagen): Fr. 4'034.– netto bzw. Fr. 3'726.– netto (ohne Kinderrente der Pensionskasse);
 - Vermögen der Parteien: keines bzw. für die Unterhaltsberechnung nicht relevant;
 - Bedarf der Klägerin bis und mit Februar 2019: Fr. 2'616.–;
 - Bedarf der Klägerin ab 1. März 2019: Fr. 3'136.–;
 - Bedarf des Beklagten: Fr. 3'241.–.

Der Klägerin fehlt zur Deckung des gebührenden Unterhalts jeden Monat folgender Betrag:

- 1. Oktober 2017 bis und mit Februar 2019: Fr. 103.–;
 - ab 1. März 2019: Fr. 623.–.
3. Über die Prozesskosten wird zusammen mit der Hauptsache entschieden.

[Mitteilung / Rechtsmittel]"

3. Dagegen erhob der Berufungskläger mit Eingabe vom 15. Juli 2021 (act. 2) rechtzeitig Berufung. Von der Berufungsbeklagten wurde eine Berufungsantwort eingeholt (Verfügung vom 3. August 2021; act. 8), welche diese rechtzeitig erstattete (Eingabe vom 16. August 2021; act. 10). Am 26. Oktober 2021 wurde eine Vergleichsverhandlung durchgeführt (Prot. S. 4 f.), anlässlich welcher die Parteien folgende Vereinbarung betreffend vorsorgliche Massnahmen schlossen (act. 18):

" 1. Ehegattenunterhalt

Der Berufungskläger verpflichtet sich, der Berufungsbeklagten für die Dauer des Verfahrens monatliche Ehegattenunterhaltsbeiträge wie folgt zu bezahlen:

- Rückwirkend ab dem 1. Oktober 2017 bis am 31. Januar 2022: **Fr. 650.-**;
- ab dem 1. Februar 2022: **Fr. 100.-**.

Der Berufungskläger verpflichtet sich, auf die bereits bestehenden und die zukünftigen Unterhaltsschulden monatlich Fr. 550.- zu bezahlen. Diese Ratenzahlungen werden ab 1. Februar 2022 primär auf die dann entstehenden Unterhaltsschulden angerechnet. Im übrigen Umfang werden diese Ratenzahlungen auf die vergangenen Unterhaltsschulden angerechnet, jeweils zuerst auf die ältesten ausstehenden Unterhaltsbeiträge.

Die Ratenzahlung von Fr. 550.- gemäss vorstehendem Absatz ist zahlbar auf den 10. eines jeden Monats, erstmals am 10. November 2021.

2. Grundlagen der Unterhaltsberechnung

Dieser Vereinbarung liegen die folgenden finanziellen Verhältnisse zugrunde:

Einkommen netto pro Monat, inkl. Anteil 13. Monatslohn:

- Ehefrau: Fr. 2'013.- vom 1. Oktober 2017 bis am 31. Januar 2022 (durchschnittliches Einkommen in dieser Zeit; Arbeitspensum rund 50-60%);
Fr. 3'260.- ab 1. Februar 2022 (hypothetisches Einkommen; Arbeitspensum von 80%);
- Ehemann: Fr. 3'726.- vom 1. Oktober 2017 bis am 31. Januar 2022 (IV-Renten der Ausgleichskasse und der C. _____ - Sammelstiftung (jeweils ohne Kinderrente); Suva-Rente; ohne Hilflosenentschädigung);
Fr. 3'751.- ab 1. Februar 2022 (IV-Renten der Ausgleichskasse und der C. _____ - Sammelstiftung (jeweils ohne Kinderrente); Suva-Rente; ohne Hilflosenentschädigung).

Vermögen:

- Ehefrau: nicht unterhaltsrelevant;
- Ehemann: nicht unterhaltsrelevant.

Familienrechtlicher Bedarf:

- Ehefrau: Fr. 2'814.- vom 1. Oktober 2017 bis am 31. Januar 2022;
Fr. 3'037.- ab 1. Februar 2022.
- Ehemann: Fr. 3'221.- vom 1. Oktober 2017 bis am 31. Januar 2022;
Fr. 3'326.- ab 1. Februar 2022.

3. Abänderungsvorbehalt

Die Berufungsbeklagte macht geltend, sie sei vollständig arbeitsunfähig. Zur Zeit ist ein Antrag für die Bewilligung einer IV-Rente hängig. Die Parteien vereinbarten, dass im Falle eines positiven IV-Entscheids (Arbeitsunfähigkeit von mehr als 20%) die hier vereinbarten Ehegattenunterhaltsbeiträge nach Massgabe der übrigen dieser Vereinbarung zugrunde liegenden Einkommens- und Bedarfswerte neu festgesetzt werden.

4. Genehmigung der Vereinbarung

Die Parteien beantragen der Berufungsinstanz gemeinsam, den angefochtenen Entscheid der Vorinstanz aufzuheben und die vorliegende Vereinbarung zu genehmigen.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Parteien beantragen der Berufungsinstanz gemeinsam, die vorinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen zu bestätigen (Entscheid über die Prozesskosten für die vorsorglichen Massnahmen zusammen mit dem Hauptentscheid).

Die Parteien übernehmen die zweitinstanzlichen Gerichtskosten – unter Hinweis auf ihre Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege – je zur Hälfte und verzichten gegenseitig auf eine Parteientschädigung für das Berufungsverfahren."

4. Diese Vereinbarung betreffend vorsorgliche Massnahmen ist in Anwendung von Art. 279 ZPO analog zu genehmigen. Die angefochtene Verfügung der Vorinstanz ist entsprechend aufzuheben.

5.1. Aus den Akten ergibt sich ohne Weiteres, dass beide Parteien mittellos i.S.v. Art. 117 lit. a ZPO sind. Da ihre Begehren im Berufungsverfahren jedenfalls nicht aussichtslos i.S.v. Art. 117 lit. b ZPO waren, sind ihre Anträge, es sei ihnen die unentgeltliche Rechtspflege (Befreiung von den Gerichtskosten) zu bewilligen, gutzuheissen, und der Antrag des Berufungsklägers, es sei die Berufungsbeklagte zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses zu verpflichten, ist abzuweisen.

5.2. Der Berufungsbeklagten ist antragsgemäss in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

5.3. Der Berufungskläger beantragt, es sei ihm "Rechtsanwalt lic. iur. X2. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand zur Seite zu stellen". Dieser werde "im vorliegenden Verfahren durch MLaw X1. _____ vertreten" (act. 2, S. 3). An der Verhandlung vom 26. Oktober 2021 trat MLaw X1. _____ als Vertreter des Berufungsklägers auf. Dies gibt Anlass zu folgendem Hinweis:

Aus der öffentlich-rechtlichen Natur des Rechtsverhältnisses zwischen dem unentgeltlichen Rechtsbeistand und dem Staat folgt, dass dem Rechtsbeistand das Substitutionsrecht nach Art. 398 Abs. 3 OR nicht zusteht. Die Bestellung des unentgeltlichen Rechtsbeistands ist an seine Person gebunden. Leistungen, die er nicht persönlich erbringt, sondern durch einen eigenmächtig substituierten Vertreter erbringen lässt, sind nicht zu entschädigen (unabhängig davon, ob es sich

dabei um einen Rechtsanwalt oder um einen Inhaber einer Venia i.S.v. § 5 AnwG/ZH handelt). Ebenso wenig in Frage kommt die gleichzeitige Bestellung mehrerer Rechtsbeistände, da das Gesetz nur die Bestellung "eines" Rechtsbeistands vorsieht (besondere, hier nicht gegebene Ausnahmefälle vorbehalten; vgl. OGer ZH, PF140010 vom 24. Juni 2014, E. III./3.2; LY120054, Beschluss vom 1. März 2013; PQ190037, Beschluss vom 9. November 2020, E. 4.2).

Vor diesem Hintergrund ist der Antrag des Berufungsklägers – ausgelegt nach Treu und Glauben – so zu verstehen, dass er um die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands in der Person von Herrn MLaw X1. _____ (Inhaber einer Venia i.S.v. § 5 AnwG; handelnd unter der Verantwortung von Rechtsanwalt lic. iur. X2. _____) ersucht. Diesem Antrag ist zu entsprechen.

6. Die vorinstanzliche Kostenregelung, nach der über die Prozesskosten für das erstinstanzliche Massnahmeverfahren zusammen mit dem Entscheid in der Hauptsache zu entscheiden sein wird (Dispositivziffer 3 des angefochtenen Entscheids), ist vereinbarungsgemäss zu bestätigen (vgl. Ziff. 5 Abs. 2 der Vereinbarung).

7. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und Abs. 2, § 4 Abs. 1–3, § 8 Abs. 1 sowie § 10 Abs. 1 GebV OG sowie angesichts des für die Kosten relevanten Streitwerts von Fr. 37'000.– (Unterhaltsbeiträge à Fr. 500.– pro Monat für 46 vergangene Monate [bis zur Berufungserhebung], für die geschätzte Dauer des Berufungsverfahrens von weiteren vier Monaten sowie für die geschätzte verbleibende Dauer des Scheidungsverfahrens von weiteren 24 Monaten) auf Fr. 1'500.– festzusetzen. Hinzu kommen die Kosten für die Übersetzung von Fr. 435.–. Die zweitinstanzlichen Gerichtskosten (Entscheidunggebühr zzgl. Übersetzungskosten) sind den Parteien antragsgemäss je zur Hälfte aufzuerlegen (vgl. Ziff. 5 Abs. 2 der Vereinbarung; Art. 109 Abs. 1 ZPO), jedoch zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen (vgl. Ziff. 5 Abs. 2 der Vereinbarung; Art. 109 Abs. 1 ZPO). Die beiden unentgeltlichen Rechtsbeistände sind – nach Einreichung entsprechender Honorarnoten – mit separaten Beschlüssen aus der Gerichtskasse zu

entschädigen (Art. 122 Abs. 1 lit. a ZPO analog). Vorbehalten bleibt die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO.

Es wird beschlossen:

1. Der Antrag des Berufungsklägers, es sei die Berufungsbeklagte zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses zu verpflichten, wird abgewiesen.
2. Dem Berufungskläger wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt (Befreiung von den Gerichtskosten) und in der Person von Herrn MLaw X1.____ (handelnd unter der Verantwortung von Rechtsanwalt lic. iur. X2.____) ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
3. Der Berufungsbeklagten wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt (Befreiung von den Gerichtskosten) und in der Person von Herrn Rechtsanwalt lic. iur. Y.____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
4. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachfolgendem Entscheid.

Es wird erkannt und beschlossen:

1. Die Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 26. März 2021 (Geschäfts-Nr. FE180091-H) wird aufgehoben. Die Vereinbarung der Parteien vom 26. Oktober 2021 betreffend vorsorgliche Massnahmen wird genehmigt.
2. Im Übrigen wird das Berufungsverfahren abgeschrieben.
3. Über die erstinstanzlichen Prozesskosten für die vorsorglichen Massnahmen wird zusammen mit der Hauptsache entschieden.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt. Hinzu kommen die Kosten für die Dolmetscherin von Fr. 435.–.

Die zweitinstanzlichen Gerichtskosten (Entscheidgebühr und Übersetzungskosten) werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.

Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

5. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Die beiden unentgeltlichen Rechtsbeistände werden nach Einreichung ihrer Honorarnoten mit separaten Entscheiden aus der Gerichtskasse entschädigt.

Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.
8. 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).

Die **Anfechtung einer Parteierklärung** (Vergleich, Anerkennung oder Rückzug des Begehrens) hat nicht mit Beschwerde an das Bundesgericht, sondern mit **Revision** beim Obergericht zu erfolgen (Art. 328 ff. ZPO).

Dies ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 2'435.– (vgl. Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG). Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

i.V. Die Gerichtsschreiberin:

MLaw R. Schneebeili

versandt am: