

# **ZH\_OBERGERICHT LE130076 vom 23. April 2014**

ZH Obergericht, 2014-04-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LE130076](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE130076)

FR: ZH\_OBERGERICHT LE130076 du 23 avril 2014

IT: ZH\_OBERGERICHT LE130076 del 23 aprile 2014

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Parteien sind seit dem tt. Dezember 2010 verheiratet und sind Eltern der am tt.mm.2011 geborenen Tochter C.\_\_\_\_\_ (Urk. 3). Mit Eingabe vom 6. September 2012 machte die Klägerin und Berufungsbeklagte (fortan Klägerin) bei der Vorinstanz das vorliegende Eheschutzverfahren anhängig (Urk. 1 und 2), welches nach Durchführung des Hauptverfahrens sowie zahlreichen Massnahmeverfahren mit Urteil und Verfügungen vom 3. Dezember 2013 erstinstanzlich abgeschlossen wurde (Urk. 150). Während des laufenden - 7 - Eheschutzverfahrens meldete sich die Klägerin zusammen mit dem Kind C.\_\_\_\_\_ per 20. Mai 2013 nach Polen ab (Urk. 86).

### **E. 2**

Mit fristgerechter Eingabe vom 12. Dezember 2013 erhob der Beklagte und Berufungskläger (fortan Beklagter) Berufung gegen den erstinstanzlichen Entscheid und stellte dabei die eingangs wiedergegebenen Anträge (Urk. 149 S. 2 f.).

### **E. 3**

Der Berufung des Beklagten wurde mit Verfügung vom 15. Januar 2014 betreffend der Dispositiv-Ziffern 5, 6 und 7 des angefochtenen Urteils mit Ausnahme des Betrages von Fr. 2'147.– pro Monat ab 1. Januar 2014 die aufschiebende Wirkung erteilt. Im Übrigen wurde das Gesuch des Beklagten um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen (Urk. 155).

### **E. 4**

Mit Verfügung vom 14. Februar 2014 wurde der Klägerin Frist zur Beantwortung der Berufung angesetzt. Mit der gleichen Verfügung wurde den Parteien die Möglichkeit eingeräumt, sich zur Frage der internationalen Zuständigkeit der Schweizer Gerichte zu äussern. Die Berufungsantwort der Klägerin inklusive Stellungnahme zur Frage der internationalen Zuständigkeit datiert vom 5. März 2014 (Urk. 164). Der Beklagte nahm mit Eingabe vom 13. März 2014 zur Frage der internationalen Zuständigkeit Stellung (Urk. 165). Beide Eingaben wurden der Gegenseite jeweils zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 168). Mit Zuschrift vom 31. März 2014 reichte die Klägerin einen aktuellen Auszug ihres Bankkontos nach, welcher dem Beklagten ebenfalls zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (Urk. 169 und 170).

#### **E. 4.1**

Für die Phase I ist - wie bereits erwähnt - sowohl auf den Ehegatten- wie auch auf den Kinderunterhalt schweizerisches Recht anwendbar.

#### **E. 4.2**

Die Vorinstanz hat die Unterhaltspflicht des Beklagten in dieser Zeitspanne in zwei Phasen berechnet: a) Ausgehend von einem Einkommen von Fr. 8'673.– des Beklagten und einem Einkommen von Fr. 0.– der Klägerin sowie einem Bedarf der Parteien von Fr. 3'520.– (Beklagter) bzw. Fr. 5'529.– (Klägerin und C.\_\_\_\_\_) verpflichtete sie den Beklagten, der Klägerin vom 1. September 2012 bis 30. November 2012 einen Unterhaltbeitrag von Fr. 2'353.– und dem Kind C.\_\_\_\_\_ einen Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'200.– zu bezahlen (Urk. 150 S. 91). Der Beklagte beantragt zwar die Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 5, äussert sich aber in der Berufungsbegründung mit keinem Wort zu dieser Phase der Unterhaltsberechnung. Er kritisiert weder die Einkommens- noch Bedarfszahlen der Parteien noch thematisiert er die Unterhaltsberechnung an sich. Auf diese Phase der Unterhaltsberechnung ist daher nicht weiter einzugehen.

- 15 - b) Vom 1. April 2013 bis 31. Mai 2013 sprach die Vorinstanz der Klägerin einen Unterhaltsbeitrag von Fr. 2'308.– und C.\_\_\_\_\_ einen solchen von Fr. 1'200.– zu. Dieser Unterhaltsberechnung legte die Vorinstanz ein Einkommen des Beklagten von Fr. 6'588.– und ein solches der Klägerin von Fr. 0.– sowie einen Bedarf der Parteien von Fr. 3'080.– (Beklagter) bzw. Fr. 4'029.– (Klägerin und C.\_\_\_\_\_) zu Grunde. Dem Beklagten rechnete die Vorinstanz ein hypothetisches Einkommen in der Höhe von 80% seines letzten versicherten Verdienstes an. Zur Begründung erwog sie, es sei aufgrund der ausgewiesenen Zahlen der E.\_\_\_\_\_ AG zwar nachvollziehbar, dass diese das Arbeitsverhältnis mit dem Beklagten habe auflösen müssen. Der Beklagte habe aber freiwillig auf einen Monat der vertraglich vereinbarten Kündigungsfrist und somit auf die Auszahlung des Lohnes von Fr. 8'186.– für den Monat April 2013 verzichtet. Dies möge aus unternehmerischer Perspektive Sinn machen, doch hätte der Beklagte seinen damaligen Unterhaltsverpflichtungen vor seinen persönlichen Verpflichtungen gegenüber der E.\_\_\_\_\_ AG erste Priorität schenken müssen. Im Weiteren sei aus den eingereichten Unterlagen zwar ersichtlich, dass sich der Beklagte noch während bestehendem Arbeitsverhältnis zur E.\_\_\_\_\_ AG um eine neue Stelle bemüht habe. Nach nur einem Monat habe er die Stellensuche aber aus eigenem Antrieb aufgegeben, da er gemäss eigenen Angaben auf dem schweizerischen Arbeitsmarkt keine Chancen hätte und er seine Verpflichtung und Verantwortung gegenüber der E.\_\_\_\_\_ AG gesehen habe. Auch damit habe der Beklagte seine angebliche Verpflichtung gegenüber der E.\_\_\_\_\_ AG höher gewichtet als seine damals ebenfalls bestehende Unterhaltsverpflichtung. Zwar habe er sich mit der Anmeldung beim RAV darum bemüht, allenfalls einen anderweitigen Verdienst in Form von Arbeitslosentaggeldern zu erhalten. Nach Erhalt der abschlägigen Verfügung der UNIA vom 29. April 2013, wonach ihm aufgrund seiner arbeitgeberähnlichen Stellung als Verwaltungsrat der E.\_\_\_\_\_ AG kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung zustehe, habe er sich aber nicht als Verwaltungsrat der E.\_\_\_\_\_ AG im Handelsregister streichen lassen, weil er es als völlig legitim erachtet habe, dass er als Unternehmer weiterhin als Verwaltungsratsmitglied der E.\_\_\_\_\_ AG im

- 16 - Handelsregister eingetragen bliebe. Auch damit habe der Beklagte mit Bezug auf seine Verpflichtungen die falschen Prioritäten gesetzt. Es sei davon auszugehen, dass der Beklagte - hätte er sich nach dem abschlägigen Entscheid der UNIA umgehend als Verwaltungsratsmitglied im Handelsregister löschen lassen - nach einer Wartezeit von fünf Tagen nach Beginn seiner Arbeitslosigkeit (vgl. Art. 18 Abs. 1 AVIG), das heisst ab dem 6. April 2013, Anspruch auf 80% seines ihm zuletzt ausbezahlten Lohnes gehabt hätte. Die Tatsache, dass ihm solche Arbeitslosentaggelder nicht ausbezahlt würden, habe der

Beklagte mit seiner Weigerung, sich als Verwaltungsratsmitglied der E.\_\_\_\_\_ AG aus dem Handelsregister streichen zu lassen, selbst verschuldet. Dem Beklagten sei daher ein hypothetisches Einkommen im Umfang von 80% seines ihm zuletzt ausbezahlten Lohnes zuzüglich ein kleines Nebeneinkommen von Fr. 30.–, total Fr. 6'588.–, anzurechnen (Urk. 150 S. 71-80).

#### **E. 4.3**

Der Beklagte wehrt sich in seiner Berufung einzig gegen die Anrechnung des hypothetischen Einkommens (Urk. 149 S. 13-16). Der Bedarf des Beklagten, der Bedarf der Klägerin und von C.\_\_\_\_\_ sowie das Einkommen der Klägerin macht der Beklagte nicht zum Thema seiner Berufung, weshalb es dabei sein Bewenden hat.

#### **E. 4.4**

a) Mit Bezug auf die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens bringt der Beklagte vor, im summarischen Verfahren komme die Annahme eines solchen nur ausnahmsweise zum Tragen. Eine solche Ausnahme sei vorliegend nicht gegeben. Der Verzicht des Beklagten auf Arbeitslosengeld sei nicht selbstverschuldet. Vielmehr habe er seine Verantwortung der E.\_\_\_\_\_ AG gegenüber wahrgenommen. Falls er sich definitiv von seinem Geschäftspartner trenne und damit sein Unternehmertum für ein kurzfristiges Arbeitslosengeld aufgeben, komme die E.\_\_\_\_\_ AG zu Schaden, da er nie in der Lage sein würde, die von der E.\_\_\_\_\_ AG gewährten Darlehen zu retournieren. Überdies sei ihm nicht klar gewesen, dass er seine Funktion als Verwaltungsrat habe aufgeben müssen, um Arbeitslosenentschädigung zu erhalten (Urk. 149 S. 13 f.).

- 17 - b) Dem Beklagten ist zuzustimmen, dass für die Berechnung der Unterhaltsbeiträge grundsätzlich vom tatsächlich erzielten Einkommen auszugehen ist. Ein hypothetisches Einkommen darf nur eingesetzt werden, wenn eine reale Möglichkeit der Einkommenssteigerung vorliegt (BGE 117 II 16 E. 1b S. 17; 128 III 4 E. 4a S. 5). Deshalb ist es grundsätzlich unzulässig, rückwirkend von einem höheren hypothetischen Einkommen des Pflichtigen auszugehen. Eine Rückwirkung kann im Einzelfall unter Umständen dem Willkürverbot standhalten, wenn dem Unterhaltsschuldner ein unredliches Verhalten vorgeworfen werden kann, oder wenn die geforderte Umstellung in seinen Lebensverhältnissen und das Erfordernis des vermehrten beruflichen Einsatzes vorhersehbar ist (BGer 5A\_636/2013 vom 21. Februar 2014 Erw. 5; 5P.79/2004 vom 10. Juni 2004, Erw. 4.3; 5P.388/2003 vom 7. Januar 2004, Erw. 1.1 und 1.2). Das Gleiche gilt, wenn der Schuldner freiwillig sein Einkommen vermindert, obwohl er weiss oder wissen sollte, dass ihm die Pflicht zur Übernahme von Unterhaltsverpflichtungen oblag (BGer 5A\_317/2011, vom 22. November 2011 Erw. 6.2) c) Im vorliegenden Fall ist der Beklagte vorab darauf aufmerksam zu machen, dass er sich gemäss der Vereinbarung vom 22. November 2012 verpflichtete, während der Dauer des Eheschutzverfahrens für die Klägerin und die Tochter C.\_\_\_\_\_ monatlich Fr. 5'000.00 zuzüglich Kinderzulagen zu bezahlen (Urk. 42, gerichtlich genehmigt in Urk. 43). Der Beklagte handelte daher unredlich, wenn er nicht alles daran setzte, die selbst eingegangene Verpflichtung zu erfüllen. Die vom Beklagten vorgebrachten Argumente, weshalb ihm die Einhaltung der selbst eingegangenen Unterhaltspflicht nicht mehr möglich sein soll, überzeugen nicht. Wenn der Beklagte in der Berufung geltend macht, er habe nicht selbstverschuldet auf das Arbeitslosengeld verzichtet, sondern er habe gegenüber der E.\_\_\_\_\_ AG seine Verantwortung wahrgenommen (Urk. 149 S. 14), verkennt er, dass die Vorinstanz sich mit dieser

Argumentation bereits eingehend auseinandergesetzt und aufgezeigt hat, dass die Verpflichtung gegenüber der Klägerin und C.\_\_\_\_\_ höher zu gewichten sei, als jene gegenüber der E.\_\_\_\_\_ AG. Der Beklagte habe daher mit dem bewussten Verbleib in seiner Rolle als Unternehmer

- 18 - den unternehmerischen Interessen den Vorrang gegeben und damit bewusst auf die Möglichkeit, eine neue Anstellung zu finden oder Arbeitslosengeld zu beziehen, verzichtet. Mit diesen zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz setzt sich der Beklagte nicht auseinander, sondern wiederholt unbesehen seinen im vorinstanzlichen Verfahren eingenommenen Standpunkt. d) Weiter führt der Beklagte aus, die E.\_\_\_\_\_ AG sei die einzige Möglichkeit für ihn, je wieder zu Geld zu kommen. Auf dem Arbeitsmarkt habe er keine Chancen, da ihm die Ausbildung fehle und er ein absoluter Praktiker sei (Urk. 149 S. 14). Dass der Beklagte auf dem Stellenmarkt keine Chancen hat, ist nicht ausreichend dargelegt. Zwar liegen aus dem Monat März des Jahres 2013 19 Bewerbungsschreiben im Recht, wobei aber nur gerade zwei Absagen dokumentiert sind (Urk. 71/5 und 6). Daraus kann nicht geschlossen werden, dass der Beklagte nicht vermittelbar wäre. Der Beklagte hat eine Ausbildung als Fachinformatiker und weist in diesem Tätigkeitsbereich mehrere Jahre Berufserfahrung auf (vgl. Urk. 41/2). Er ist 30 Jahre alt, bei bester Gesundheit und hat keine Betreuungspflichten wahrzunehmen. In Anbetracht der beklagtischen Ausbildung, der langjährigen Berufserfahrung sowie der zeitlichen Verfügbarkeit ist es dem Beklagten zumutbar und möglich, im entsprechenden Bereich (IT-Branche) wieder beruflich Fuss zu fassen. Es ist daher davon auszugehen, dass der Beklagten bei genügender Anstrengung eine neue Arbeitsstelle gefunden hätte, zumal sich die wirtschaftliche Lage bzw. die Situation auf dem Arbeitsmarkt im IT-Bereich als gut präsentiert. Die Einstellung der Suchbemühungen für eine neue Anstellung nach nur einem Monat ist vor diesem Hintergrund - wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat - nicht vertretbar. e) Schliesslich ist auch das beklagtische Vorbringen, wonach er nicht gewusst habe, dass er seine Funktion als Verwaltungsrat aufgeben müsse, um Arbeitslosenentschädigung beziehen zu können, nicht zielführend. In der abschlägigen Verfügung der UNIA vom 29. April 2013 wurde unmissverständlich dargelegt, dass die Organstellung bzw. arbeitgeberähnliche Stellung des Beklagten den Grund für die Ablehnung des Anspruches auf Arbeitslo-

- 19 - senentschädigung darstelle und dass der Bezug von Arbeitslosengeld erst nach dem definitiven Ausscheiden aus der Unternehmung möglich sei (Urk. 78/1). Spätestens ab diesem Zeitpunkt war dem Beklagten die Faktenlage bekannt und er wäre gehalten gewesen, sich aus der E.\_\_\_\_\_ AG zurückzuziehen, um während einer bestimmten Zeit - während welcher er sich um eine neue Anstellung zu bemühen gehabt hätte - Arbeitslosengelder beziehen zu können. f) Vor diesem Hintergrund hat der Beklagte als Unterhaltsverpflichteter die Einkommensverminderung bzw. Einkommenslosigkeit durch den einseitig und freiwillig getroffenen Entscheid, auf einen Teil seiner vertraglich garantierten Kündigungsfrist zu verzichten, dennoch an seiner Funktion als Unternehmer festzuhalten und weder eine neue Anstellung zu suchen noch die nötigen Vorkehrungen für den Bezug von Arbeitslosengeldern zu tätigen, herbeigeführt. Wie bereits dargelegt, soll der Unterhaltsschuldner die Folgen dieses unredlichen Verhaltens selber tragen und nicht auf den Unterhaltsgläubiger abwälzen. Die Vorinstanz hat dem Beklagten daher zu Recht auch rückwirkend ein hypothetisches Einkommen angerechnet. Die Annahme, dass der Beklagte mit objektiv zumutbarem Arbeitsaufwand entsprechend seinen beruflichen Qualifikationen ein Einkommen von Fr. 6'588.- erzielen kann, ist gerechtfertigt, zumal der

Beklagte die Höhe des hypothetischen Einkommens nicht bestreitet.

#### **E. 4.5**

Abschliessend ist festzuhalten, dass es bei den vorinstanzlich festgesetzten Ehegatten- und Kinderunterhaltsbeiträgen sein Bewenden hat. Die relevante Zeitspanne ist allerdings bis zum 20. Mai 2013 (Wegzug der Klägerin mit C.\_\_\_\_\_ nach Polen) zu beschränken. Entsprechend ist der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin vom 1. April 2013 bis zum 20. Mai 2013 einen Unterhaltsbeitrag von Fr. 2'308.– und C.\_\_\_\_\_ einen solchen von Fr. 1'200.– zu bezahlen.

- 20 -

#### **E. 5**

Das beklagte Begehren hat keine Aussicht auf Erfolg. Von sämtlichen streitbetroffenen Gegenstände ist entweder nicht klar, wer der jeweilige Eigentümer ist oder wo sich die Gegenstände momentan befinden. Gestützt auf diese Aktenlage kann die Klägerin nicht zur Herausgabe der begehrten Gegenstände verpflichtet werden. Überdies gilt es zu beachten, dass der Eheschutzrichter lediglich Hausratsgegenstände aufgrund von Zweckmässigkeitserwägungen zur Benützung zuweist (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB), nicht aber über die Herausgabe von Gegenständen aufgrund dinglicher oder obligatorischer Rechte bzw. gestützt auf das "bessere Recht" entscheidet. Weder das Eigentum des Beklagten (Urk. 149 S. 18) noch das fehlende

- 26 - "Nutzungsrecht" der Klägerin (vgl. Urk. 143 S. 38) sind für diese Zuteilung relevant. Es bleibt damit bei der vorinstanzlichen Abweisung des Herausgabebegehrens. G. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Für das zweitinstanzliche Verfahren rechtfertigt sich in Anwendung von § 2 lit. a, c und d sowie § 12 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 und § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 2 lit. b und § 8 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) eine pauschale Entscheidgebühr von Fr. 3'000.–. 2. Die Prozesskosten werden grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Umstritten waren im vorliegenden Berufungsverfahren im Wesentlichen die Zuteilung der Obhut, die Regelung des Besuchsrechts sowie die Aufhebung der Besuchsbeistandschaft und die Ehegatten- wie auch Kinderunterhaltsbeiträge und das beklagte Herausgabebegehren. Bezüglich der Ehegatten- und Kinderunterhaltsbeiträge sowie dem Herausgabebegehren unterliegt der Beklagte grossmehrheitlich. Mit Bezug auf die Kinderbelange sind die Gerichtskosten nach ständiger Rechtsprechung der erkennenden Kammer unabhängig vom Ausgang des Prozesses beiden Parteien je hälftig aufzuerlegen, wenn diese achtenswerte Gründe für ihre Rechtspositionen hatten (ZR 84 Nr. 41). Gesamthaft betrachtet rechtfertigt es sich vor diesem Hintergrund, dem Beklagten 3/4 und der Klägerin 1/4 der zweitinstanzlichen Verfahrenskosten aufzuerlegen. 3. Die Parteientschädigung wird gemäss Art. 105 Abs. 2 ZPO vom Gericht nach den Tarifen gemäss Art. 96 ZPO zugesprochen und den Parteien in Anwendung von Art. 106 Abs. 2 ZPO auferlegt. Die für die Festsetzung der Parteientschädigung massgeblichen Bestimmungen finden sich in der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom

#### **E. 5.1**

Seit dem Wegzug der Klägerin mit C.\_\_\_\_\_ nach Polen ist für die Beurteilung des Ehegatten- und Kinderunterhaltes polnisches Recht massgebend.

## E. 5.2

Die unterhaltsrechtlichen Folgen der Trennung von Tisch und Bett für den Ehegatten regeln die Art. 60 und 61 des Familien- und Vormundschaftsge- setzbuches vom 25. Februar 1964 (fortan FVGB). Das Gesetz unterscheidet zwischen dem sog. privilegierten Unterhaltsanspruch des Nichtschuldigen gegen den Alleinschuldigen (Art. 60 § 2 FVGB) und dem gewöhnlichen Un- terhaltsanspruch in den anderen Fällen (Art. 60 § 1 FVGB). Danach kann im Falle einer Trennung der Ehe derjenige Ehegatte, welcher nicht ausschliess- lich für schuldig an der Zerrüttung des ehelichen Zusammenlebens erkannt wurde und in Not geraten ist, vom anderen Ehegatten für die gerechtfertig- ten Bedürfnisse und nach Erwerbs- und Vermögenmöglichkeiten des Ver- pflichteten entsprechende Mittel verlangen. Ist ein Ehegatte für ausschliess- lich schuldig an der Zerrüttung des ehelichen Zusammenlebens erkannt worden, kann der andere Ehegatte von ihm einen Beitrag zur gerechtfertig- ten Deckung seiner Bedürfnisse auch in dem Fall verlangen, dass er zwar nicht in Not geraten ist, die Scheidung aber eine wesentliche Verschlechte- rung seiner materiellen Verhältnisse verursacht hat. Keinen Unterhaltsan- spruch hat der Alleinschuldige gegen den Nichtschuldigen (vgl. zum Gan- zen: (Bobrzy■ski/Olczyk, in: Liebscher/Zoll, Einführung in das polnische Recht, München 2005, S. 348). Die Bemessung des gewöhnlichen Unter- halts richtet sich gemäss Art. 60 § 1 FVGB nach den gerechtfertigten Be- dürfnissen des Berechtigten und den Erwerbs- und Vermögenmöglichkei- ten des Verpflichteten. Bei der Leistungsfähigkeit des Verpflichteten kommt es nicht auf sein tatsächlich erzieltetes Einkommen an, sondern auf das Ein- kommen, das er bei einem objektiv zumutbaren Arbeitsaufwand entspre- chend seinen beruflichen Qualifikationen erzielen kann (Berg- mann/Ferid/Henrich, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Polen, Frankfurt a. M. 2012, S. 39 mit Generalverweis auf III.A.6).

- 21 - Der Beklagte gibt als Grund der Trennung an, man habe zu früh geheiratet und bald nach der Hochzeit gemerkt, dass sie einen ganz unterschiedlichen kulturellen Hintergrund aufweisen würden (Urk. 40 S. 8). Dies blieb auf Sei- ten der Klägerin unbestritten und leuchtet angesichts der Tatsache, dass sich die Parteien im Juli 2010 in Polen kennenlernten, die Klägerin bereits nach einer Woche schwanger wurde und zum Beklagten in die Schweiz zog, wo am tt. Dezember 2010 die Hochzeit stattfand und die gemeinsame Toch- ter C.\_\_\_\_\_ am tt.mm.2011 geboren wurde, auch ein. Die von der Klägerin geschilderten Streitereien wegen eines vom Beklagten gewünschten Ehe- vertrages (Urk. 38 S. 3 f.) sowie die vom Beklagten ins Feld geführte distan- zierte, teils aggressive Verhaltensweise der Klägerin ihm gegenüber schei- nen Folgeerscheinungen der überstürzten Heirat zu sein. Vor diesem Hin- tergrund kann keinem der Ehegatten die alleinige Schuld an der Zerrüttung der Ehe angelastet werden. Entsprechend ist von einem gewöhnlichen Un- terhaltsanspruch der Klägerin gegen den Beklagten im Sinne von Art. 60 § 1 FVGB auszugehen. Die Klägerin kann demnach vom Beklagten seinen Er- werbs- und Vermögenmöglichkeiten entsprechende Mittel für ihre gerech- fertigten Bedürfnisse verlangen, sofern die Klägerin durch die Trennung in Not geraten ist. Während der gelebten Ehe kam der Beklagte alleine für den Unterhalt der Familie auf, während sich die Klägerin um den Haushalt und die Erziehung der gemeinsamen Tochter C.\_\_\_\_\_ kümmerte. Ein eigenes Einkommen erwirtschaftete sie damals nicht. Nach der Trennung der Ehe- leute stellte der Beklagte zeitweise seine Unterhaltszahlungen ein, weshalb die Klägerin schliesslich mit der Tochter C.\_\_\_\_\_ nach Polen reiste, weil ihr in der Schweiz die Existenzgrundlage fehlte. Auch heute ist die Klägerin nicht erwerbstätig, was der Beklagte nicht zum Thema seiner Berufung macht, weshalb es dabei sein Bewenden hat. Die

Klägerin ist entsprechend zurzeit in Polen ohne Einkünfte und auf die Unterhaltsbeiträge des Beklagten angewiesen.

### **E. 5.3**

Mit Bezug auf den Kinderunterhalt sind die Art. 58 § 1 i.V.m. Art. 133 § 1 und Art. 135 § 2 FVGB massgebend. Danach regelt das Gericht im Urteil über die Trennung von Tisch und Bett, in welcher Höhe jeder Ehegatte zu den

- 22 - Unterhalts- und Erziehungskosten für das Kind beizutragen hat. Der Umfang der Unterhaltsleistungen an das Kind hängt dabei ebenfalls von den gerechtfertigten Bedürfnissen des Berechtigten und den Erwerbs- und Vermögensmöglichkeiten des Verpflichteten ab (Art. 135 § 1 FVGB), wobei ebenfalls das Einkommen massgebend ist, das bei einem objektiv zumutbaren Arbeitsaufwand entsprechend den beruflichen Qualifikationen erzielt werden kann (Bergmann/Ferid/Henrich, a.a.O., S. 39). Die Erfüllung der Unterhaltspflicht gegenüber einem Kind kann auch ganz oder teilweise in der persönlichen Sorge für den Unterhalt und die Erziehung des Berechtigten bestehen; in diesem Fall besteht die Unterhaltsleistung der sonstigen Verpflichteten in der gänzlichen oder teilweisen Deckung der Unterhalts- oder Erziehungskosten des Berechtigten (Art. 135 § 2 FVGB). Vorliegend erfüllt die Klägerin ihre Unterhaltspflicht aufgrund der faktischen Obhut über C.\_\_\_\_\_ in Polen in Form von Pflege und Erziehung, womit die Unterhaltsleistung des Beklagten nach Art. 135 § 2 FVGB in der Deckung der Unterhalts- und Erziehungskosten besteht.

### **E. 5.4**

Die gerechtfertigten Bedürfnisse der Klägerin und von C.\_\_\_\_\_ hat die Vorinstanz gestützt auf die Kaufkraftvergleichstabelle der UBS auf Fr. 2'147.– festgesetzt. Der Beklagte moniert, dieser Bedarf entspreche nicht dem Preis- und Lohnniveau in Polen. Ein Unterhaltsbeitrag in dieser Höhe würde in Polen nie zugesprochen, da er dem Einkommen eines oberen Kadern entspreche (Urk. 149 S. 17). Zur Untermauerung dieser Behauptung legt der Beklagte drei Auszüge von Internetseiten ins Recht, aus welchen seiner Ansicht nach die Preisverhältnisse zwischen Polen und der Schweiz klar ersichtlich seien (Urk. 152/15). Lebt der Unterhaltsschuldner im Ausland, ist bei der Bedarfsberechnung das allenfalls tiefere oder höhere Niveau der dortigen Lebenskosten zu berücksichtigen. Diese Berücksichtigung des unterschiedlichen Lebensstandards in den verschiedenen Staaten erfolgt über eine Umrechnung anhand der statistisch erhobenen Verbrauchergeldparitäten bzw. internationaler Kaufkraftvergleiche. Verwendung finden in der Praxis vorab die Erhebungen internatio-

- 23 - naler Grossbanken. Die Vorinstanz hat den Bedarf der Klägerin und von C.\_\_\_\_\_ gestützt auf die Kaufkraftvergleichstabelle der UBS an die Preisverhältnisse in Polen angepasst und damit die gerechtfertigten Bedürfnisse in Polen berechnet. Wie gezeigt entspricht dies dem üblichen Vorgehen bei Unterhaltsberechnungen mit internationalem Bezug. Die diesbezügliche Rüge des Beklagten geht demnach fehl. Überdies erklärt der Beklagte nicht, weshalb die Parameter der Kaufkraftvergleichstabelle der UBS im konkreten Fall nicht zutreffend sein sollten. Die von ihm in diesem Zusammenhang ins Recht gereichten Internetauszüge alleine vermögen jedenfalls nicht darzutun, dass die von der Vorinstanz gestützt auf die Kaufkraftvergleichstabelle der UBS ermittelten Werte unzutreffend seien. Zu den einzelnen Bedarfssituationen äussert sich der Beklagte nicht. Deshalb ist auch nicht ersichtlich, mit welchen Positionen er nicht einverstanden ist oder

welchen Betrag er jeweils für angebracht halten würde. Vor diesem Hintergrund hat es mit Bezug auf den Bedarf der Klägerin und von C.\_\_\_\_\_ in der Phase II der Unterhaltsberechnung beim vorinstanzlich festgesetzten Betrag sein Bewenden. Das Vorbringen des Beklagten, wonach die Klägerin in einem Konkubinat lebe, weshalb sie auf den Unterhalt nicht angewiesen sei, erfolgt sodann verspätet (vgl. Urk. 152/13). Unbesehen davon, geht aus den eingereichten Emails der Klägerin (Urk. 152/13 und Urk. 162/3), in welchen diese von "ihrem Mann" schreibt, nicht hervor, inwiefern sich dieser an ihren finanziellen Ausgaben beteiligt und damit die gerechtfertigten Bedürfnisse der Klägerin gedeckt werden. Es ist noch nicht einmal ersichtlich, ob die Klägerin mit diesem Mann zusammenlebt. Eine Aufhebung der Unterhaltsverpflichtung des Beklagten fällt daher ausser Betracht.

### **E. 5.5**

Die Erwerbsmöglichkeiten des Beklagten sind mit Verweis auf die Ausführungen unter E.4.4 auf Fr. 6'588.– festzusetzen. Mit dem objektiv zumutbaren Arbeitsaufwand ist der Beklagte entsprechend seinen beruflichen Qualifikationen in der Lage, ein Einkommen von Fr. 6'588.– zu erzielen.

### **E. 5.6**

Im Rahmen der konkreten Unterhaltsberechnung hat die Vorinstanz das Gesamteinkommen der Parteien dem Gesamtbedarf gegenübergestellt und

- 24 - den vorhandenen Überschuss hälftig aufgeteilt. Eine Überschussbeteiligung ist dem polnischen Recht fremd. Vielmehr sind bei einem gewöhnlichen Unterhaltsanspruch ohne Alleinschuldigen die gerechtfertigten Bedürfnisse zu decken. Nur im Falle einer Unterhaltsforderung des Nichtschuldigen gegen den Alleinschuldigen sind Verschlechterungen der materiellen Verhältnisse auszugleichen (vgl. E.5.2 obstehend). Entsprechend ist der Beklagte angesichts seiner Einkommensmöglichkeiten zu verpflichten, die gerechtfertigten Bedürfnisse der Klägerin und von C.\_\_\_\_\_ von Fr. 2'147.– zu decken. Dabei entfällt ermessensweise ein Betrag von Fr. 1'347.– auf die Klägerin und ein solcher von Fr. 800.– auf C.\_\_\_\_\_. F. Herausgabebegehren des Beklagten 1. Die internationale Zuständigkeit für das Herausgabebegehren des Beklagten richtet sich nach dem IPRG (vgl. Art. 46 IPRG). Im Bereich des IPRG gilt der Grundsatz der perpetuatio fori, d.h. die Zuständigkeit des zu Recht angerufenen Richters bleibt trotz des Wechsels des Aufenthaltsortes bzw. des Wohnsitzwechsels bestehen. Die Voraussetzungen für die Begründung der Zuständigkeit schweizerischer Gerichte müssen demnach im Zeitpunkt der Klageeinleitung gegeben sein, wobei sich der Zeitpunkt nach Art. 9 Abs. 2 IPRG richtet. Ein nachmaliger Wohnsitzwechsel einer Partei vermag somit mit Blick auf die perpetuatio fori keine Änderung der Zuständigkeit zu begründen. Da die Klägerin zum Zeitpunkt der Einreichung des Eheschutzbegehrens ihren Wohnsitz in D.\_\_\_\_\_ hatte, bestand zu diesem Zeitpunkt die Zuständigkeit der Schweizer Gerichte. Nach dem Grundsatz der perpetuatio fori bleibt diese Zuständigkeit auch nach der Verlegung des Wohnsitzes bzw. Aufenthaltes durch die Klägerin nach Polen bestehen. 2. Das anwendbare Recht für die vermögensrechtlichen Elemente der Eheschließungen bestimmt sich nach Art. 48 IPRG. Danach unterstehen die ehelichen Rechte und Pflichten dem Recht des Staates, in dem die Ehegatten ihren Wohnsitz haben (Abs. 1). Haben die Ehegatten ihren Wohnsitz nicht im glei-



- 25 - chen Staat, unterstehen die ehelichen Rechte und Pflichten dem Recht des Wohnsitzstaates, mit dem der Sachverhalt in engerem Zusammenhang steht. Da die Parteien ihren letzten gemeinsamen Wohnsitz in der Schweiz hatten und die herausverlangten Gegenstände zuletzt in der ehemals ehelichen Wohnung in D. \_\_\_\_\_ in Gebrauch waren, besteht ein engerer Zusammenhang des diesbezüglichen Sachverhaltes zur Schweiz, weshalb auf die entsprechende Frage schweizerisches Recht anwendbar ist. 3. Die Vorinstanz hat das beklagte Herausgabebegehren bezüglich des Computers G5 der Marke Apple, des Diktiergeräts der Marke Panasonic sowie einer Videokamera der Marke Sony abgewiesen. Begründet hat sie dies damit, dass der Beklagte nicht ausreichend dargetan habe, dass die genannten Gegenstände bereits vor der Heirat in seinem Alleineigentum gestanden hätten (Urk. 150 S. 99). 4. Der Beklagte bringt in seiner Berufung in diesem Zusammenhang vor, es sei nie bestritten worden, dass er der Eigentümer des Computers sowie des Diktiergerätes sei. Die Klägerin ihrerseits habe auch nicht belegt, dass sie Eigentümerin der Videokamera sei. Es sei nicht ersichtlich, weshalb die Klägerin dem Beklagten die genannten Gegenstände nicht herausgeben wolle. Die von der Klägerin vorgebrachte Behauptung, der Beklagte habe die Gegenstände beim Auszug aus der gemeinsamen Wohnung mitgenommen, sei jedenfalls nicht belegt (Urk. 149 S. 18).

## **E. 8**

September 2010 (AnwGebV). Die volle Prozessentschädigung ist in An-

- 27 - wendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 3, § 9, § 11 und § 13 der AnwGebV auf Fr. 3'000.– festzusetzen und der Beklagte in Anbetracht des Verfahrensausgangs zu verpflichten, der Klägerin eine auf die Hälfte reduzierte Parteient-schädigung von Fr. 1'500.– zu bezahlen. Mangels eines entsprechenden An-trages ist zur Prozessentschädigung kein Mehrwertsteuersatz zuzusprechen (vgl. das Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Zürcher Oberge-richts vom 17. Mai 2006). 4. Die Parteien ersuchen für das Berufungsverfahren um Gewährung der un-entgeltlichen Rechtspflege. Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie mittellos und ihr Prozessstandpunkt nicht aussichts-los ist (Art. 117 lit. a und b ZPO) und sie zur Wahrung ihrer Interessen auf eine rechtskundige Vertretung angewiesen ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Mittellosigkeit bzw. Bedürftigkeit ist dann zu bejahen, wenn die gesuchstel-lende Partei trotz Ausschöpfung sämtlicher eigenen Hilfsmittel nicht in der Lage ist, neben dem Lebensunterhalt für sich und ihre Familie auch den Prozess zu finanzieren. Sie beurteilt sich nach der gesamten wirtschaftlichen Situation des Rechtsuchenden im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs. Ein allfälliger Überschuss zwischen dem effektiv zur Verfügung stehenden Einkommen und dem Notbedarf der gesuchstellenden Partei ist mit den für den konkreten Fall zu erwartenden Gerichts- und Anwaltskosten in Bezie-hung zu setzen und danach zu fragen, ob die gesuchstellende Partei mit dem ihr verbleibenden Überschuss in der Lage ist, die anfallenden Gerichts- und Anwaltskosten innert angemessener Frist selbst zu finanzieren. Im Sin-ne einer groben Faustregel geht die Rechtsprechung davon aus, dass der monatliche Überschuss es ihr ermöglichen sollte, die Prozesskosten bei we-niger aufwendigen Prozessen innert eines Jahres, bei anderen innert zweier Jahre zu tilgen (Bühler, Die Prozessarmut, in: Schöbi (Hrsg.), Gerichtskos-ten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung: SWR Bd. 3, Bern 2001, S. 182 f. und 185 f.). Der Beklagte ist zurzeit einkommens- und vermögenslos, weshalb er ohne Weiteres als mittellos bezeichnet werden kann. Da der beklagte Pro-

- 28 - zessstandpunkt nicht aussichtslos und er als rechtsunkundiger Laie zur Wahrung seiner Interessen auf eine rechtliche Vertretung angewiesen ist, ist ihm die unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren zu bewilligen und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen. Die Klägerin kann mit den ihr und C. \_\_\_\_\_ zugesprochenen Unterhaltsbeiträgen ihren Bedarf gerade decken, wobei ihr darüber hinaus keine Mittel zur Verfügung stehen. Zudem erweist sich ihr Prozessstandpunkt nicht als aussichtslos, und sie ist als rechtsunkundige Laie zur Wahrung ihrer Interessen auf eine rechtliche Vertretung angewiesen, weshalb ihr die unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren zu bewilligen und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen ist. Es wird beschlossen:

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