

ZH_OBERGERICHT LE170002 vom 23. Mai 2017

ZH Obergericht, 2017-05-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE170002

FR: ZH_OBERGERICHT LE170002 du 23 mai 2017

IT: ZH_OBERGERICHT LE170002 del 23 maggio 2017

Erwägungen

E. 1

Die Parteien sind seit November 2004 verheiratet. Sie haben zwei Kinder: C._____, geboren am tt.mm.2005, und D._____, geboren am tt.mm.2007 (Urk. 6/3/1). Am 7. Dezember 2016 reichte der Kläger und Berufungskläger (fort- an Kläger) bei der Vorinstanz ein Begehren um Anordnung von Eheschutzmass- nahmen ein. Zugleich beantragte er die sofortige Zuteilung der Obhut über die beiden Kinder an sich (Urk. 6/1). Mit Verfügung vom 8. Dezember 2016 wies die Vorinstanz den Antrag auf sofortige Obhutzuteilung ab und wies die Beklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend Beklagte) an, den Kindern unverzüglich wieder den Schulbesuch an ihren bisherigen Schulorten zu ermöglichen (Urk. 6/5 S. 4). Mit Verfügung vom 12. Dezember 2016 wurden die Parteien auf den 21. Dezember 2016 zur Verhandlung vorgeladen (Urk. 6/10). Am 13. Dezember 2016 stellte der Kläger erneut einen Antrag auf sofortige Obhutzuteilung über die beiden Kinder an sich, eventualiter um Anordnung eines Besuchsrechts (Urk. 6/12 S. 2). In der Folge wurde die Beklagte mit Verfügung vom 13. Dezember 2016 mit sofortiger Wirkung verpflichtet, C._____ in die Heilpädagogische Schule ... und D._____ in die Primarschule F'._____ zum Schulbesuch zu bringen und dabei die geltenden Schulstundenpläne zu beachten. Zudem wurde die Beklagte verpflich- tet, dem Kläger bis spätestens am 17. Dezember 2016 einen mindestens zwei- stündigen Kontakt mit den beiden Kindern zu ermöglichen. Schliesslich wurde der Beklagten Frist zur Stellungnahme angesetzt (Urk. 6/14 S. 3), welche rechtzeitig mit Eingabe vom 19. Dezember 2016 erfolgte (Urk. 6/17). Am 21. Dezember 2016 fand die mündliche Verhandlung statt (Prot. I S. 5 ff.) und am Folgetag wurden die Kinder angehört (Urk. 6/28). Am 4. Januar 2017 erliess die Vorinstanz den ein- gangs wiedergegebenen Entscheid (Urk. 2).

E. 2

Die Berufung hemmt den Eintritt der Rechtskraft nur im Umfang der Anträ- ge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Im Streit liegen vorliegend die Kinderunterhaltsbeiträge sowie die Obhutzuteilung. Nicht angefochten wurden die Dispositiv-Ziff. 1 und 7 der vorinstanzlichen Verfügung. In diesem Umfang ist der vorinstanzliche Ent- scheid in Rechtskraft erwachsen, was vorzumerken ist.

E. 2.1

Die Beklagte beantragt, der Kläger sei für das Berufungsverfahren zur Leis- tung eines Prozesskostenvorschusses zu verpflichten. Zur Begründung bringt sie vor, wie sie bereits im vorinstanzlichen Verfahren dargelegt habe, sei sie finanziell nicht in der Lage, für die Gerichts- und Anwaltskosten aufzukommen. Aus der Steuererklärung 2015 sei ersichtlich, dass der Kläger über genügend Vermögen verfüge, um einen Prozesskostenvorschuss leisten zu können (Urk. 19 S. 17 f.).

E. 2.2

Der Kläger beantragt, das Gesuch der Beklagten zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Gemäss ständiger Rechtsprechung der Kammer könnten im Eheschutzverfahren mangels gesetzlicher Grundlage keine vorsorglichen Geldzahlungen angeordnet werden (OGer ZH LE110069 vom 8. Februar 2012, E. 2.4.2). Da die Beklagte, obwohl anwaltlich vertreten, dennoch ausdrücklich die Verpflichtung zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses für das Berufungsverfahren beantrage, was einen Massnahmeantrag darstelle, sei darauf nicht einzutreten. Selbst wenn es als Antrag auf Leistung eines Prozesskostenbeitrags aufzufassen wäre, sei dieser vorliegend abzuweisen, da die Beklagte ihre Mittellosigkeit nicht dargetan habe, sondern bloss pauschal auf den Entscheid der Vorinstanz verwiesen habe (Urk. 25 S. 13 f.).

E. 2.3

Es trifft zu, dass nach ständiger Praxis der erkennenden Kammer im Eheschutzverfahren mangels gesetzlicher Grundlage keine vorsorglichen Geldzahlungen angeordnet werden können (Art. 271 ff. ZPO i.V.m. Art. 262 lit. e ZPO; OGer ZH LE110069 vom 8. Februar 2012, E. 2.4.2; OGer ZH LE130035 vom 24. Mai 2013, E. 5; OGer ZH LE160049, E. 2.3.1). Im Zweifelsfall ist daher ein Antrag auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses als Antrag auf Leistung eines Prozesskostenbeitrags im Endentscheid aufzufassen (OGer ZH LE130048 vom 21. Oktober 2013, E. 4a; OGer ZH RE130016 vom 17. September 2013, E. II/3d). Vorliegend fehlt eine Bezifferung des Antrags um Verpflichtung des Klägers zur

- 14 - Leistung eines Prozesskostenvorschusses bzw. -beitrags und ergibt sich eine solche auch nicht aus der Begründung (vgl. Urk. 19 S. 17 f.), so dass auf den Antrag der Beklagten nicht einzutreten ist. 3. Eventualiter beantragt die Beklagte, es sei ihr die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren (Urk. 19 S. 17 f.). Das setzt voraus, dass die ersuchende Partei mittellos ist und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Die Mittellosigkeit ist glaubhaft zu machen (BK ZPO-Bühler, Art. 119 N 38). Der Kläger bringt diesbezüglich vor, er sei bereits im erstinstanzlichen Verfahren zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses in der Höhe von Fr. 6'000.– für die beklagte Anwaltskosten verpflichtet worden. Die Beklagte hätte daher darzutun gehabt, dass dieser Vorschuss mittlerweile aufgebraucht worden sei, da sie andernfalls nicht mittellos sei (Urk. 25 S. 14). Dem Kläger ist beizupflichten. Ist der von ihm geleistete Prozesskostenvorschuss noch nicht aufgebraucht, ist die Beklagte auch nicht mittellos. Spätestens nach den Vorbringen des Klägers wäre die Beklagte gehalten gewesen, sich über die Verwendung des Prozesskostenvorschusses zu äussern. Ihre blosser Behauptung, sie sei finanziell nicht in der Lage, für die Gerichts- und Anwaltskosten aufzukommen (Urk. 19 S. 17), genügt jedenfalls nicht, um glaubhaft darzutun, dass der ihr zugesprochene Prozesskostenvorschuss bereits aufgebraucht ist. Daher ist ihr Antrag um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abzuweisen. Es wird beschlossen:

E. 2.5

Auch unter Berücksichtigung der im Rahmen des Berufungsverfahrens vorgebrachten echten Noven besteht kein Anlass für weitere Abklärungen. Es ist deshalb davon auszugehen, dass das vorinstanzliche Hauptverfahren immer noch spruchreif ist. Die von der Vorinstanz angeordneten vorsorglichen Massnahmen erweisen sich daher als unnötig,

weshalb der Massnahmeentscheid der Vorinstanz aufzuheben und das Massnahmebegehren des Klägers abzuweisen ist.

E. 2.6

Mit Verfügung vom 24. Januar 2017 (Urk. 17; bestätigt mit Beschluss vom 10. Februar 2017 [Urk. 22]) wurde für die Dauer des Berufungsverfahrens eine vorläufige Obhuts- und Besuchsrechtsregelung getroffen. Es scheint zur Wahrung einer gewissen Kontinuität und zur Vermeidung einer Präjudizierung des Entscheids im Hauptverfahren angezeigt, diese Regelung einstweilen bis zum neuen Entscheid der Vorinstanz aufrecht zu erhalten. B. Teilentscheid bezüglich Kinderunterhalt 1. Die Vorinstanz verpflichtete den Kläger bereits in der Hauptsache zur Bezahlung von Kinderunterhaltsbeiträgen von je Fr. 1'250.– pro Kind und Monat, obwohl sie im gleichen Entscheid die Obhut über die beiden Kinder erst vorläufig der Beklagten zuteilte (Urk. 2 S. 13 f.). 2. Wird wie vorliegend nur ein Teil der gestellten Rechtsbegehren erledigt (Gutheissung oder Abweisung eines oder mehrerer, jedoch nicht aller Rechtsbegehren), handelt es sich um einen Teilentscheid. Ein solcher setzt stets voraus, dass die verschiedenen Rechtsbegehren überhaupt unabhängig voneinander be-

- 12 - urteilt werden können (Reetz/Theiler, Dike-Komm-ZPO, Art. 308 N 14). Nach Art. 285 ZGB soll der Kinderunterhaltsbeitrag den Bedürfnissen des Kindes sowie der Lebensstellung und Leistungsfähigkeit der Eltern entsprechen und dient auch der Gewährleistung der Betreuung des Kindes durch die Eltern oder Dritte. Diese Kriterien beeinflussen sich gegenseitig. Die Bedürfnisse des Kindes müssen somit in Verbindung mit den anderen Kriterien ermittelt werden und der Unterhaltsbeitrag muss immer in einem angemessenen Verhältnis zum Lebensstandard und zur Leistungsfähigkeit der unterhaltspflichtigen Person stehen (BGE 116 II 110 E. 3a). Zudem ist bei der Aufteilung der errechneten Unterhaltskosten auf die Eltern auch zu berücksichtigen, wer die Unterhaltsleistung der Pflege und Erziehung in natura erbringt (Botschaft Kindesunterhalt, BBl 2013, 529 ff., 577), was voraussetzt, dass klar ist, von wem das Kind betreut wird. Die Vorinstanz verletzte daher bei der Festsetzung der Kinderunterhaltsbeiträge die Vorgaben von Art. 285 ZGB, weshalb die Dispositiv-Ziff. 5 des vorinstanzlichen Entscheids aufzuheben ist. Da die Vorinstanz in der Hauptsache erst über die Kinderunterhaltsbeiträge befand und somit ein wesentlicher Teil des Eheschutzbegehrens noch gar nicht beurteilt wurde, ist die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 ZPO). Der Vollständigkeit halber bleibt darauf hinzuweisen, dass im Eheschutzverfahren vorsorgliche Geldzahlungen nicht angeordnet werden können (Art. 271 ff. ZPO i.V.m. Art. 262 lit. e ZPO; OGer ZH LE110069 vom 8. Februar 2012, E. 2.4.2; OGer ZH LE130035 vom 24. Mai 2013, E. 4; OGer ZH LE160049, E. 2.3.1). IV. 1. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 2 lit. b der Gebührenverordnung des Obergerichtes vom 8. September 2010 auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Gemäss ständiger Praxis des Obergerichtes sind die Kosten des Verfahrens in Bezug auf die Kinderbelange – unabhängig vom Ausgang – den Parteien hälftig aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt der Kinderinteressen gute Gründe zur Antragsstellung hat-

- 13 - ten (OGer ZH LE140047 vom 21. Januar 2015, E. IV/2; OGer ZH LE110067 vom 13. April 2012, E. II/8; ZR 84 Nr. 41). Dies war vorliegend der Fall. Es rechtfertigt sich daher für das Berufungsverfahren eine hälftige Kostenaufteilung und ein Wettzuschlagen der

Parteientschädigungen.

E. 3

Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine umfassende Überprüfungsbefugnis der Streitache, d.h. über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbeurteilung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht die Rechtsmittelinstanz nicht zu überprüfen. Das gilt zumindest solange, als ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt (BGer 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3; BGer 4A_290/2014 vom 1. September 2014, E. 5).

- 8 -

E. 4

Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO können im Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) nur noch berücksichtigt werden, wenn sie kumulativ ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Dies gilt auch in Verfahren betreffend Kinderbelange, bei denen nach Art. 296 ZPO der Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen ist. Unechte Noven, die bei zumutbarer Sorgfalt bereits vor erster Instanz hätten geltend gemacht werden können, können daher grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden, es sei denn, eine Partei rüge, die Vorinstanz habe eine bestimmte Tatsache in Verletzung der Untersuchungsmaxime nicht beachtet (vgl. statt vieler OGer ZH LE150006 vom 4. März 2015, E. 4.1). III. A. Massnahmeentscheid 1. Die Vorinstanz ging offensichtlich davon aus, dass die Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen erfüllt waren. Eine entsprechende Begründung findet sich in ihrem Entscheid jedoch nicht (vgl. Urk. 2 S. 4 f.).

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