

ZH_OBERGERICHT LY190045 vom 15. Juli 2020

ZH Obergericht, 2020-07-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY190045

FR: ZH_OBERGERICHT LY190045 du 15 juillet 2020

IT: ZH_OBERGERICHT LY190045 del 15 luglio 2020

Erwägungen

E. 1

Die Parteien haben am tt. August 2012 geheiratet. Sie sind die Eltern der Zwillinge D._____ und C._____, geboren am tt.mm.2012, und E._____, geboren am tt.mm.2014 (act. 4/2). Mit Eheschutzentscheid vom 29. März 2017 berechnete das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Willisau die Parteien zum Getrenntleben und genehmigte die von ihnen abgeschlossene Teilvereinbarung. Im Wesentlichen wurden die Kinder unter die Obhut der Beklagten und Berufungsbeklagten (fortan Beklagte) gestellt, die persönlichen Kontakte des Klägers und Berufungsklägers (fortan Kläger) geregelt und dieser zur Leistung von Kinderunterhalt verpflichtet (act. 4/16/2). Im Rahmen eines Abänderungsverfahrens verfügte das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Willisau mit Entscheid vom 26. Juli 2018 eine Erhöhung der Unterhaltszahlungen des Klägers und errichtete eine Erziehungsbeistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB. Die weiteren Anträge der Parteien wurden abgewiesen (act. 4/16/3). Hiergegen erhob der Kläger Berufung. Mit Urteil vom 14. Dezember 2018 hob das Kantonsgericht Luzern den angefochtenen Entscheid aus prozessualen Gründen auf und wies die Sache – mit Ausnahme der Errichtung der Beistandschaft sowie der Frage des Obhutswechsels und der Ausdehnung der Betreuungszeiten – zur Neuurteilung an das Einzelgericht zurück (act. 4/16/4).

E. 2

Inzwischen machte der Kläger am 3. Dezember 2018 beim Einzelgericht des Bezirksgerichtes Horgen (fortan Vorinstanz) die Scheidungsklage anhängig (act. 4/1). Mit Eingabe vom 6. Mai 2019 ersuchte er um Erlass von vorsorglichen Massnahmen (act. 4/32 S. 2 ff.). Anlässlich der auf den 17. Juli 2019 verschobenen Verhandlung änderte bzw. ergänzte der Kläger sein Massnahmegesuch im eingangs genannten Sinn (act. 4/36-38, act. 4/43 S. 2 ff.). Er verlangte zusammengefasst die Herabsetzung seiner Unterhaltsverpflichtung, die Regelung der persönlichen / audiovisuellen Kontakte und seiner Informationsrechte, einen Beistandswechsel und die Verpflichtung der Parteien zu einer Mediation.

- 6 - Ebenfalls am 17. Juli 2019 erging – in Kenntnis des am Bezirksgericht Horgen anhängigen Scheidungsverfahrens und des Massnahmegesuches – der Entscheid des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Willisau. Es änderte die vom Kläger zu leistenden Kinderunterhaltsbeiträge erneut ab und legte für die Zeit ab dem 1. Februar 2018 fünf Berechnungsphasen fest. Für die letzte Phase ab 1. Juni 2019 verpflichtete es den Kläger, monatlich für D._____ und C._____ je Fr. 1'225.– und für E._____ Fr. 1'215.– zu bezahlen (act. 4/49). Auch gegen diesen Entscheid erhob der Kläger Berufung beim Kantonsgericht Luzern, welches ihr teilweise aufschiebende Wirkung erteilte. Gleich wie mit seiner ersten Berufung setzte er sich im Wesentlichen gegen die Erhöhung der Unterhaltsbeiträge zur Wehr und verlangte erneut die Regelung audiovisueller Kontakte und den Erlass einer

Weisung an die Beklagte (act. 3/2, act. 4/52). Soweit bekannt hat das Kantonsgericht Luzern über die Berufung noch nicht entschieden (act. 9 Rz 14, act. 11).

E. 3

Dezember 2018 eingetretene Tatsachen verstosse gegen die in Kinderbelangen geltende Untersuchungs- und Officialmaxime (act. 5 S. 16 und 18, act. 9 Rz 25 ff.), überzeugt schliesslich nicht. So sind die anzuwendenden Verfahrensgrundsätze nicht mit den sich im Zusammenhang mit der gesetzlich vorgesehenen Zuständigkeitsspaltung von Art. 276 ZPO stellenden Fragen zu vermischen. Auch in Verfahren mit Untersuchungs- und Officialmaxime gibt es eine Novenschranke, die grundsätzlich mit der Urteilsberatung fällt (Art. 229 Abs. 3 ZPO). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung entspricht die "Urteilsberatung" der Phase des Prozesses, die nach dem Schluss der "Hauptverhandlung" eintritt (BGE 138 III 788 [Pra 102 (2013) Nr. 53]). Wann das Urteil tatsächlich von der Gerichtsbesetzung beraten und gefällt wird, ist danach unerheblich. Damit sprechen der Untersuchungs- und der Officialgrundsatz nicht von vornherein gegen eine Beschränkung des Novenrechts. Vorliegend fällt die Novenschranke indes nicht auf den Zeitpunkt der "Urteilsberatung", sondern nach Art. 276 Abs. 2 ZPO auf die Anhängigmachung der Scheidungsklage. Inwiefern die Errichtung dieser Schranke mittels Klageerhebung zum prozesstaktischen Mittel werden soll (act. 5 S. 16), ist nach dem Gesagten nicht ersichtlich. Die Bestimmung von Art. 276 Abs. 2 ZPO zieht eine Verschiebung der Überprüfungsbefugnis des Eheschutzrichters auf einen vor der Urteilsfällung bzw. Urteilsberatung liegenden Zeitpunkt nach sich. Dies kann das Bedürfnis nach Abänderung des (ausstehenden) Eheschutzentscheides erhöhen, führt aber nicht zur Aushebelung der geltenden Verfahrensgrundsätze. b) Die Vorinstanz führte ferner prozessökonomische Gründe für die Berücksichtigung sämtlicher Tatsachen durch den Eheschutzrichter bis zur Urteilsfällung an. Wäre dem nicht so, würden die Parteien nach vorinstanzlicher Ansicht bei einem Rückzug oder einer Abweisung der Scheidungsklage zu einem weiteren Verfahren gezwungen (act. 5 S. 17). Wie es sich im Falle eines Rückzuges der Scheidungsklage mit einem noch hängigen Massnahmegesuch verhält, ist nicht abschliessend zu entscheiden, da die Scheidungsklage beim Bezirksgericht

- 18 - Horgen nach wie vor hängig ist (vgl. zur Problematik BGer 5A_778/2012 vom 24. Januar 2013 und Zogg, a.a.O., S. 59 f.).

E. 7

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz das Massnahmeverfahren bis zum Entscheid des Kantonsgerichtes Luzern bzw. im Falle einer erneuten Rückweisung bis zum Entscheid des Bezirksgerichtes Willisau zu sistieren haben wird, um hernach zu beurteilen, ob sich die massgeblichen Verhältnisse seit dem Abänderungsentscheid wesentlich und dauerhaft verändert haben. Entgegen dem Antrag des Klägers kann bei einem Zuständigkeitskonflikt gemäss Art. 276 Abs. 2 ZPO vernünftigerweise nicht über das Massnahmegesuch entschieden werden, bevor der Eheschutzentscheid, den es abzuändern gilt, vorliegt. Ebenso wenig erweist sich aber in dieser Konstellation ein Nichteintretensentscheid als sachgerecht. Demzufolge ist die Berufung insoweit gutzuheissen, als der Nichteintretensentscheid aufzuheben ist. Die Sache ist im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen, welche das Massnahmeverfahren bis zum Vorliegen des rechtskräftigen Eheschutzentscheides zu sistieren haben wird. III. 1.a) Zwar ist die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Da mit dem vorliegenden Urteil die gesonderte Frage, wie

ein im Scheidungsverfahren gestelltes Massnahmegesuch während eines hängigen Eheschutzverfahrens zu behandeln ist, abschliessend beurteilt wird, sind die Prozesskosten des Berufungsverfahrens definitiv festzusetzen und zu verteilen (ZK ZPO-Jenny, 3. A., Art. 104 N 11; BK ZPO-Sterchi, Art. 104 N 14 ff.). Hat keine Partei vollständig obsiegt, sind die Prozesskosten gemäss Art. 106 Abs. 2 ZPO nach dem Ausgang des Verfahrens zu verteilen. Der Kläger obsiegt insoweit, als der Nichteintretensentscheid aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen wird. Diese kann das Verfahren jedoch derzeit nicht fortführen, sondern hat – im Sinne des Eventualantrages der Beklagten – mit der materiellen Behandlung des Massnahmegesuches bis zum Vorliegen des

- 19 - Eheschutzentscheidendes zuzuwarten. Es rechtfertigt sich unter diesen Umständen, die Gerichtskosten den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen. Entsprechend sind die Parteientschädigungen wettzuschlagen. b) Grundlage für die Festsetzung der Entscheidgebühr bilden der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse, der Zeitaufwand des Gerichtes und die Schwierigkeit des Falles (§ 2 Abs. 1 GebV OG). Mit der beantragten Rückweisung zwecks Neuberechnung der Unterhaltsbeiträge betrifft die Berufung eine vermögensrechtliche Streitigkeit, auch wenn nur der Teilaspekt der Zuständigkeitsabgrenzung von Eheschutz- und Massnahmerichter zu beurteilen ist. Bei Annahme, das Scheidungsverfahren werde angesichts des bisherigen Verlaufes insgesamt drei Jahre, also bis Ende 2021, dauern, ist unter Berücksichtigung der beantragten Herabsetzung des Kinderunterhaltes ab 1. August 2019 von einem Streitwert von Fr. 99'325.– auszugehen (August 2019 bis Dezember 2021: Differenz zwischen den zugesprochenen Fr. 1'225.– für C. _____ und D. _____ bzw. Fr. 1'215.– für E. _____ und den beantragten Fr. 80.– pro Kind [2 x Fr. 1'145.– plus Fr. 1'135.– = Fr. 3'425.–] x 29 Monate). In Anwendung von § 4 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG resultiert eine Grundgebühr von Fr. 8'723.–. Da die Sache nicht materiell zu beurteilen ist und es sich um wiederkehrende Leistungen handelt, ist die Gebühr nach § 4 Abs. 2 und 3 GebV zu ermässigen. Nach einer weiteren Reduktion gemäss § 8 Abs. 1 GebV für das summarische Verfahren rechtfertigt sich eine Gerichtsgebühr von Fr. 2'200.–. 2.a) Beide Parteien stellen im Berufungsverfahren den Antrag, es sei die Gegenpartei zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 5'000.– zu verpflichten. Eventualiter ersuchen sie um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung sowie um Bestellung ihrer Rechtsvertreter als unentgeltliche Rechtsbeistände (act. 2 S. 2f., act. 9 S. 2). Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege ist gegenüber anderweitiger Prozessfinanzierung namentlich aus Familienrecht subsidiär. Die familienrechtlichen Beistands- und Unterhaltspflichten von Art. 159 Abs. 3 und 163 Abs. 1 ZGB sowie Art. 276 und 277 Abs. 2 ZGB umfassen auch Prozesskosten und Rechtsvertretung sowohl in Prozessen gegeneinander als auch gegen Dritte (ZK ZPO-Emmel, 3. A., Art. 117 N 5).

- 20 - Vorab kann auf die allgemeinen Erwägungen der Vorinstanz zum Prozesskostenvorschuss verwiesen werden (act. 5 S. 25). Beide Parteien gehen davon aus, dass die jeweils andere Seite zur Leistung des Prozesskostenvorschusses nicht in der Lage ist (act. 2 S. 13, act. 9 Rz 29). Gemäss Angaben des Klägers haben sich seine finanziellen Verhältnisse seit dem Massnahmegesuch nicht wesentlich verändert bzw. erheblich verschlechtert, da die Beklagte die Gemeinde mit dem Inkasso der Unterhaltsbeiträge beauftragt habe und rückständige Unterhaltszahlungen von Fr. 15'011.85 fordere. Weiter sei er, nachdem das Kantonsgericht Luzern der Berufung nur teilweise aufschiebende Wirkung erteilt habe, derzeit nach wie vor zur Leistung von monatlichen

Kinderunterhaltsbeiträgen von Fr. 2'240.– verpflichtet (act. 2 S. 11 ff.). Auch die wirtschaftliche Lage der Beklagten habe sich nicht verändert. Sie werde vom Sozialamt unterstützt. Weder erziele sie ein eigenes Einkommen noch habe sie relevantes Vermögen (act. 9 Rz 28). Diese Vorbringen werden durch die eingereichten Unterlagen untermauert (act. 3/3-5, act. 4/53 S. 25 f., act. 10/3-4). Mit der Vorinstanz ist deshalb von der Mittellosigkeit beider Parteien auszugehen, weshalb die Gesuche um Leistung eines Prozesskostenvorschusses abzuweisen sind. b) Nach Art. 117 ZPO hat eine Partei Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn die erforderlichen Mittel zur Begleichung der Prozesskosten neben dem notwendigen Lebensunterhalt für sich und die Familie nicht aufgebracht werden können und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Für die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes ist zusätzlich zu prüfen, ob die betreffende Person auf rechtskundige Unterstützung angewiesen sein muss (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Die Bedürftigkeit beider Parteien ist wie gesehen zu bejahen. Die Rechtsbegehren der Parteien im Berufungsverfahren waren im Übrigen offensichtlich nicht aussichtslos im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO. In Anbetracht des nicht leicht überschaubaren Sachverhaltes und der sich stellenden komplexen Fragen prozessualer Natur erscheint die Bestellung einer rechtskundigen Vertretung als sachlich geboten. Damit ist dem Gesuch beider Parteien um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters

- 21 - stattzugeben. Es ist ihnen in der Person ihrer Vertreter eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bzw. ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege befreit die Beklagte jedoch nicht von der Bezahlung der Parteientschädigung an den Kläger (Art. 122 Abs. 1 lit. d ZPO). c) Die Kosten des Berufungsverfahrens sind somit einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Parteien sind auf die Bestimmung von Art. 123 Abs. 1 ZPO hinzuweisen, wonach sie zur Nachzahlung der Kosten verpflichtet sind, sobald sie dazu in der Lage sind. Über die Entschädigungen für die unentgeltlichen Rechtsvertreter aus der Gerichtskasse wird nach Eingang ihrer Aufstellungen i.S.v. § 23 Abs. 2 AnwGebV zu entscheiden sein. Es wird beschlossen: 1. Beiden Parteien wird für das vorliegende Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt. 2. Dem Kläger wird Rechtsanwältin Dr. iur. X. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt. 3. Der Beklagten wird Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt. 4. Mitteilung und Rechtsmittel richten sich nach dem nachfolgenden Erkenntnis. Es wird erkannt: 1. In teilweiser Gutheissung der Berufung wird Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 5. September 2019 aufgehoben. Die Sache wird im Sinne der Erwägungen zur Fortsetzung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückgewiesen. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'200.– festgesetzt und den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge der beiden Parteien ge-

- 22 - währten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht im Sinne von Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten. 3. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen. 4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Bezirksgericht Horgen, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück. 5. 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). Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG im Rahmen eines Verfahrens über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 99'325.-. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. S. Bohli Roth versandt am:

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