

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE170072-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichterin Dr. S. Janssen und Oberrichter Dr. M. Kriech
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. F. Rieke

Beschluss und Urteil vom 21. Dezember 2017

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 23. August 2017 (EE170194-L)**

Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 23. August 2017:

1. Es wird festgehalten, dass die Parteien seit 24. Mai 2017 getrennt leben.
2. Die Obhut für den Sohn C._____, geboren am tt.mm.2014, wird der Mutter zugeteilt.
3. Die Vereinbarung der Parteien vom 22. August 2017 wird in Bezug auf die weiteren Kinderbelange genehmigt und im Übrigen wird von der Vereinbarung Vormerk genommen (in Ziffer 5, Absatz 3 und 4, im Sinne der Erwägungen berichtigt). Sie lautet wie folgt:

"1. Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes

Die Parteien stellen fest, seit dem 24. Mai 2017 getrennt zu leben und vereinbaren die Fortführung des Getrenntlebens auf unbestimmte Zeit.

2. Elterliche Sorge, Obhut und Besuchsrecht

a) *Elterliche Sorge*

Die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes ändert nichts an der gemeinsamen elterlichen Sorge für den Sohn C._____, geboren am tt.mm.2014.

Entsprechend sind die Parteien verpflichtet, sämtliche wesentlichen Fragen der Pflege, Erziehung und Ausbildung miteinander abzusprechen. Den Parteien ist bekannt, dass ein Aufenthaltswechsel des Sohnes der Zustimmung beider Eltern bedarf, wenn der neue Aufenthaltsort im Ausland liegt, oder der Wechsel des Aufenthaltsortes erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge und die persönlichen Kontakte zwischen einem Elternteil und dem Kind hat.

b) *Obhut*

Die Parteien beantragen, es sei die Obhut für den Sohn der Mutter zuzuteilen.

3. Besuchsrecht

Der Vater ist berechtigt, mit dem Sohn zweimal im Monat im Rahmen eines begleiteten Besuchstreffs Zeit zu verbringen.

Sobald der Vater das Kind unbegleitet besuchen darf, ist er berechtigt und verpflichtet, die Betreuungsverantwortung für den Sohn auf eigene Kosten wie folgt zu übernehmen:

- an jedem Wochenende am Samstag oder Sonntag, von 10.00 Uhr bis 19.00 Uhr;
- jeweils am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr von 10.00 Uhr bis 19.00 Uhr;

Aufgrund des Alters des Kindes ist vorübergehend auf eine Ferienregelung zu verzichten.

Der Vater verpflichtet sich, während den Besuchen des Sohnes in der Schweiz zu verbleiben.

Die Mutter verpflichtet sich, mit dem Sohn nicht mehr als sechs Wochen pro Jahr (maximal 14 aufeinander folgende Tage) in Italien bei den Verwandten zu verbringen. Sie erklärt sich damit einverstanden, von weiteren Auslandsaufenthalten abzusehen. Die Mutter verpflichtet sich, den Vater und den Beistand frühzeitig über geplante Aufenthalte in Italien zu informieren. Der Vater ist berechtigt, allenfalls ausgefallene Besuchstage nach Absprache mit dem Beistand zu kompensieren.

Weitergehende oder abweichende Wochenend- und Feiertagskontakte nach gegenseitiger Absprache bleiben vorbehalten.

4. *Beistandschaft*

Die Parteien beantragen dem Gericht, es sei für den Sohn C._____, geboren am tt.mm.2014, eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB zu errichten. Dem Beistand seien die folgenden Aufgaben zu übertragen:

- Organisation und Festlegung der Modalitäten der begleiteten Treffen zwischen Vater und Sohn,
- Überwachung dieser begleiteten Treffen insofern, als er in regelmässigen Abständen die Einhaltung und die Durchführung bei den Mitarbeitenden des Besuchstreffs in Erfahrung bringt,
- sobald möglich, aber frühestens nach Erhalt des Abklärungsberichtes des Sozialzentrums D._____ (voraussichtlich 20. Oktober 2017): Festlegung der Modalitäten von unbegleiteten Treffen und Überwachung dieser unbegleiteten Kontakte insofern, als er in regelmässigen Abständen mit den Eltern klärt, wie die unbegleiteten Treffen verlaufen sind,

Zudem sei dem Beistand der Auftrag zu erteilen, gemeinsam mit den Eltern darauf hinzuarbeiten, dass die begleiteten Treffen in unbegleitete überführt werden können.

Die Parteien erklären sich bereit, bis zur Errichtung der Beistandschaft eine Vertrauensperson zu bestimmen, um die begleiteten Besuche bereits vorher zu ermöglichen.

5. *Kinderunterhalt*

Der Vater verpflichtet sich, während der Dauer des Getrenntlebens für den Sohn monatliche Unterhaltsbeiträge (zzgl. Familienzulagen) in der Höhe von CHF 100.– zu bezahlen. Die Unterhaltsbeiträge und die Familienzulagen sind an die Mutter zahlbar und zwar im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals ab 1. Januar 2018.

Die Familienzulagen werden vom Vater bezogen. Er verpflichtet sich, der Mutter monatlich die Familienzulagen für den Sohn zu überweisen, rückwirkend ab 1. Mai 2017.

Der Vater verpflichtet sich, der Mutter jeden Monat sämtliche Lohnabrechnungen unaufgefordert zukommen zu lassen. Der Vater verpflichtet sich zusätzlich, sofern sein Lohn ab 1. Januar 2018 CHF 3'100 übersteigt, den CHF 3'100.– übersteigenden Lohn bis zum maximalen Betrag von CHF 980.– pro Monat für den Barunterhalt des Sohnes an die Mutter zu bezahlen.

Mit den vereinbarten Unterhaltsbeiträgen ist der Barbedarf des Sohnes nicht gedeckt. Es fehlt ab 1. Januar 2018 monatlich ein Betrag von CHF 980.–.

6. *Ehegattenunterhalt*

Die Ehefrau akzeptiert die Berechnung des Gerichts, wonach mangels Leistungsfähigkeit des Ehemannes keine Ehegattenunterhaltsbeiträge zugesprochen werden können. Gestützt darauf verzichtet sie einstweilen auf persönliche Ehegattenunterhaltsbeiträge.

7. *Grundlagen der Unterhaltsberechnungen*

Dieser Vereinbarung liegen die folgenden finanziellen Verhältnisse zugrunde:

Einkommen netto pro Monat, inkl. Anteil 13. Monatslohn, Familienzulagen separat:

- | | | | |
|------------|-----|---------|--|
| - Ehefrau: | CHF | 3'000.– | (Arbeitslosentaggeld) |
| - Ehemann: | CHF | 1'900.– | (100% Pensum) |
| | CHF | 3'100.– | (hypothetisches Einkommen ab 1. Januar 2018) |
| C._____ : | CHF | 200.– | Kinderzulage |

Vermögen:

- | | | |
|------------|-----|-----|
| - Ehefrau: | CHF | 0.– |
| - Ehemann: | CHF | 0.– |
| - C._____: | CHF | 0.– |

familienrechtlicher Bedarf:

- Ehefrau: CHF 3'150.-
- Ehemann: CHF 3'000.-
- C._____: CHF 1'080.-

8. *Wohnung*

Der Ehemann überlässt der Ehefrau sowie dem Sohn die eheliche Wohnung an der ... [Adresse], zur Benützung.

Der Ehemann hat die Wohnung bereits verlassen.

Der Ehemann verpflichtet sich, bei der Übertragung des Mietvertrages der Familienwohnung auf die Ehefrau mitzuwirken.

9. *Mobiliar und Hausrat*

Das zum heutigen Zeitpunkt in der Wohnung befindliche Mobiliar und der Hausrat bleiben in der ehelichen Wohnung.

Über die Herausgabe weiterer Gegenstände konnten sich die Parteien nicht einigen. Darüber wird im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung entschieden.

Der Ehemann anerkennt, der Gesuchstellerin CHF 1'865.- zu schulden (Hälfte der Mietzinszahlungen von 1. April 2017 bis 13. Juni 2017). Der Ehemann hat diese Schuld frühestens nach Rechtskraft des Scheidungsurteils zu bezahlen.

10. *Kosten- und Entschädigungsfolgen*

Die Parteien übernehmen die Gerichtskosten je zur Hälfte und verzichten gegenseitig auf eine Parteienschädigung.

Die Mehrkosten für einen begründeten Entscheid trägt diejenige Partei, die eine Begründung verlangt."

4. Für den Sohn C._____, geboren am tt.mm.2014, wird eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB angeordnet. Dem Beistand/Der Beiständin werden die folgenden Aufgaben übertragen:
 - Organisation und Festlegung der Modalitäten der begleiteten Treffen zwischen Vater und Sohn,
 - Überwachung dieser begleiteten Treffen insofern, als er in regelmässigen Abständen die Einhaltung und die Durchführung bei den Mitarbeitenden des Besuchstreffe in Erfahrung bringt,
 - sobald möglich, aber frühestens nach Erhalt des Abklärungsberichtes des Sozialzentrums D._____ (voraussichtlich 20. Oktober 2017): Festlegung der Modalitäten von unbegleiteten Treffen und Überwachung dieser unbegleiteten Kontakte insofern, als er in regelmässigen Abständen mit den Eltern klärt, wie die unbegleiteten Treffen verlaufen sind,
 - gemeinsam mit den Eltern darauf hinarbeiten, dass die begleiteten Treffen in unbegleitete überführt werden können.
5. Die Kinderschutzbehörde der Stadt Zürich wird ersucht, einen für die Aufgaben gemäss vorstehender Ziffer 4 geeigneten Beistand bzw. eine dafür geeignete Beiständin zu ernennen.
6. Die Entscheidegebühr wird festgesetzt auf:

CHF	3'000.-;	die weiteren Auslagen betragen:
<u>CHF</u>	<u>1'050.-</u>	Dolmetscherkosten
CHF	4050.-	Total

7. Die Kosten des unbegründeten Entscheids von CHF 3'050.-- (Fr. 2'000.-- Entscheidgebühr und CHF 1'050.-- Dolmetscherkosten) werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, die Mehrkosten für den begründeten Entscheid von CHF 1'000.-- werden der Gesuchstellerin auferlegt. Die Kosten werden zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung im Sinne von Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
8. Parteientschädigungen werden keine zugesprochen.
9. [Schriftliche Mitteilungen]
10. [Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 10 Tage, ohne Stillstand]

Berufungsanträge:

- "1. Das Urteil der Vorinstanz sei aufzuheben.
2. Die Sache sei zur neuen Beurteilung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Berufungsbeklagten und zur neuen Festsetzung von angemessenen Kinderunterhaltsbeiträgen an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Eventualiter sei der Berufungsbeklagte zur Zahlung von monatlichen Kinderunterhaltsbeiträgen in der Höhe von Fr. 1'080 monatlich, an den Barbedarf des Kindes, zuzüglich vertragliche und gesetzliche Kinder- und Familienzulagen, sowie zu Betreuungsunterhaltsbeiträgen in der Höhe von mindestens Fr. 920.-- monatlich, zahlbar an die Mutter monatlich jeweils im Voraus bis zum letzten Tag des Vormonats zu verpflichten, erstmals rückwirkend erstmals für den Monat Juni 2017 und für die weitere Dauer des Getrenntlebens.
4. Alles unter Entschädigungs- und Kostenfolgen zu Lasten des Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

1. a) Am 8. Juni 2017 reichte die Gesuchstellerin beim Bezirksgericht Zürich (Vorinstanz) ein Eheschutzbegehren ein (Urk. 1). Anlässlich der Verhandlung vom 22. August 2017 schlossen die Parteien eine umfassende Trennungsvereinbarung (Urk. 17, Vi-Prot. S. 4). Mit Urteil vom 23. August 2017 schloss die Vorinstanz das Eheschutzverfahren ab (Urk. 18; auf Begehren der Gesuchstelle-

rin nachträglich begründet, Urk. 26 = Urk. 28; Entscheiddispositiv eingangs wiedergegeben).

b) Hiergegen hat die Gesuchstellerin am 7. Dezember 2017 fristgerecht (ES bei Urk. 26) Berufung erhoben und die eingangs aufgeführten Berufungsanträge gestellt (Urk. 27 S. 2).

c) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Da sich die Berufung sogleich als unbegründet erweist, kann auf prozessuale Weiterungen verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

2. a) Im Berufungsverfahren einzig umstritten sind die vom Gesuchsgegner zu leistenden Unterhaltsbeiträge und dabei dessen Einkommen. Hierzu erwog die Vorinstanz im Wesentlichen, der Gesuchsgegner arbeite als Limousinen-Chauffeur bei der E._____ GmbH und verdiene offenbar für eine Vollzeitstelle und unter Anrechnung des Trinkgeldes monatlich Fr. 1'900.-- netto. Auch die Gesuchstellerin habe betreffend die Lohnhöhe des Gesuchsgegners keine Einwendungen gehabt. Da es dem Gesuchsgegner möglich sein sollte, in dieser Branche für ein Vollzeitpensum mehr zu verdienen, hätten die Parteien die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens von monatlich Fr. 3'100.-- netto ab Januar 2018 vereinbart. Aus dem Lohnbuch Schweiz 2017 gehe hervor, dass dieses Einkommen von Fr. 3'100.-- zwar etwas höher ausfalle, jedoch nicht unrealistisch sei. Beim Gesuchsgegner sei daher von einem anrechenbaren Nettoeinkommen von zunächst Fr. 1'900.-- und ab 1. Januar 2018 von einem solchen von Fr. 3'100.-- (je inkl. 13. Monatslohn, zuzüglich Kinderzulagen) auszugehen (Urk. 28 S. 15 f.).

b) Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufung ist begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Zu dieser Begründungsanforderung gehört, dass in der Berufungsschrift dargelegt werden muss, weshalb der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten unrichtig sein soll; die Berufung muss sich dementsprechend mit den Entscheidungsgründen der Vorinstanz im Einzelnen auseinandersetzen. Das Obergericht hat sodann die geltend gemachten Punkte frei und unbeschränkt zu überprüfen; es muss dagegen den

angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf weitere Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden und diese Fehlerhaftigkeiten würden klar zutage treten.

c) Die Gesuchstellerin macht in ihrer Berufung zusammengefasst geltend, sie sei beim Abschluss der Trennungsvereinbarung vom 22. August 2017 vom Gesuchsgegner über dessen Einkommen getäuscht worden. Der Gesuchsgegner habe anlässlich der Vergleichsgespräche vorgebracht, nur über das Erwerbseinkommen bei der E._____ GmbH zu verfügen. Dieser Punkt habe entgegen der vorinstanzlichen Erwägung, dass sie keine Einwendungen hiergegen gehabt habe, zu heftigen Diskussionen Anlass gegeben. Da der Gesuchsgegner aber glaubhaft ausgeführt habe, dass die von ihm vorgelegten Belege sein ganzes Einkommen belegen würden und er ein zweites Fahrzeug, einen als Taxi registrierten VW Touran, an die Leasingfirma habe zurückgeben müssen, habe sie ihm schliesslich geglaubt, dass er nur noch über dieses und nicht mehr über das noch im Mai mit einer Zahlung von Fr. 5'777.12 ausgewiesene Einkommen verfüge. Nun habe sie nach der Verhandlung Nachforschungen über den VW Touran angestellt und beim Strassenverkehrsamt einen Beleg über dessen Übertragung erhalten und auch die Auskunft, dass dieses Fahrzeug vor und nach der Übertragung als Taxi registriert gewesen sei. Sie habe sodann auch eine Visitenkarte gefunden, die auf einen weiteren Erwerbszweig schliessen lasse und darauf, dass mehr als ein F._____ -Konto für den Gesuchsgegner existiere, denn er trete auch als privater Chauffeur auf. Hätte die Vorinstanz Kenntnis von diesen Unterlagen gehabt, hätte sie nicht auf weitere Abklärungen verzichtet. Der Gesuchsgegner habe die ganze Zeit und weiterhin ein Einkommen von mindestens Fr. 5'000.-- bis Fr. 5'500.-- zu erzielen vermocht. Die Vereinbarung leide damit an einem wesentlichen Willensmangel und sei ungültig. Die Sache sei an die Vorinstanz für weitere Abklärungen zurückzuweisen (Urk. 27 S. 3 f.).

d) Die Berufungsvorbringen der Gesuchstellerin sind nicht geeignet, eine Täuschung zu begründen, geschweige denn glaubhaft zu machen. Gemäss ihren Vorbringen wurde das Fahrzeug VW Touran tatsächlich übertragen (wie der Ge-

suchsgegner offenbar behauptet hatte); welche Relevanz der Umstand, dass es auch nach der Übertragung als Taxi registriert war – d.h. dass es von einem Dritten ebenfalls als Taxi genutzt wird –, für das Einkommen des Gesuchsgegners haben sollte, erschliesst sich aus den Berufungsvorbringen nicht. Die eingereichte Visitenkarte ist sodann von vornherein unbeachtlich, denn die Gesuchsgegnerin legt nicht dar, wann sie diese gefunden haben will und damit insbesondere nicht, dass dies erst nach der vorinstanzlichen Verhandlung vom 22. August 2017 geschehen sei und ihr damit die Einreichung im vorinstanzlichen Verfahren nicht möglich gewesen wäre (vgl. Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Ohnehin wäre mit dieser Visitenkarte (Urk. 30/4) ein weiteres Einkommen des Gesuchsgegners nicht annähernd glaubhaft gemacht (nur schon, weil unbekannt ist, wie alt diese Visitenkarte ist, d.h. ob sie überhaupt aktuell ist); die Gesuchstellerin selbst äussert hierzu auch lediglich einen blossen "Verdacht" (Urk. 27 S. 3 unten). Die Vorinstanz hätte daher – auch unter der Geltung der Untersuchungsmaxime für Kinderbelange (Art. 296 Abs. 1 ZPO) – sogar unter Berücksichtigung der Berufungsvorbringen keinen Anlass gehabt, zum Einkommen des Gesuchsgegners weitere Abklärungen zu tätigen.

e) Nach dem Gesagten erweist sich die Berufung als unbegründet. Sie ist demgemäss abzuweisen und das angefochtene Urteil ist zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

3. a) Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 6 Abs. 2 lit. b in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 5 und § 12 der Gerichtsgebührenverordnung auf Fr. 2'000.-- festzusetzen.

b) Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss der Gesuchstellerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

c) Die Gesuchstellerin hat ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren gestellt (Urk. 27 S. 2, S. 5). Ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege setzt neben der Mittellosigkeit auch voraus, dass die Rechtsbehörden nicht aussichtslos erscheinen (Art. 117 lit. b ZPO). Die Berufung ist jedoch

als aussichtslos anzusehen (vgl. vorstehende Erwägungen), weshalb das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen ist.

d) Für das Berufungsverfahren hat die Gesuchstellerin zufolge des Unterliegens keinen Anspruch auf eine Entschädigung; dem Gesuchsgegner erwuchs kein relevanter Aufwand. Demgemäss sind für das Berufungsverfahren keine Parteientschädigungen zuzusprechen (Art. 95 Abs. 3, Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Gesuchstellerin um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung erfolgen mit nachstehendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 23. August 2017 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden der Gesuchstellerin auferlegt.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsgegner unter Beilage der Doppel von Urk. 27, Urk. 29 und Urk. 30/3-5, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die vorinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

6. 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt mehr als Fr. 30'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 21. Dezember 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. F. Rieke

versandt am:
bz