

ZH_OBERGERICHT LE170033 vom 30. Oktober 2017

ZH Obergericht, 2017-10-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE170033

FR: ZH_OBERGERICHT LE170033 du 30 octobre 2017

IT: ZH_OBERGERICHT LE170033 del 30 ottobre 2017

Erwägungen

E. 1

Die Parteien sind verheiratet und haben zwei gemeinsame Kinder, C._____, geboren am tt.mm.2008, und D._____, geboren am tt.mm.2010. Mit Eingabe vom 14. Dezember 2016 machte die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchstellerin) ein Eheschutzverfahren bei der Vorinstanz anhängig (Urk. 6/1). Am 17. März 2017 fand die Hauptverhandlung statt (Prot. I. S. 2 ff.). Anlässlich dieser Verhandlung wurde den Parteien in Aussicht gestellt, dass eine Institution mit der Abklärung der Erziehungsfähigkeit der Gesuchstellerin und der Therapie- bedürftigkeit der Kinder beauftragt und im Anschluss daran die Fortsetzung der Hauptverhandlung stattfinden werde. Obschon weder die Gesuchstellerin noch der Gesuchsgegner und Berufungskläger (fortan Gesuchsgegner) Anträge auf den Erlass von vorsorglichen Massnahmen gestellt hatten (vgl. Prot. I. S. 2 ff.; Urk. 6/12/1; Urk. 6/15), wurde den Parteien zudem angekündigt, dass ihnen ein Vereinbarungsvorschlag betreffend vorsorgliche Massnahmen zugestellt werde (Prot. I. S. 17). Die Vorinstanz liess den Parteien in der Folge einen Vereinba- rungsvorschlag betreffend vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Verfah- rens unter Ansetzung einer Frist zur Unterzeichnung bis zum 29. März 2017 zu- kommen (Urk. 6/18/1-3). Mit Eingabe vom 29. März 2017 nahm der Gesuchsgeg- ner zum Vereinbarungsvorschlag Stellung, reichte aber keine unterzeichnete Ver- einbarung ein (vgl. Urk. 6/24). Die Gesuchstellerin erstattete innert der - erstreck- ten (vgl. Urk. 6/26) - Frist am 6. April 2017 ebenfalls lediglich eine Stellungnahme

- 5 - zur Vereinbarung sowie zur Eingabe des Gesuchsgegners (Urk. 6/27/1). Am 27. April 2017 erliess die Vorinstanz die eingangs wiedergegebene Verfügung be- treffend vorsorgliche Massnahmen (Urk. 6/34 = Urk. 2).

E. 1.1

Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 2 lit. b sowie § 8 Abs. 1 der Gebührenverord- nung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) auf Fr. 3'000.– fest- zusetzen.

E. 1.2

Im Berufungsverfahren umstritten waren die Unterhaltsleistungen des Ge- suchsgegners an die Gesuchstellerin und die beiden Kinder, die Regelung des Besuchsrechts sowie die Verpflichtung des Gesuchsgegners zur Leistung eines Prozesskostenbeitrags (vgl. nachstehend E. IV.B). Der Unterhaltsstreit sowie die Regelung des Besuchsrechts sind mit je 40%, der Prozesskostenbeitrag mit 20% zu gewichten. Gemäss ständiger Praxis der erkennenden Kammer sind die Kos- ten des Verfahrens mit Bezug auf die Kinderbelange (mit Ausnahme der Kin- derunterhaltsbeiträge) - unabhängig vom Verfahrensausgang - den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen, wenn

die Parteien unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses gute Gründe zur Antrag-
- 12 - stellung hatten (vgl. ZR 84 Nr. 41). Die Kosten- und Entschädigungsfolgen mit Bezug auf die Kinderunterhaltsbeiträge richtet sich demgegenüber nach Obsiegen und Unterliegen.

E. 1.3

Nach dem Gesagten sind die Parteien mit Bezug auf die Regelung des Besuchsrechts je zur Hälfte als obsiegende Partei zu betrachten. Der Gesuchsgegner obsiegt in Bezug auf die Unterhaltsfrage vollumfänglich, die Gesuchstellerin hinsichtlich des Prozesskostenbeitrages. Gesamthaft betrachtet, ist von einem Obsiegen des Gesuchsgegners im vorliegenden Berufungsverfahren von 3/5 auszugehen. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind daher dem Gesuchsgegner zu 2/5 und der Gesuchstellerin zu 3/5 aufzuerlegen. 2. Gemäss Art. 105 Abs. 2 ZPO spricht das Gericht nach den Tarifen im Sinne von Art. 96 ZPO eine Parteientschädigung zu und verlegt diese in Anwendung von Art. 106 Abs. 1 ZPO. Die für die Festsetzung der Parteientschädigung massgeblichen Bestimmungen finden sich in der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV). Die volle Parteientschädigung ist in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 3, § 11 und § 13 der AnwGebV auf Fr. 2'000.– festzusetzen. In Anbetracht des Verfahrensausgangs ist die Gesuchstellerin zu verpflichten, dem Gesuchsgegner eine auf 1/5 reduzierte Parteientschädigung von Fr. 400.– zuzüglich 8% MwSt. (vgl. Urk. 1 S. 2), mithin Fr. 432.–, zu bezahlen. B. Prozesskostenbeitrag / unentgeltliche Rechtspflege 1. Die Gesuchstellerin lässt für das Berufungsverfahren die Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages im Umfang von Fr. 4'000.– beantragen. Eventualiter ersucht sie um die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 12 S. 2 und 11 f.). Der Gesuchsgegner widersetzt sich diesem Antrag (Urk. 17 S. 6).

E. 2

Der Gesuchsgegner beantragt berufungsweise, Dispositiv-Ziffer 2 der angefochtenen Verfügung sei dahingehend zu ergänzen, dass er zu berechtigen sei, die Kinder einstweilen für die Dauer des Eheschutzverfahrens die erste Woche der Herbstferien 2017 sowie die zweite Woche der Weihnachtsferien 2017/2018 zu betreuen (Urk. 1 S. 2). Nachdem das Gutachten frühestens innert fünf Monaten seit der Auftragserteilung vorliegen werde, erachte er es als wichtig, dass wenn schon ein Entscheid betreffend vorsorgliche Massnahmen vorliege, die Herbst- und Weihnachtsferien geregelt würden. Bereits mit Schreiben vom 29. März 2017 habe er gegenüber der Vorinstanz festgehalten, dass er, wenn möglich, die erste Woche der Herbstferien 2017 sowie die zweite Woche der Weihnachtsferien 2017/2018 mit den Kindern verbringen wolle (Urk. 1 S. 11).

E. 2.1

Bei der Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages sind die für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gemäss Art. 117 f. ZPO entwickelten Grundsätze analog anzuwenden (vgl. OGer ZH LE130025 vom 19. August 2013, E.II.C.4.4; OGer ZH LE120025 vom 12. Juni 2012, E. V.1). Es ist damit zunächst zu prüfen, ob die ansprechende Partei bedürftig und die angesprochene Partei

- 13 - leistungsfähig ist. Massgebend sind die Verhältnisse im Zeitpunkt des (Berufungs-)Entscheidunges (ZK-Bräm/Hasenböhler, Art. 159 ZGB N 135; ZR 90/1991 Nr. 57). Die Beistandsbedürftigkeit ist zu bejahen, wenn die ansprechende Partei ohne unzumutbare Beeinträchtigung des angemessenen Lebensunterhalts nicht über eigene

Mittel verfügen kann, um die Gerichts- und Anwaltskosten innert nützlicher Frist zu bezahlen. Der ansprechenden Partei kann dabei aber eine gewisse Einschränkung der Lebensführung zugemutet werden. Zudem darf der Prozess nicht aussichtslos erscheinen. Als aussichtslos gelten nur Rechtsbegehren, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und darum kaum als ernsthaft bezeichnet werden können (ZK ZPO-Emmel, Art. 117 N 13).

E. 2.2

Die Mittellosigkeit der Gesuchstellerin im heutigen Zeitpunkt ist ausgewiesen. Die ihr derzeit vom Gesuchsgegner ausgerichteten (Gesamt-)Unterhaltsbeiträge von Fr. 3'600.– decken selbst den vom Gesuchsgegner im Berufungsverfahren anerkannten Bedarf der Gesuchstellerin und der beiden Kinder von Fr. 4'785.95 (Fr. 4'192.– + Fr. 593.95 [Krankenkassenprämien]) nicht (vgl. Urk. 1 S. 6). Über ein Erwerbseinkommen verfügt die Gesuchstellerin zurzeit nicht (Urk. 6/15 S. 34 und 37; Urk. 6/12/1 S. 17; Urk. 1 S. 4 f.). Auch auf Vermögensteile bestehen bei der Gesuchstellerin keine namhaften Aktiva, wie aus den von ihr eingereichten Kontoauszügen hervorgeht (Urk. 14/6-9). Sodann hat der Gesuchsgegner seine von der Gesuchstellerin behauptete Leistungsfähigkeit nicht bestritten (vgl. Urk. 17 S. 6). Wie aus dem der Steuererklärung 2016 angehängten Vermögensausweis der UBS (Urk. 17/44) hervorgeht, verfügt der Gesuchsgegner insbesondere über Aktien und Anlagestrategiefonds mit einem Marktwert per 31. Dezember 2016 von Fr. 83'046.– und damit über veräusserbare Wertschriften. In Anbetracht dessen erübrigen sich Bemerkungen dazu, ob der Gesuchsgegner einen Prozesskostenbeitrag auch aus seinem Einkommen finanzieren könnte. Es ist daher davon auszugehen, dass der Gesuchsgegner über die nötigen finanziellen Mittel verfügt, der Gesuchstellerin einen Prozesskostenbeitrag zu bezahlen. Nach den vorstehenden Erwägungen können die Anträge der Gesuchstellerin nicht als von vornherein aussichtslos bezeichnet werden. Die Gesuchstellerin war sodann auf eine Rechtsvertreterin angewiesen und der Gesuchsgegner ist eben-

- 14 - falls anwaltlich vertreten (Art. 117 Abs. 1 lit. c ZPO). Die Voraussetzungen für die Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages gestützt auf die eheliche Beistands- und Unterstützungspflicht gemäss Art. 159 Abs. 3 ZGB sind daher zu bejahen.

E. 2.3

Die Anwaltskosten der Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren sind mit Fr. 2'160.– (inkl. MwSt.) zu veranschlagen (§ 5 Abs. 1, § 6 Abs. 3, § 11, § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Hinzu kommen die auf die Gesuchstellerin entfallenden Gerichtskosten von Fr. 1'800.– und die von der Gesuchstellerin an den Gesuchsgegner zu zahlende reduzierte Parteientschädigung von Fr. 432.–. Damit resultieren auf die Gesuchstellerin zukommende zu berücksichtigende Kosten von total Fr. 4'392.–. Mit Blick auf die Dispositionsmaxime (Art. 58 Abs. 1 ZPO) kann der Gesuchstellerin insgesamt allerdings höchstens der beantragte Prozesskostenbeitrag in der Höhe von Fr. 4'000.– zugesprochen werden, welchen sich die Gesuchstellerin dereinst im Rahmen der scheidungs- und güterrechtlichen Auseinandersetzung anrechnen lassen muss (Six, Eheschutz, 2014, N 1.77). Es wird beschlossen:

E. 3

Zunächst ist festzuhalten, dass sich eine Regelung der Herbstferien 2017 im heutigen Zeitpunkt als obsolet erweist. Im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen ist sodann

vorliegend von der Festlegung eines Ferienbesuchsrechts abzu- sehen, da ein Ferienbesuchsrecht nicht dringend notwendig erscheint, um die Be- ziehung zwischen dem Gesuchsgegner und den beiden Kindern zu erhalten (vgl. OGer ZH LE110060 vom 06.12.2011, E. II.8). Vielmehr reichen hierzu die wö- chentlichen Besuchskontakte aus. Der vorinstanzliche Gutachtensauftrag datiert zudem vom 31. Mai 2017 (Urk. 14/1). Zur Erstellung des Gutachtens wurde lic. phil. I E._____, ... AG, Frist bis spätestens 31. Oktober 2017 angesetzt. Somit wird das in Auftrag gegebene Gutachten in Bälde vorliegen (falls es nicht bereits vorliegt) und die Vorderrichterin kann sodann in der Hauptsache weiterfahren. Es ist insofern davon auszugehen, dass innerhalb der nächsten Monate ein voll- streckbarer Entscheid im Eheschutzverfahren vorliegen wird, so dass die vorlie- gende Regelung nur für eine verhältnismässig kurze Zeit von praktischer Bedeu- tung sein wird. Eine Regelung hinsichtlich der anstehenden Weihnachtsfeiertage

- 9 - drängt sich im Übrigen auch deshalb nicht auf, da davon auszugehen ist, dass die Parteien in der Lage sind, unter Mitwirkung ihrer Rechtsvertreter, einvernehmlich eine entsprechende Regelung zu treffen. Dies ist - wie von beiden Parteien vor Vorinstanz bzw. im Berufungsverfahren ausgeführt (vgl. Urk. 12 S. 8 und 11; Urk. 6/15 S. 29) und durch den im Recht liegenden E-Mailverkehr (Urk. 19/20) auch belegt wurde - in der Vergangenheit bereits gelungen. Da kein Ferienbe- suchsrecht festzulegen ist, erübrigt sich ohnehin auch die vom Gesuchsgegner in seiner Eingabe vom 24. August 2017 (Urk. 17 S. 4) beantragte Herausgabe der Reisepässe bzw. ID-Karten der Kinder. Dass die entsprechenden Dokumente für die Besuchsrechtswochenenden erforderlich sein sollten, ist zudem weder ersicht- lich noch wurde dies vom Gesuchsgegner substantiiert vorgebracht. Die Frage, ob die Voraussetzungen für die Stellung eines neuen Antrags (Klageänderung) im Berufungsverfahren gemäss Art. 317 Abs. 2 ZPO überhaupt erfüllt sind, kann da- her offen gelassen werden. Insgesamt bleibt es somit bei der sachgerechten Be- suchsrechtsregelung der Vorinstanz. B. Unterhaltsbeiträge 1. Die Vorinstanz verpflichtete den Gesuchsgegner im angefochtenen Ent- scheid, für die Dauer des Verfahrens für die Gesuchstellerin und die beiden Kin- der, solange die Gesuchstellerin ein Erwerbseinkommen erzielt (längstens jedoch bis und mit Juni 2017), einen monatlichen Gesamtunterhaltsbeitrag von Fr. 3'060.- (zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Familienzulagen) und hernach einen monatlichen Gesamtunterhaltsbeitrag von Fr. 4'000.- (zuzüg- lich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Familienzulagen) zu bezahlen (Urk. 2, Dispositiv-Ziffer 3). 2. Der Gesuchsgegner verlangt mit seiner Berufung eine Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge dahingehend, als er zu verpflichten sei, die von der Vorinstanz verfügten Gesamtunterhaltsbeiträge von Fr. 3'060.- bzw. Fr. 4'060.- inklusive all- fälliger gesetzlicher oder vertraglicher Familienzulagen anstatt exklusive allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Familienzulagen zu bezahlen. Er macht im We- sentlichen geltend, die von der Vorinstanz getroffene Unterhaltsregelung greife in sein Existenzminimum ein. Das vorhandene Manko sei von der Gesuchstellerin

- 10 - zu tragen. Er habe bereits mit seiner Stellungnahme vom 29. März 2017 zuhan- den der Vorinstanz darauf hingewiesen, dass er bereit sei, die von ihm beantrag- ten respektive von der Vorinstanz in ihrem Vorschlag für eine Vereinbarung be- treffend vorsorgliche Massnahmen vorgesehenen Unterhaltsbeiträge inklusive Kinderzulagen statt exklusive Kinderzulagen zu bezahlen. Seine Leistungsfähig- keit sei damit erschöpft, was für die Vorinstanz erkennbar gewesen sei (Urk. 1 S. 3 ff.).

E. 3.1

Die Vorinstanz hält die Anordnung vorsorglicher Massnahmen im Eheschutzverfahren für zulässig. Im Grundsatz erscheint diese Rechtsauffassung mit Blick auf Art. 271 ZPO i.V.m. Art. 261 ff. ZPO vertretbar und wird denn auch in der Literatur von namhaften Autoren mit überzeugenden Argumenten befürwortet (vgl. Pfänder Baumann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 273 N 14 mit weiteren Hinweisen). In- des sind im Eheschutz vorsorglich angeordnete Geldzahlungen aus folgenden Überlegungen ausgeschlossen: Die Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen richten sich nach Art. 261 ff. ZPO. Bezüglich deren Inhalts enthält Art. 262 ZPO eine Generalklausel - im Eheschutzverfahren eingeschränkt durch Art. 172 Abs. 3 ZGB - und führt einzelne Massnahmen exemplarisch auf (Art. 262 lit. a bis e ZPO). Ausdrücklich erwähnt ist die Leistung einer Geldzahlung indes nur in den vom Gesetz bestimmten Fällen (Art. 262 lit. e ZPO). Eine solche Regelung findet sich im Gesetz für das Scheidungsverfahren (Art. 276 ZPO) und bei Unterhaltsklagen (Art. 303 ZPO), nicht aber für das Eheschutzverfahren (Art. 271 ff. ZPO). Aus den Materialien zur Schweizerischen Zivilprozessordnung erhellt, dass der Gesetzgeber bewusst von einer allgemeinen Einführung vorsorglicher Akonto-Zahlungen abgesehen hat (vgl. Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, S. 7355). Folglich handelt es sich bei der fehlenden Bestimmung zu vorsorglichen Massnahmen im Eheschutzverfahren nicht um eine planwidrige Unvollständigkeit innerhalb des Gesetzes (vgl. BK-Emmenegger/Tschentscher, Art. 1 ZGB N 344; BSK ZGB I- Honsell, Art. 1 N 27), sondern um qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers. Entsprechend bleibt für richterliche Lückenfüllung und analoge Gesetzesanwendung kein Raum. Die vorsorgliche Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen im Eheschutzverfahren mag daher bei langer Verfahrensdauer aus praktischer Sicht

- 11 - wünschbar erscheinen, ist jedoch aus rechtlichen Erwägungen unzulässig (vgl. OGer ZH LE110069 vom 08.02.2012, E. 2.4.2; OGer ZH LE130032 vom 02.07.2013, E. II.3.2; OGer ZH LE130066 vom 05.04.2014, E. 4; OGer ZH LE150003 vom 27.03.2015, E. II.5; OGer ZH LE160012 vom 15.11.2016, E. III.4; OGer ZH LE160038 vom 07.09.2016, E. C.6).

E. 3.2

Nach dem vorstehend Gesagten fehlt es im Eheschutzverfahren an einer gesetzlichen Grundlage für die vorsorgliche Anordnung von Geldzahlungen in Form von persönlichem Unterhalt sowie von Kinderunterhalt. Entgegen der Vorinstanz ist somit im Eheschutzverfahren nach der gefestigten Praxis der Kammer eine auf Geldzahlung gerichtete vorsorgliche Massnahme grundsätzlich nicht möglich. Daher entfällt die Unterhaltspflicht des Gesuchsgegners, soweit Dispositiv-Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung nicht in Rechtskraft erwachsen ist. IV. A. Entscheidgebür und Parteientschädigung

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