

# ZH\_OBERGERICHT LE120032 vom 3. Dezember 2012

ZH Obergericht, 2012-12-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LE120032](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE120032)

FR: ZH\_OBERGERICHT LE120032 du 3 décembre 2012

IT: ZH\_OBERGERICHT LE120032 del 3 dicembre 2012

## Erwägungen

### E. 1

Die Parteien sind verheiratet und haben zwei Kinder: C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.1997, und D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.1999. Mit Eingabe vom 1. April 2011 gelangte die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan: Gesuchstellerin) an das Bezirksgericht Zürich und ersuchte um Anordnung von Eheschutzmassnahmen (Urk. 1). Betreffend den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 54 S. 5 bis 9). Die Vorinstanz fällte am 4. April 2012 das eingangs wiedergegebene Urteil (Urk. 54).

### E. 2

Was die allgemeinen Erwägungen der Vorinstanz zur Natur des summarischen Verfahrens anbelangt, so sind diese zutreffend, und es kann darauf verwiesen werden (Urk. 54 S. 9 f.).

### E. 3

Mai 2011 mit einer Verrechnung einverstanden (Prot. I S. 9). Am 10. Mai 2011 bestätigte sie bzw. ihre damalige Rechtsbeiständin ihr Einverständnis (Urk. 35/19). Am 17. Januar 2012 äusserte sie sich mit einer neuen Rechtsbeiständin gegenüber der Vorinstanz leicht anders: "Es muss verhindert werden, dass der Gesuchsteller über den Unterhalt für sie persönlich und jenen der Kinder hinausgehende Kosten mit der abgehobenen Geldsumme verrechnet werden können. Eine Verrechnung kann nur mit den gesprochenen Unterhaltsbeiträgen zugelassen werden" (Urk. 39 S. 5). Wie dieser Satz zu verstehen ist, erschliesst sich nicht leicht. Allerdings braucht es gemäss Art. 125 Ziff. 2 OR für Forderungen, die keine Unterhaltsbeiträge darstellen bzw. den Notbedarf im Sinne von Art. 93 SchKG übersteigen, sowieso keine Zustimmung zur Verrechnung. Zudem erteilte die Gesuchstellerin verschiedentlich, zuletzt vor Berufungsinstanz, ihre Zustimmung zur Verrechnung der Unterhaltsbeiträge. Damit scheidet eine Verrechnung nicht an der Bestimmung von Art. 125 Ziff. 2 OR.

#### E. 3.1

Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung der § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit §§ 2, 5, 6 Abs. 1 und 2 lit. b und 8 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 zu berechnen. Ausgehend von den vorliegend zu beurteilenden strittigen Punkten und den damit verbundenen tatsächlichen und rechtlichen Fragestellungen ist von einem eher einfachen Fall auszugehen und die Gebühr auf Fr. 3'000.– festzusetzen.

#### E. 3.2

Die Parteientschädigung ist gestützt auf § 13 Abs. 1 in Verbindung mit §§ 2, 5, 6 Abs. 1 und Abs. 3 und 9 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 zu

berechnen. Gemäss dieser Verordnung setzt sich die Entschädigung aus einer Grundgebühr und allfälligen Zuschlägen zusammen (§ 11 AnwGebVO). In Anwendung eben genannter Bestimmungen ist die volle Prozessentschädigung für das Berufungsverfahren im vorliegenden – wie dargelegt eher einfachen – Fall auf Fr. 3'240.– (Fr. 3'000.– zuzüglich 8 % MwSt.) festzulegen.

### **E. 3.3**

Die Gesuchstellerin erklärt, richtig sei lediglich, dass sie sich grundsätzlich mit der Verrechenbarkeit vorbezogener Gelder mit geschuldetem Unterhalt einverstanden erklärt habe. Hingegen habe sie sich nicht dazu geäußert, in welchem ziffernmässigen Umfang sie einer Verrechnung zustimme. Sie verwehre sich dagegen, dass der gesamte vom Gesuchsgegner geltend gemachte Betrag von Fr. 49'092.75 verrechnet werden könne (Urk. 60 S. 6). Unschwer lasse sich aus der Eingabe der Gesuchstellerin an die Vorinstanz vom 17. Januar 2012 (Urk. 39) entnehmen, dass sie sich vorbehalten habe, noch jene Kosten auflisten zu können, für welche sie zusätzlich zum gewöhnlichen Lebensunterhalt mit dem abgehobenen Geld aufgekommen sei (Arztkosten, welche die Gesuchstellerin bezahlt habe, von der Krankenkasse jedoch auf ein Konto des Gesuchsgegners ausbezahlt worden seien sowie Anwaltskosten, welche zusätzlich zu den gesprochenen Parteientschädigungen zu bezahlen gewesen seien). Mit Eingabe vom 19. Januar 2012 (Urk. 41) habe die Gesuchstellerin bei der Vorinstanz zudem eine Auflistung jener Beträge ins Recht gereicht, welche sie bis zum Zeitpunkt, als sie Unterstützung durch das Sozialamt erhalten habe, bezahlt habe (Urk. 42/2). Dabei sei in aller Deutlichkeit darauf hingewiesen worden, dass ihr Gelegenheit zu geben sei, über den Unterhalt hinausgehende Kosten auflisten zu können, und zwar gerade deshalb, um zu verhindern, dass der Gesuchsgegner über den Unterhalt der Gesuchstellerin und der Kinder hinausgehende Beträge verrechnen könne (Urk. 60 S. 6 f.). Es fehle daher nachweislich eine Zustimmung der Gesuchstellerin, wonach der gesamte von ihr bezogene Betrag zur Verrechnung gebracht werden könne. Angesichts der Tatsache, dass die fraglichen Bezüge mehrheitlich noch vor der Trennung (und somit vor Beginn der Zahlungspflicht des Gesuchsgegners ab 1. April 2011) erfolgt seien, habe die Gesuchstellerin – wie während des Zusammenlebens – Aufwendungen für den Familienbedarf über die fraglichen Konten bezahlen können (Urk. 60 S. 7). Ausserdem könnten nur Forderungen gegeneinander verrechnet werden, welche identischen Personen zustünden, vorliegend somit nur Forderungen der Parteien selbst, nicht jedoch jene ihrer Kinder. Einer Verrechnung werde ferner nur mit reinem Unterhalt, nicht

- 13 - aber mit anderen Kosten, für welche die Berufungsbeklagte zusätzlich zum Familienunterhalt aufzukommen gehabt habe, zugestimmt (Urk. 60 S. 7 f.).

### **E. 3.4**

Voraussetzungen der Verrechnung

#### **E. 3.4.1**

Vorab gilt es festzuhalten, dass dem Standpunkt des Gesuchsgegners, wonach die Gesuchstellerin am 13. September 2011 anlässlich ihrer staatsanwaltschaftlichen Einvernahme den Betrag von Fr. 46'992.75 selbst zur Verrechnung gebracht habe, nicht beigepflichtet werden kann. Im Protokoll der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme heisst es, es werde Verrechnung mit den geschuldeten Unterhaltsbeiträgen, wie dies schon Rechtsanwältin Z.\_\_\_\_\_ anlässlich der Verhandlung vom 3. Mai 2011 erklärt habe, geltend gemacht (Urk. 56/4 S. 9). Der Erklärungsgehalt dieser Aussage erschliesst sich nur

mit einem Blick in das Protokoll der Eheschutzverhandlung vom 3. Mai 2011. Rechtsanwältin Z.\_\_\_\_\_ erklärte anlässlich dieser Verhandlung: "Es ist klar, dass das Geld später mit den vom Gesuchgegner zu leistenden Unterhaltsbeiträgen verrechnet werden kann." (Prot. I S. 9). Damit wurde am 3. Mai 2011 lediglich das Einverständnis zur Verrechnung erklärt. Indem die Gesuchstellerin am 13. September 2011 auf diese Aussage vor dem Eheschutzrichter verwies, wiederholte sie ihr Einverständnis. Die Aussage der Gesuchstellerin bei der Staatsanwaltschaft kann jedoch vor dem Hintergrund ihrer Aussage anlässlich der Eheschutzverhandlung nicht als Verrechnungserklärung verstanden werden. Damit sind die Unterhaltsforderungen nicht durch Verrechnungserklärung der Gesuchstellerin untergegangen.

#### **E. 3.4.2**

Eine Verrechnung setzt die Wechselseitigkeit der Forderungen voraus (Art. 120 Abs. 1 OR; BSK OR I-Peter, Art. 120 N 5). Beim Erfordernis der Gegenseitigkeit ist für jede Obligation gesondert zu prüfen, wer ihr Gläubiger und wer ihr Schuldner ist. Gläubiger ist, wer die einer Obligation zugrunde liegende Leistung fordern kann. Nicht Gläubiger ist, wer an einer Obligation eine anderweitige Berechtigung hat, z.B. wer bloss zur Geltendmachung einer fremden Forderung in eigenem Namen befugt ist (ZK-Aepli, Art. 120 OR N 24). Haben die Ehegatten unmündige Kinder, so trifft das Eheschutzgericht nach den Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhältnisses die nötigen Massnahmen (Art. 176

- 14 - Abs. 3 ZGB). Die Eltern haben, solange ihnen die elterliche Sorge zusteht, das Recht und die Pflicht, das Kindesvermögen zu verwalten (Art. 318 Abs. 1 ZGB). Aus diesem Pflichtrecht hat die Praxis abgeleitet, dass der Inhaber der elterlichen Sorge die (Vermögens-)Rechte des Kindes vor Gericht in eigenem Namen als Partei wahrnimmt (BGE 84 II 241 S. 245; BGer 5C.314/2001 vom 20. Juni 2002, E. 7.d). Die Gesuchstellerin nimmt zwar – auch hinsichtlich der Kinderunterhaltsbeiträge – in eigenem Namen und als Partei am Prozess teil, der Anspruch auf Unterhaltsbeiträge gemäss Art. 289 Abs. 1 ZGB steht aber dem Kind zu, sodass dieses Gläubiger ist (BSK ZGB I-Breitschmid, Art. 289 N 4). Der Vater, der seinem Kind Unterhaltsbeiträge schuldet, kann diese Schuld deshalb nicht mit seiner Forderung gegen die Kindsmutter verrechnen (ZK-Aepli, Art. 120 OR N 39; BGer 5C.314/2001 vom 20. Juni 2002, E. 9). Damit kann der Gesuchgegner mangels Wechselseitigkeit seine Unterhaltsschulden gegenüber seinen Kindern nicht mit seiner anerkannten Forderung von Fr. 49'092.75 (Prot. I S. 9) gegenüber der Gesuchstellerin verrechnen (dass diese geltend macht, einen Teil für die Kinder gebraucht zu haben, spielt dabei keine Rolle).

#### **E. 3.4.3**

Wider den Willen des Gläubigers können durch Verrechnung Verpflichtungen nicht getilgt werden, deren besondere Natur die tatsächliche Erfüllung an den Gläubiger verlangt, wie Unterhaltsansprüche und Lohn Guthaben, die zum Unterhalt des Gläubigers und seiner Familien unbedingt erforderlich sind (Art. 125 Ziff. 2 OR). Art. 125 Ziff. 2 OR findet auch auf familienrechtliche Unterhaltsbeiträge Anwendung (BSK OR I-Peter, Art. 125 N 7; ZK-Aepli, Art. 125 OR N 69). Allerdings schützt Art. 125 Ziff. 2 OR den Gläubiger nur insoweit vor der Verrechnung, als die diversen Ansprüche zu seinem Unterhalt und zum Unterhalt seiner Familie unbedingt notwendig sind. Letzteres ist vom Gläubiger zu beweisen, wobei inhaltlich die zu Art. 93 SchKG entwickelten Richtlinien für den sog. Notbedarf

massgebend sein dürften (BSK OR I-Peter, Art. 125 N 9; ZK-Aepli, Art. 125 OR N 73 f.). Der Schuldner hat, wenn er eine gültige Verrechnung seinerseits behauptet, die Einwilligung des Gläubigers nachzuweisen, und es hat nicht der Gläubiger seinen "widersprechenden Willen" zu beweisen, um die Behauptung des Schuldners zu entkräften (ZK-Aepli, Art. 125 OR N 21). Die Einwilligung des Gläubigers gemäss Art. 125 OR kommt durch den Abschluss eines ent-

- 15 - sprechenden Verrechnungsvertrags zustande. Dieser bedarf keiner besonderen Form (Art. 11 OR). Je nach Vertragsinhalt bewirkt der Abschluss den sofortigen Untergang der beiden Forderungen oder dann die Befugnis des Schuldners, unabhängig vom Verrechnungsausschluss gemäss Ziff. 2 verrechnen zu können. (ZK-Aepli, Art. 125 OR N 22). Die Gesuchstellerin anerkennt, (mindestens, vgl. Urk. 35/19) Fr. 49'092.- von den Konten des Gesuchsgegners bezogen zu haben, und sie erklärte sich am

#### **E. 3.4.4**

Eine weitere Voraussetzung der Verrechnung, die Gleichartigkeit der Forderungen, erweist sich vorliegend als unproblematisch, da es sich bei den Forderungen um Geldforderungen in Schweizerfranken handelt. Weiter ist die (Unterhalts-)Schuld des Gesuchsgegners erfüllbar und die Schuld in der Höhe von Fr. 49'092.- der Gesuchstellerin fällig (Unterhaltsbeiträge von Fr. 3'496.- ab April 2011, womit bei einer Gegenforderung von Fr. 49'092.- gut 14 Monate Unterhalt der Gesuchstellerin abgedeckt sind). Der Gesuchsgegner ist damit für berechtigt zu erklären, die Unterhaltspflichten gemäss Ziff. 7 Abs. 1 des Urteils der Vorinstanz vom 4. April 2012 mit dem von der Gesuchstellerin ab den Konten des

- 16 - Gesuchsgegners bezogenen Betrag von Fr. 49'092.- (Betrag gemäss Rechtsbehörden) zu verrechnen.

#### **E. 4**

Erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfolgen

##### **E. 4.1**

Für die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Berufungsverfahren kann grundsätzlich auf die entsprechenden Erwägungen zu den Kosten- und Entschädigungsfolgen vor Vorinstanz verwiesen werden (Ziff. II./4.4.1). Zwar unterliegt die Gesuchstellerin im Berufungsverfahren mehrheitlich, allerdings wurde auch bei der vorinstanzlichen Kostenauflegung schliesslich nicht auf das Obsiegen bzw. Unterliegen der Parteien abgestellt, sondern in Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO auf das grosse finanzielle Ungleichgewicht zwischen den Partei-

- 25 - en. Die direkte Kostenauflegung an den Gesuchsgegner rechtfertigt sich vorliegend auch deshalb, weil eine Prozessentschädigung aufgrund der Gütertrennung der Parteien nicht auf Anrechnung an die güterrechtliche Auseinandersetzung zugesprochen werden kann (vgl. zum Ganzen: ZR 85 Nr. 32 und BK-Spühler/Bühler, 1980, aArt. 145 ZGB N 303). Die Kosten des Berufungsverfahrens sind somit dem Gesuchsgegner aufzuerlegen.

##### **E. 4.2**

Ausgehend von der Auflegung der Gerichtskosten in vollem Umfang an den Gesuchsgegner ist der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin eine volle

Prozessentschädigung von Fr. 3'240.– (inkl. 8 % MwSt.) zu bezahlen. Der Antrag der Gesuchstellerin auf Verpflichtung des Gesuchsgegners zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 5'400.– für das Berufungsverfahren ist abzuweisen. Die Zusprechung eines eigentlichen Prozesskostenvorschusses kommt im eheschutzrichterlichen Endentscheid sowieso nicht in Frage (ZR 85 Nr. 32). Ein Prozesskostenbeitrag, welcher über die zuzusprechende Prozessentschädigung von Fr. 3'240.– hinausgeht, rechtfertigt sich schon aufgrund der vor der hiesigen Instanz noch im Streit liegenden Rechtsbegehren nicht. Es wird erkannt:

#### **E. 4.3**

Dem entgegnet die Gesuchstellerin, zwischen dem Gesuchsgegner und der Gesuchstellerin bestehe ein grosses wirtschaftliches Gefälle. Während der Gesuchsgegner eine stattliche Anzahl von Liegenschaften besitze (Urk. 31/2 und 31/3), habe die Gesuchstellerin kein Vermögen. Ein solches könne einen besonderen Umstand im Sinne von Art. 107 lit. f ZPO darstellen. Dies insbesondere dann, wenn sich die wirtschaftlich schwächere Partei auch für die Belange anderer, vorliegend der Kinder, einzusetzen habe. Die in Fällen betreffend Kinder übliche hälftige Kostenteilung sei vorliegend zudem nicht zu beachten, da die Anträge des Gesuchsgegners bezüglich Kinderzuteilung von vornherein unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses schlicht unhaltbar gewesen seien. Die Vorinstanz habe selber festgehalten, das Verhalten des Gesuchsgegners, seine Äusserungen und Ansichten lägen augenscheinlich weit ausserhalb der Norm

- 18 - (Urk. 60 S. 9 f. unter Hinweis auf Urk. 54 S. 19). Zudem seien zu den Kinderunterhaltsbeiträgen je Fr. 250.– Kinderzulagen hinzuzurechnen, sodass die Differenz zwischen den von den Parteien beantragten Beträgen um je Fr. 500.– kleiner sei, als vom Gesuchsgegner geltend gemacht. Von Belang seien ausserdem lediglich die für den Fall der Rückkehr der Gesuchstellerin und der Kinder in die Familienwohnung beantragten Unterhaltsbeiträge, denn die teurere Variante sei aufgrund eines Umzugs im Mai 2011 in eine Notwohnung der Stadt E. \_\_\_\_\_ ausser Betracht gefallen. Die Differenz zu den vom Gesuchsgegner beantragten Unterhaltsbeiträgen belaufe sich somit auf Fr. 1'597.–, die Differenz zu den von der Gesuchstellerin beantragten Unterhaltsbeiträgen auf Fr. 1'284.– (Urk. 60 S. 10). Nicht nur das mehrheitliche Obsiegen der Gesuchstellerin, sondern auch die Anwendung von Art. 107 lit. c und f ZPO rechtfertige die Kostenaufgabe an den Gesuchsgegner (Urk. 60 S. 10). Hinzu komme, dass der Gesuchsgegner bezüglich seiner in der Verhandlung vom 3. Mai 2011 gestellten Anträge (Urk. 11) vollumfänglich unterlegen sei; teilweise obsiegt habe er lediglich betreffend einigen nachträglich durch seinen Rechtsvertreter eingebrachten Eventualanträgen (Urk. 34, Urk. 60 S. 11). Weiter fordert die Gesuchstellerin, sollte der vorinstanzliche Kostenentscheid nicht geschützt werden, sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 7'000.– zu leisten. Der Gesuchsgegner bestreite die Mittellosigkeit der Gesuchstellerin nicht. Es sei jedoch darauf zu verzichten, die Rückforderbarkeit des Prozesskostenvorschusses im Scheidungsverfahren vorzubehalten (Urk. 34 S. 11 f. und 14). Zu ihrem Eventualbegehren um unentgeltliche Rechtspflege führt die Gesuchstellerin aus, ihr stehe seit Juli 2012 mit ihren Kindern zusammen durch die Unterhaltsbeiträge des Gesuchsgegners einen ihr Existenzminimum übersteigenden Betrag von Fr. 683.30 zur Verfügung, davon würden mindestens zwei Drittel, d.h. Fr. 455.50, den beiden Kindern zu Verfügung stehen und damit nicht für die Begleichung von Prozesskosten herbeigezogen werden können (Urk. 60 S. 12 f.). Die Gesuchstellerin habe für Aufwendungen bis zur

Zustellung des unbegründeten Urteils der Vorinstanz ausstehende Anwaltsschulden von Fr. 12'673.–. Danach seien weitere ca. 20 Stunden à Fr. 250.– zuzüglich Mehrwertsteuer und Spesen angefallen. Sie

- 19 - sei deshalb ausser Stande, mit dem für sie vorgesehenen Überschuss von Fr. 227.70 für die hohen Prozesskosten aufzukommen (Urk. 60 S. 13, Urk. 62/3). 4.4.1. Die Prozesskosten (Gerichtskosten und Parteientschädigung, Art. 95 Abs. 1 ZPO) werden der unterliegenden Partei auferlegt. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 ZPO). Das Gericht kann in familienrechtlichen Verfahren von den Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO). Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO kommt nur zur Anwendung, falls keine Umstände vorliegen, die nicht ausdrücklich in den Bestimmungen nach Art. 107 Abs. 1 lit. a bis e ZPO geregelt sind (Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 107 N 17). Mit Bezug auf die Kinderbelange sind die Kosten des Verfahrens gemäss obergerichtlicher Praxis – unabhängig vom Ausgang – den Parteien grundsätzlich je zur Hälfte aufzuerlegen und die Prozessentschädigungen wettzuschlagen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt der Interessen des Kindes gute Gründe zur Antragstellung hatten. Diese Rechtsprechung beschlägt allerdings nur die Elternrechte sowie allfällige Kindesschutzmassnahmen, nicht jedoch die Kinderunterhaltsbeiträge (ZR 84 Nr. 41). Dem Gericht steht bei der Anwendung der als Kann-Vorschrift ausgestalteten Bestimmung von Art. 107 ZPO ein grosses Ermessen zu (BSK ZPO-Rüegg, Art. 107 N 2). Bei der Verteilung der Kosten der familienrechtlichen Verfahren kann das Gericht, das von seiner Billigkeitskompetenz Gebrauch macht, u.a. auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit abstellen (Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 107 N 12; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, Zürich 2008, § 16 N 36; vgl. KUKO ZPO-Schmid, Art. 107 N 4; vgl. Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, N 03.80). Es ist aber hervorzuheben, dass auch bei familienrechtlichen Verfahren die Grundnorm Art. 106 ZPO ist: Soweit das Verursacherprinzip sachgerecht ist und keine besonderen Gründe vorliegen, die einen Billigkeitsentscheid nahelegen, ist nach Art. 106 ZPO zu entscheiden (Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 107 N 12).

- 20 - 4.4.2. Die Kinderbelange haben rund die Hälfte des vorinstanzlichen Aufwands ausgemacht (vgl. Urk. 54). Die Vorinstanz konstatierte zwar, das Verhalten des Gesuchsgegners, seine Äusserungen und Ansichten lägen augenscheinlich weit ausserhalb der Norm. Trotzdem kann dem Gesuchsgegner nicht abgesprochen werden, dass er unter dem Gesichtspunkt der Kindesinteressen – subjektiv – gute Gründe (Wissensvermittlung an die Kinder, Sorge um ihr berufliches Fortkommen) zur Antragsstellung hatte. Die Kosten für das erstinstanzliche Verfahren wären deshalb bezüglich der Kinderbelange den Parteien in Anwendung der erwähnten obergerichtlichen Rechtsprechung (ZR 84 Nr. 41) grundsätzlich je hälftig aufzuerlegen gewesen. Bei den übrigen Punkten obsiegte die Gesuchstellerin bei der Wohnungszuteilung (Urk. 54 Dispositiv-Ziffer 5). Der Gesuchsgegner unterlag auch im diesbezüglichen Massnahmeverfahren vollumfänglich (Urk. 46). Betreffend Auskunftspflicht im Sinne von Art. 170 ZGB obsiegte der Gesuchsgegner grösstenteils (dieser Punkt war jedoch weit weniger aufwändig als die Frage der Wohnungszuteilung; Urk. 54 Dispositiv-Ziffer 8). Bei den Unterhaltsbeiträgen (Gesuchstellerin persönlich und Kinder) präsentiert sich die Lage wie folgt: von der

Gesuchstellerin vom Gesuchsgegner zu- Vorinstanz geforderte Unterhaltsbei- gestandene Unterhalts- träge beiträge April 2011 7'774.– 5'201.– 5'990.– (zuzügl. Kinderzulagen) Mai 2011 bis Rückkehr in 10'174.– 5'201.– 5'990.– die eheliche Whg am (bzw. ab 1.1.2012 (zuzügl. Kinderzulagen) 29.02.2012 (Urk. 53 S. 15 Fr. 4'839.–) und 46 Dispo-Ziff. 2 ) März 2012 bis und mit Juli 7'774.– 4'839.– 5'990.– 2012 (zuzügl. Kinderzulagen) ab August 2012 9'174.– 4'839.– 5'990.– (zuzügl. Kinderzulagen) Der Gesuchsgegner bezieht als Rentner anerkanntermassen keine Kinderzulagen (Urk. 13/4, 13/5, Urk. 60 S. 13). Damit zeigt die Aufstellung, dass die Gesuchstel- lerin bezüglich der Unterhaltbeiträge für alle Perioden deutlich unterlag. Was die Gesuchstellerin hinsichtlich höherer Eventualanträge ausführt (Urk. 60 S. 10), ist nicht zu hören; sie selbst forderte entsprechende Unterhaltbeiträge bis zur Rück- kehr in die eheliche Wohnung – unabhängig vom Zeitpunkt des Bezugs einer Notwohnung. Das Gleiche gilt für die vom Gesuchsgegner am 3. Mai 2011 ge-

- 21 - stellten Anträge (Urk. 11), da er zu jener Zeit ungenügend vertreten war (Urk. 14 S. 2 f., Dispositiv-Ziffer 2). Schliesslich forderte die Gesuchstellerin einen Pro- zesskostenvorschuss von Fr. 20'000.–. Die Vorinstanz sprach ihr als Prozessent- schädigung mit Fr. 7'000.– einen bedeutend kleineren Betrag zu. Wie unter Ziff. 4.4.3 zu zeigen sein wird, ist dieser Entscheid zu schützen. Betrachtet man somit das Obsiegen bzw. Unterliegen und die obergerichtliche Rechtsprechung zu den Kinderbelangen, so wären die Kosten je hälftig aufzuerlegen gewesen. 4.4.3. Die Vorinstanz führte jedoch als Eventualbegründung für ihren Kostenentscheid eine Kostenverteilung nach Ermessen gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO an. Es bleibt deshalb zu prüfen, ob die Kostenauflegung an den Ge- suchsgegner aus Billigkeitsgründen gerechtfertigt ist. Handelt es sich wie vorlie- gend um einen Ermessensentscheid, legt sich die Rechtsmittelinstanz bei der Überprüfung eine gewisse Zurückhaltung auf (BGer 5A\_265/2012 vom 30. Mai 2012, E. 4.3.2 mit weiteren Hinweisen). Die Vorinstanz übte ihr Ermessen pflicht- gemäss aus, denn sie führte mit dem Vermögensgefälle zwischen den Parteien ein sachliches Argument für ihren Entscheid an. Der Gesuchsgegner ist Eigentü- mer mehrerer Liegenschaften. Diese sind zwar hoch belastet (Urk. 3/9, 31/2, 31/3 und 35/12), der Marktwert von Liegenschaften liegt üblicherweise aber deutlich über dem Steuerwert. Zuletzt versteuerte er jedenfalls ein Vermögen von Fr. 640'000.– (Urk. 45/20). Die Gesuchstellerin dagegen hat keinerlei Barmittel (vgl. Urk. 3/8) und musste zeitweise von den Sozialbehörden unterstützt werden (Urk. 42/1). Indem der Gesuchsgegner selbst geltend macht, es seien die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens den Parteien je hälftig aufzuerlegen und er zu ei- nem Prozesskostenvorschuss (mit Rückforderungsvorbehalt) an die Gesuchstel- lerin zu verpflichten (Urk. 53 S. 17), anerkennt er implizit, dass die Gesuchstellerin bedürftig und er leistungsfähig ist (beides sind Voraussetzungen eines Prozess- kostenvorschusses). Da die Parteien dem Güterstand der Gütertrennung unter- stehen (Urk. 13/1), wird eine eigentliche güterrechtliche Auseinandersetzung der Parteien im Scheidungszeitpunkt zudem nicht stattfinden (was es rechtfertigen könnte, den Parteien die Prozesskosten je hälftig aufzuerlegen und der Gesuch- stellerin einen Prozesskostenbeitrag auf Anrechnung an die güterrechtliche Aus- einandersetzung zuzusprechen). Somit übte die Vorinstanz ihr Ermessen für das

- 22 - vorliegende Eheschutzverfahren in angemessener Weise aus, indem sie die Ge- richtskosten in der Höhe von Fr. 4'500.– zuzüglich Fr. 262.50 Dolmetscherkosten dem Gesuchsgegner auferlegte. Die Berufung ist in diesem Punkt abzuweisen. 4.4.4. Was die vom Gesuchsgegner geltend gemachte Verletzung sei- nes rechtlichen Gehörs durch

ungenügende Begründung der Festsetzung der Parteientschädigung anbelangt, ist Folgendes festzuhalten: Die Höhe der Kosten musste unter altem Prozessrecht nicht begründet werden, wenn die kantonale Prozessordnung keine Begründungspflicht vorsah und kantonale Tarife bestanden, welche die Kostenfestsetzung nachvollziehbar machten (BGE 111 Ia 1 E. 2). Unter eidgenössischem Prozessrecht hat eine Partei Anspruch auf Entscheidungsgründung, wenn sie dies verlangt (Art. 238 lit. g ZPO und Art. 239 Abs. 2 ZPO). Die Parteien haben Anspruch darauf, dass die Entscheidungsbegründung so abgefasst ist, dass sie sich über die Tragweite des Entscheids und über allfällige Anfechtungsmöglichkeiten ein Bild machen können und die Möglichkeit haben, die Sache in voller Kenntnis um die Entscheidungsgründe an die obere Instanz weiterzuziehen (Sutter-Somm/Chevalier, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 53 N 14). Vorliegend ist es dem Gesuchsgegner allein gestützt auf die vorinstanzlichen Erwägungen zwar nicht möglich, die Festsetzung der Entscheidunggebühre nachzuvollziehen. Im Kanton Zürich richtet sich die Festlegung der Prozessentschädigung jedoch nach der Anwaltsgebührenverordnung vom

## **E. 8**

September 2010 (AnwGebV; Art. 96 ZPO). Damit existiert ein Tarif, der eine Überprüfung der vorinstanzlichen Kostenfestsetzung ermöglicht. Gemäss § 1 Abs. 2 AnwGebV i.V.m. 11 AnwGebV setzt sich die Entschädigung aus einer Grundgebühre und allfälligen Zuschlägen sowie den nötigen Auslagen zusammen. Im Eheschutzprozess beträgt die Grundgebühre gemäss § 6 Abs. 3 i.V.m. § 5 Abs. 1 AnwGebV rund Fr. 470.– bis Fr. 16'000.–. Da vorliegend die gesamte Lebensgestaltung der Parteien zu beurteilen war und insbesondere das Wohl der gemeinsamen Kinder, trugen die Anwälte eine grosse Verantwortung, was sich erhöhend auf die Grundgebühre auswirkt. Die rechtlichen und tatsächlichen Schwierigkeiten sind als mittelschwerig zu beurteilen. Dies zeigt, dass sich die Vorinstanz bei der Festsetzung der Parteientschädigung an die Vorgaben der Anwaltsgebührenverordnung hielt. Damit kann offen bleiben, ob die Nichtbegründung der Kostenhöhe unter neuem Zivilprozessrecht und in der vorliegenden Konstellation eine Verletzung des rechtlichen Gehörs darstellt (verneinend: Staehelin, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 239 N 16). Denn nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör im kantonalen Rechtsmittelverfahren geheilt, wenn der Anspruchsberechtigte die Möglichkeit hatte, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die zu freier Prüfung aller Fragen befugt war, die der Erstinstanz hätten unterbreitet werden können (BGer 5P.472/2006 vom 15. Januar 2007, E. 2.1). Dies ist bei der Berufung der Fall (Art. 310 ZPO). Im Übrigen musste die Vorinstanz den Gesuchsgegner betreffend Prozesskostenvorschuss nicht anhören, da kein solcher festgesetzt wurde. Damit ist auch die von der Vorinstanz festgesetzte Parteientschädigung von Fr. 7'000.– nicht zu beanstanden. Den Parteien wird im gleichen Verhältnis wie ihnen die Kosten auferlegt werden, eine Parteientschädigung zugesprochen (Art. 106 Abs. 2 i.V.m. Art. 95 Abs. 1 lit. b ZPO). Dies ist auch bei der ausnahmsweisen Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO konsequent. Damit ist die Verpflichtung des Gesuchsgegners, der Gesuchstellerin für das erstinstanzliche Verfahren eine volle Parteientschädigung im Betrag von Fr. 7'000.– (zuzüglich 8 % MwSt.) zu bezahlen, nicht zu bemängeln und die Berufung in diesem Punkt abzuweisen. III. 1. Was den Prozesskostenvorschuss für das Berufungsverfahren anbelangt, macht die Gesuchstellerin geltend, der Gesuchsgegner sei darauf zu behaupten, dass der Gesuchstellerin ein Prozesskostenvorschuss zustehe (Urk. 60 S. 14 mit Hinweis auf

Urk. 53 Ziff. 4.2). Er sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin in Anbetracht ihres anwaltlichen Aufwands von ca. 20 Stunden à Fr. 250.– seit Eingang des begründeten Urteils der Vorinstanz einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 5'400.– (inkl. 8 % MwSt.) zu leisten, wobei auch diesbezüglich die Rückforderbarkeit auszuschliessen sei (Urk. 60 S. 15). Zudem seien dem Gesuchsgegner gestützt auf Art. 107 lit. c und lit. f ZPO aber auch wegen seines Unterliegens die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen, und es sei der Gesuchs-

- 24 - gegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin eine Parteienschädigung von Fr. 5'400.– zu bezahlen. Eventualiter beantragt die Gesuchstellerin auch für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 60 S. 15). 2. Der Gesuchsgegner erklärt, es sei nicht bewiesen, dass die Gesuchstellerin mittellos sei (Urk. 64 S. 4 f. und 9). Die von der Gesuchstellerin ins Recht gelegte Honorarnote betreffe zudem auch das Strafverfahren und das erste Berufungsverfahren vor Obergericht des Kantons Zürich (Urk. 64 S. 8). Weiterweise die Gesuchstellerin einen Überschuss von Fr. 227.– auf, der zur Bezahlung ihrer Rechtsvertreterin herangezogen werden könne.

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