

ZH_KASSATIONSGERICHT AA040193 vom 6. Mai 2005

Zh Kassationsgericht, 2005-05-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_kassationsgericht_AA040193

FR: ZH_KASSATIONSGERICHT AA040193 du 6 mai 2005

IT: ZH_KASSATIONSGERICHT AA040193 del 6 maggio 2005

Erwägungen

E. 1

Im Januar 2002 liess Y. beim Bezirksgericht Zürich ein Eheschutzverfahren anhängig machen. Mit Verfügung vom 6. März 2002 wurde dieses Verfahren - nachdem sich die Parteien auf eine Trennungsvereinbarung einigen konnten (ER act. 17/15) - abgeschlossen, insbesondere wurde vom Getrenntleben der Parteien Vormerk genommen, die Kinder, A. (geb. ____ 1999) sowie die Zwillinge B. und C. (geb. ____ 2000), wurden unter die Obhut von Y. gestellt und X. wurde zur Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen verpflichtet (ER act. 17/17).

E. 2

Im Juli 2003 liess X. (Kläger, Rekurrent und Beschwerdeführer; nachfolgend Beschwerdeführer) beim Bezirksgericht Zürich ein Begehren um Abänderung der Eheschutzmassnahmen stellen (ER act. 1). Er begründete sein Begehren im Wesentlichen damit, dass sich die Verhältnisse der Parteien zufolge des Umzugs seiner Ehefrau Y. (Beklagte, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin; nachfolgend Beschwerdegegnerin) mit den drei Töchtern von Zürich nach Z. im Kanton Solothurn grundlegend verändert hätten (ER act. 1 S. 3 f.). Mit Verfügung vom 7. April 2004 (ER act. 42) räumte die Einzelrichterin der 3. Abteilung des Bezirksgerichts ____ dem Beschwerdeführer neu folgendes Besuchsrecht ein: - jeweils am Mittwochnachmittag von 13.00 Uhr bis 17.15 Uhr, - jeweils am ersten und dritten Wochenende eines jeden Monats, - jeweils in den geraden Jahren am ersten Tag, jeweils in den ungeraden Jahren am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr, - jeweils in den geraden Jahren das ganze Pfingstwochenende, jeweils in den ungeraden Jahren das ganze Osterwochenende. Darüber hinaus wurde die Beschwerdegegnerin verpflichtet, die Kinder jeweils an den Besuchswochenenden am Freitagabend (um 18.00 Uhr) dem Beschwerdeführer an seinen Wohnort zu bringen. Überdies wurde dem Beschwerdeführer ein Ferienbesuchsrecht von zwei Wochen pro Jahr eingeräumt (Disp.-Ziff. 2). Des Weiteren setzte die Einzelrichterin die Unterhaltsbeiträge an die Be-

- 3 - schwerdegegnerin (für sie und die Kinder) neu fest (Disp.-Ziff. 4) und beiden Parteien wurde die unentgeltliche Rechtspflege gewährt (Disp.-Ziff. 1).

E. 3

Gegen diese Verfügung erhob der Beschwerdeführer Rekurs (OG act. 1) und die Beschwerdegegnerin Anschlussrekurs (OG act. 10). Mit Beschluss vom 15. November 2004 hiess die I. Zivilkammer des Obergerichts den Rekurs des Beschwerdeführers teilweise gut, hob die Ziffern 2 und 4 der erstinstanzlichen Verfügung auf und ersetzte sie durch folgende Fassung (OG act. 50 S. 27 f. = KG act. 2 S. 27 f.): "2. In Abänderung von Ziffer 3 der mit Verfügung der Einzelrichterin in Ehesachen vom 6. März 2002

genehmigten Trennungsvereinbarung wird dem Kläger ein Besuchsrecht - jeweils am Mittwochnachmittag von 13.00 Uhr bis 18.30 Uhr, - jeweils am ersten und dritten Wochenende eines jeden Monats, - jeweils in den geraden Jahren am ersten Tag, jeweils in den ungeraden Jahren am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr, - jeweils in den geraden Jahren das ganze Pfingstweekenende, jeweils in den ungeraden Jahren das ganze Osterweekenende eingeräumt, an denen er die Kinder auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch nehmen kann. Der Kläger wird überdies für berechtigt erklärt, die Kinder für die Dauer von zwei Wochen pro Jahr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen, wobei er verpflichtet wird, die Ausübung des Ferienbesuchsrechts mindestens zwei Monate im Voraus der Klägerin (recte: Beklagten) schriftlich mitzuteilen. Die Beklagte wird verpflichtet, die Kinder jeweils an den Besuchsweekenenden am Freitagabend (um 18.00 Uhr) sowie an den Feiertagen und Ferien dem Kläger an seinen Wohnort zu bringen. Über ein weitergehendes Besuchsrecht verständigen sich die Parteien aussergerichtlich. Ausgefallene Besuchsrechte sind nachzuholen, sofern der Verhinderungsgrund nicht im Risikobereich des Klägers liegt oder objektiv begründet ist, wobei jedoch das Feiertagsbesuchsrecht dem Mittwochs- sowie dem Wochenendbesuchsrecht insofern vorgeht, als Letztere bei Kollision ersatzlos verfallen.

E. 4

Wie aus diesen Erwägungen ersichtlich ist, hat das Bundesgericht zwar bestätigt, dass Eheschutzmassnahmen für die Zeit nach Eintritt der Rechtshängigkeit nicht mehr getroffen werden könnten. Es musste sich aber mit der vom Obergericht im Entscheid vom 11. Februar 2002 (ZR 101 Nr. 25) deutlich gemachten Problematik, insbesondere einer möglicherweise vom Eheschutz zum Scheidungsrichter und zurückpendelnden Zuständigkeit im Kanton Zürich, nicht befassen. Angesichts der überzeugenden obergerichtlichen Erwägungen ist dementsprechend auf Rechtsmittel im Eheschutzverfahren und damit auf die Nichtigkeitsbeschwerde trotz Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens einzutreten. II I. 1. a) Die Kritik des Beschwerdeführers betrifft die mit der Ausübung des Wochenend- und Ferienbesuchsrechts verbundenen Kosten bzw. deren Anrechnung in seinem Bedarf. Er macht geltend, die Vorinstanz habe bei seinem monatlichen Bedarf zu Unrecht einen Betrag von insgesamt rund Fr. 70.— nicht berücksichtigt. Wie bereits aus den vorstehenden Ausführungen ersichtlich ist, hat die Beschwerdegegnerin die drei Töchter zu Beginn der Besuchsweekenenden sowie der Feiertage und Ferien zum Beschwerdeführer nach Zürich zu bringen, währenddem der Beschwerdeführer die Rückfahrten zu übernehmen hat. Die Vorinstanz hat dazu festgehalten, eine längere Zugreise mit drei Kleinkindern und dem entsprechenden Wochenendgepäck sei nicht zumutbar. Zumindest solange die Kinder im Vorschulalter seien, sei den Sicherheitsbedenken des Beschwerdeführers Rechnung zu tragen und entsprechend seien die Mietkosten für ein Mobilitätsfahrzeug seinem Bedarf anzurechnen (KG act. 2 S. 21). b) Im Sinne einer Vorbemerkung ist zur Vernehmlassung der Vorinstanz Stellung zu nehmen. Sie hielt fest, der im vorliegenden Fall strittige Betrag von Fr. 70.— pro Monat betrage weniger als 5 % und liege wohl – ungeachtet ihrer

- 8 - Begründung – im Rahmen der mit der Unterhaltsberechnung und den dafür verwendeten teilweise fixen Positionen (Grundbeträge) regelmässig verbundenen realen Ungenauigkeit, somit in einem tolerierbaren Ermessensbereich. Deshalb sei die Beschwerde abzuweisen (KG act. 9). Das Bundesgericht hat in seinem Entscheid 5P.192/2004 vom 20. Juli 2004 (teilweise publiziert in der Schweizerischen Zeitschrift für

Zivilprozessrecht (SZPP) 1/2005, S. 17 ff.) festgehalten, es könne dahingestellt bleiben, unter welches Kriterium der Willkürprüfung ein Rechenfehler zu subsumieren sei. Nach ständiger Rechtsprechung liessen Rechenfehler, die sich auf das Ergebnis auswirkten, einen Entscheid als willkürlich erscheinen. Bei ausgesprochenen Ermessensentscheidungen wie der Festsetzung von Unterhalt sei allerdings im Einzelfall zu untersuchen, ob das Gericht den Unterhaltsbeitrag nach Recht und Billigkeit (gleichsam "ex aequo et bono") oder anhand einer konkreten, den Gesetzen der Materie folgenden Berechnung habe festsetzen wollen. Letzternfalls bedeute ein Rechenfehler, der sich auf das Ergebnis auswirke, Willkür, ohne dass geprüft werden müsse, ob der exakt, aber falsch berechnete Unterhaltsbeitrag auch den Rahmen pflichtgemässer Ermessensausübung sprengt. Weiter erwog das Bundesgericht, es widerspreche schweizerischer Rechtsanschauung, der Durchsetzung einer grundsätzlich justitiablen Geldforderung einzig deshalb die Beurteilung zu versagen, weil sie zahlenmässig zu geringfügig sei. Ein allfälliges Opportunitätsprinzip liege im Zivilprozess grundsätzlich in den Händen der Parteien und heisse Dispositionsmaxime. Es könne auch nicht verallgemeinernd gesagt werden, die Rechtsverfolgung eines geringen Forderungsbetrages an sich erfülle den Sachverhalt mutwilligen oder rechtsmissbräuchlichen Prozessierens. Ein solcher Verstoss gegen Treu und Glauben sei vielmehr auf Grund sämtlicher Umstände des konkreten Einzelfalls zu beurteilen. Bei angespannten finanziellen Verhältnissen sei ein Mehr oder Weniger von Fr. 100.— pro Monat durchaus spürbar. Nach dem Gesagten ergibt sich, dass die vorinstanzliche Argumentation nicht überzeugt. Auch wenn die Notbedarfsberechnung praxismässig teilweise auf fixen Betragpositionen beruht, wurden doch dort, wo konkrete Beträge errechnet werden konnten, auch diese präzisen Beträge verwendet (vgl. KG act. 2 S. 17 ff.). Dies gilt umso mehr, falls es – wie vom Beschwerdeführer geltend ge-

- 9 - macht – zutrifft, dass seinem Bedarf für einen bestimmten Zeitraum Kosten angerechnet, diese aber ohne Änderung der Sachlage für die anschliessende Periode nicht berücksichtigt wurden. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass es sich vorliegend um einen Mankofall handelt, währenddem im erwähnten Entscheid des Bundesgerichts offensichtlich ein Einkommensüberschuss resultierte. Entsprechend muss für den vorliegenden Fall davon ausgegangen werden, dass grundsätzlich ein Mehr oder Weniger von Fr. 70.— als relevante Differenz zu betrachten ist. 2. a) Der Beschwerdeführer macht zunächst geltend, die Vorinstanz habe bei seinem Bedarf für die Perioden vom 1. August 2003 bis 31. Oktober 2003 sowie vom 1. November 2003 bis 30. April 2004 je insgesamt Besuchskosten von Fr. 1'339.20 pro Monat berücksichtigt. Dieser Betrag umfasse neben den Auslagen für das Mittwochsbesuchsrecht (Fr. 421.55) einen Betrag von Fr. 917.65 für Wochenendbesuche, nämlich Fr. 863.-- Fahrtkosten Mobility, Fr. 19.65 Mitgliedschaft Mobility und Fr. 35.-- Parkplatz. Bei der Bedarfsberechnung ab 1. Mai 2004 habe die Vorinstanz zwar grundsätzlich zu Recht einen tieferen Betrag angerechnet, weil der Beschwerdeführer nur noch den Rückweg nach Z. zu übernehmen gehabt habe. Hingegen habe die Vorinstanz angesichts des berücksichtigten Betrages von Fr. 781.80 offensichtlich zu Unrecht die Mitgliedschaftskosten Mobility in der Höhe von Fr. 19.65 ausser Acht gelassen. Der angerechnete Betrag setze sich nämlich nur aus den (unveränderten) Kosten für das Mittwochsbesuchsrecht (Fr. 421.55) sowie den reinen Fahrtkosten von Fr. 360.25 zusammen. Die Vorinstanz sei offenbar davon ausgegangen, der vom Beschwerdeführer erwähnte Betrag von Fr. 360.25 umfasse die gesamten Wochenendbesuchskosten, obschon sich aus den Ausführungen des Beschwerdeführers vor Vorinstanz(en) klar ergebe, dass dies nur die Fahrtkosten seien. Somit habe das

Obergericht die Akten nicht richtig wahrgenommen und damit eine aktenwidrige oder willkürliche Annahme gemäss § 281 Ziff. 2 ZPO getroffen (KG act. 1 S. 4 f.). b) Die Kritik des Beschwerdeführers ist berechtigt, wobei offen bleiben kann, ob sie von der Thematik einer Aktenwidrigkeit oder der Willkür erfasst wird. Wenn die Vorinstanz einerseits erwog, die Mietkosten für ein Mobilityfahrzeug im belegten und von der Beschwerdegegnerin in ihrer Höhe auch nicht bestrittenen

- 10 - Umfang von Fr. 360.25 seien zu berücksichtigen, aber andererseits festhielt, dem Beschwerdeführer seien bis Ende April 2004 Wochenendbesuchskosten von Fr. 917.65, danach von Fr. 360.25 anzurechnen (KG act. 2 S. 21), ist - auch ohne konkrete Aktenzitate im vorinstanzlichen Entscheid - davon auszugehen, dass die Vorinstanz damit einmal den vom Beschwerdeführer geltend gemachten Betrag für die Fahrtkosten inklusiv Mitgliedschaftskosten Mobility (Fr. 917.65) und einmal jenen ohne Mitgliedschaftskosten Mobility (Fr. 360.25) übernahm. Der Beschwerdeführer hatte hingegen bereits im erstinstanzlichen Verfahren ausführen lassen, wenn die Beschwerdegegnerin einen Besuchsweg übernehmen würde, hätte er selber nicht Fahrtkosten von monatlich Fr. 863.--, sondern nur von monatlich Fr. 360.25 (ER act. 18 S. 23). Auf diese Ausführungen verwies der Beschwerdeführer auch in der Rekurschrift (OG act. 1 S. 17). Damit macht der Beschwerdeführer zu Recht geltend, die Vorinstanz sei irrtümlich davon ausgegangen, der Betrag von Fr. 360.25 umfasse nach seiner Meinung die gesamten Wochenendbesuchskosten bzw. die Vorinstanz habe den Betrag von Fr. 19.65 anzurechnen vergessen. Es liegt ein Nichtigekeitsgrund vor. 3. a) Im Weiteren bringt der Beschwerdeführer vor, die Vorinstanz habe zu Unrecht die Kosten für ein Taxi in seinem Bedarf nicht berücksichtigt. Er habe bereits vor Erstinstanz ausgeführt, dass er, um (am Sonntagabend der Besuchswochenenden) von seinem Wohnort zum nächsten Mobility-Standplatz zu gelangen, nicht nur die drei Kinder, sondern auch die drei Kindersitze mitnehmen müsse, und er hiezu ein Taxi benötige. Demgegenüber habe die Vorinstanz lediglich ausgeführt, der Beschwerdeführer brauche aus Sicherheitsgründen kein Taxi (KG act. 1 S. 5 f.). b) Die Vorinstanz erwog, die Sicherheitsbedenken vermöchten die vom Beschwerdeführer zudem geltend gemachten Taxikosten von Fr. 50.-- (um so mit den Kindern zum Standort des Mobilityfahrzeuges zu gelangen), nicht zu rechtfertigen, denn dies würde bedeuten, dass es grundsätzlich unmöglich sei, alleine mit drei Kleinkindern unterwegs zu sein. Wie aber der Beschwerdeführer in seiner Eingabe vom 17. September 2004 selbst dargelegt habe, liege die besondere Gefährdung hinsichtlich der Zugreisen darin, dass er dort nebst den Kindern noch deren Wochenendgepäck (zwei Taschen und einen Rollkoffer) mittragen müsse

- 11 - und so in seiner Bewegungs- und Reaktionsfähigkeit eingeschränkt sei, während gemeinsame Tramfahrten kein Problem seien. Es sei deshalb nicht ersichtlich, wieso er nicht zunächst mit den Kindern das Mobility-Fahrzeug holen, damit zu seiner Wohnung fahren und anschliessend das Gepäck einladen können sollte. Die geltend gemachten Taxikosten seien demnach nicht zu berücksichtigen (KG act. 2 S. 21). c) Zum einen trifft es zu, dass der Beschwerdeführer im erstinstanzlichen Verfahren ausführen liess, falls er an den Besuchswochenenden lediglich die Rückfahrt der Kinder übernehmen müsste, kämen die Kosten für ein Taxi hinzu, das ihn mit den Kindern und Kindersitzen zum nächsten Mobility-Standplatz bringen würde (ER act. 18 S. 23). In der Rekurschrift wurde die Thematik der Kindersitze zwar angesprochen, jedoch nicht im Zusammenhang mit allfälligen Taxikosten (OG act. 1 S. 17). Zu beachten ist allerdings, dass Art. 3a Abs. 3 der Verkehrsregelverordnung (VRV) vorschreibt, dass Kinder unter sieben Jahren mit ei-

nach ECE-Reglement Nr. 44 geprüften Kinderrückhaltevorrichtung (z.B. Kindersitz) gesichert werden müssen. Die Ausmasse solcher Kindersitze für Kinder im Alter der Töchter der Parteien (A., geb. ____ 1999, und B. sowie C., beide geb. ____ 2000) dürfen als gerichtsnotorisch vorausgesetzt werden. Ebenso der Umstand, dass Mobility-Fahrzeuge nicht mit entsprechenden Vorrichtungen ausgestattet sind. Vor diesem Hintergrund erweist sich die vorinstanzliche Auffassung, der Beschwerdeführer könne das Mobility-Fahrzeug zusammen mit den drei Töchtern abholen und sei nicht auf ein Taxi angewiesen, als unhaltbar. Der Einwand des Beschwerdeführers ist ebenfalls begründet.

E. 5

Zusammenfassend ergibt sich damit, dass die Beschwerde gutzuheissen ist. Die Berechnungen des Unterhaltsbeitrages für die Zeit ab Mai 2004 werden neu durchzuführen sein, soweit der Scheidungsrichter nicht zwischenzeitlich für den fraglichen Zeitraum im Rahmen vorsorglicher Massnahmen eine neue Regelung getroffen hat. Dem angefochtenen Entscheid kann nichts darüber entnommen werden, ob die Vorinstanz die geltend gemachten Taxikosten grundsätzlich oder in ihrer Höhe als belegt betrachtet hätte. Aus den Akten geht auch nicht hervor, an welchem Standort der Beschwerdeführer das Mobility-Fahrzeug jeweils abholt. Ebenso kann bei dieser Ausgangslage nicht beurteilt werden, ob eine we-

- 12 - niger aufwändige Organisation – z.B. kurze Betreuung der Kinder durch eine Drittperson – möglich wäre. Damit erweist sich die Sache im heutigen Zeitpunkt nicht als spruchreif, weshalb sie zur Neuentscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen ist (§ 291 ZPO). Dass das Beschwerdeverfahren einerseits mit Blick auf eine allfällige dem Bundespersonal ab 1. Januar 2005 zustehende Lohnzulage (vgl. KG act. 9) als wenig lohnenswert erscheint, andererseits der grundsätzlich weiterhin notwendigen Verständigung zwischen den Parteien wohl nicht förderlich war, vermag am Resultat nichts zu ändern. Anzumerken bleibt, dass diejenigen Vorbringen der Beschwerdegegnerin in der Beschwerdeantwort, mit denen sie allenfalls (zusätzliche) Nichtigkeitsgründe vorbringen wollte, nicht zu prüfen wären, nachdem die Beschwerdegegnerin selber keine Nichtigkeitsbeschwerde erhoben hat. IV . 1. a) Beide Parteien stellen auch im Beschwerdeverfahren den Antrag, es sei ihnen die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren (KG act. 1 S. 3; KG act. 12 S. 3). b) Die erst- bzw. vorinstanzliche Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege gilt im Rechtsmittelverfahren grundsätzlich weiter, soweit die Rechtsmittelinstanz nicht einen selbstständigen Entscheid fällt (§ 90 Abs. 2 ZPO). Vorliegend sind keine Gründe ersichtlich, diesbezüglich einen solchen Entscheid zu fällen. 2. Ausgangsgemäss wird die Beschwerdegegnerin, welche mit ihrem (Haupt-)Antrag die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde verlangte, kosten- und entschädigungspflichtig (§§ 64 Abs. 2 und 68 ZPO). Zuzugleich der ihr gewährten unentgeltlichen Prozessführung sind die Kosten einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Nachzahlungspflicht gemäss § 92 ZPO bleibt vorbehalten. Da die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht von der Pflicht zur Leistung einer Prozessentschädigung an die Gegenpartei befreit (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 84 ZPO und N 1 zu § 85 ZPO), ist die Beschwerdegegnerin

- 13 - überdies zu verpflichten, dem (ebenfalls) unentgeltlich vertretenen Beschwerdeführer bzw. dessen Rechtsvertreterin (§ 89 Abs. 1 ZPO) für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung zu entrichten (§ 68 Abs. 1 ZPO), welche, sollte sie sich als uneinbringlich erweisen, aus der Gerichtskasse entrichtet würde (§ 89 Abs. 2 ZPO). Der

Anspruch auf die unerhätliche Prozessentschädigung geht in diesem Fall auf die Gerichtskasse über (§ 89 Abs. 3 ZPO). Der unentgeltlichen Rechtsvertreterin der Beschwerdegegnerin, Rechtsanwältin _____, ist für ihre Bemühungen und Auslagen im vorliegenden Kassationsverfahren eine nach den Vorschriften der Anwaltsgebührenverordnung (AnwGebV) zu bemessende Entschädigung aus der Gerichtskasse auszurichten (§ 89 Abs. 2 ZPO). Auch diesbezüglich bleibt die Nachzahlungspflicht der Beschwerdegegnerin gemäss § 92 ZPO vorbehalten. Das Gericht beschliesst:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.