

ZH_OBERGERICHT LE140065 vom 9. Februar 2015

ZH Obergericht, 2015-02-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE140065

FR: ZH_OBERGERICHT LE140065 du 9 février 2015

IT: ZH_OBERGERICHT LE140065 del 9 febbraio 2015

Erwägungen

E. 1

Mit Eingabe vom 5. Mai 2014 machte die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchstellerin) am 6. Mai 2014 bei der Vorinstanz ein Eheschutzbegehren rechtshängig (Urk. 1). Am 7. Juli 2014 fand die (einmal verschobene) Hauptverhandlung statt (Urk. 16). Die anlässlich dieser Verhandlung geschlossene Trennungsvereinbarung (mit Widerrufsvorbehalt; Urk. 15) wurde vom inzwischen anwaltlich vertretenen Gesuchsgegner und Berufungskläger (fortan Gesuchsgegner) mit Eingabe vom 14. Juli 2014 fristgerecht widerrufen (Urk. 17). In der Folge wurden am 13. August 2014 die beiden gemeinsamen Kinder der Parteien angehört (Urk. 22). Die Gelegenheit, sich zur Kinderanhörung zu äussern, nahm keine der Parteien wahr (Urk. 23; Urk. 28 S. 3). Mit Urteil vom 26. September 2014 fällte der Vorderrichter in der Folge den eingangs wiedergegebenen Eheschutzentscheid (Urk. 28).

E. 2

Im Berufungsverfahren können neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht wurden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz (d.h. spätestens bis zum Abschluss der Hauptverhandlung, vgl. Art. 229 Abs. 1 ZPO) vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

E. 3

Den Erörterungen über die Berechnung der Unterhaltsbeiträge ist sodann vorzuschicken, dass dieser Entscheid nach Recht und Billigkeit getroffen

- 7 - werden muss und nicht das Ergebnis exakter Berechnungen auf genauen Grundlagen darstellen kann (Meier-Hayoz, Berner Kommentar, N 71-73 zu Art. 4 ZGB). Vielmehr ist der gebührende Unterhaltsbeitrag unter Beachtung der konkreten Umstände – insbesondere der wirtschaftlichen Verhältnisse der Ehegatten und der Bedürfnisse der Familie – festzusetzen (Hausheer/Reusser/Geiser, Kommentar zum Eherecht, N 21f. zu Art. 163 ZGB; Bühler/Spühler, Berner Kommentar, N 166ff. zu Art. 145a ZGB).

E. 4

Demgegenüber meint die (nicht anwaltlich vertretene) Gesuchstellerin, der Gesuchsgegner und sie hätten vor 14 Jahren gemeinsam beschlossen, die Kinder nicht fremdbetreuen zu lassen, und dass sie daher 100% der Kindererziehung und des Haushalts übernommen habe. Als der jüngere Sohn in den Kindergarten gekommen sei, habe sie die Ausbildung zur Bewegungspädagogin begonnen, zwei Tage im Büro gearbeitet und die Organisation des Familienlebens, den Haushalt sowie die Kindererziehung weitergeführt. Nach Erreichen des Level 1 der Ausbildung habe sie die Bürostelle künden müssen, weil sie ein Burnout

erlit- ten habe. Sie verfüge nur über eine Bürolehre, die sie 1989 abgeschlossen habe, und ihr fehle eine zeitgemässe Weiterbildung im kaufmännischen Bereich. Ihre letzte Stellensuche habe denn auch fast zwei Jahre gedauert. Sie arbeite nun seit einem Jahr extern als Masseurin und ebenfalls in ihrem Bewegungsstudio, welches sie im Mai 2014 übernommen habe. Ihr Arbeitspensum betrage zirka 40%, die Gratisarbeit als Leiterin des Studios komme dazu und sie müsse ihren Anteil der Miete über den Verdienst bezahlen, bis sie so viele Kurse und Untermieter habe, dass ein Plus daraus resultiere. Dazu komme die Ausbildung in Level 2, welche auch viel ihres Verdienstes koste. Wenn sie eine Bürostelle suchen müsste, sei nicht abzusehen, wann sie eine Stelle bekäme, ausserdem mache es keinen Sinn, die aktuelle Ausbildung als Bewegungspädagogin zurückzustellen, um die sich ihr Leben in den letzten vier Jahren gedreht und in die sie viel Energie gesteckt habe. Sie sei 44 Jahre alt und verfüge eigentlich über keinen Beruf. Damit sie ihre Aussichten auf dem Arbeitsmarkt erhöhen könne, sei es unerlässlich, dass sie Level 2 der Ausbildung abschliessen könne, damit sie über die Krankenkasse teilweise anerkannt sei. Ausserdem habe sie das vergangene Jahr an drei verschiedenen Orten gearbeitet; mehr schaffe sie nicht, zumal sie auch noch die Kinder zu betreuen habe, was nicht zu unterschätzen sei. Der zehnjährige Sohn leide an ADHS und sie brauche viel Zeit und Geduld, um mit ihm die Mühen des Alltags zu meistern. Nachdem ihr Mann 14 Jahre lang habe kommen und gehen können, wie es seine Arbeit und Ausbildung, welche er habe abschliessen können, erfordert hätten, und sie dementsprechend ihren Radius habe einschränken

- 11 - müssen, möchte sie doch um Verständnis bitten, dass sie Zeit brauche, um sich in die neue Lebens- und Berufssituation einarbeiten zu können. Mehr als 40% (bezahlte) Arbeit schaffe sie im Moment nicht (Urk. 35).

E. 5

Betreffend die Voraussetzungen für die Anrechnung eines höheren hypothetischen Einkommens kann zunächst auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz (Urk. 28 S. 18f. mit Hinweisen) verwiesen werden. Zu betonen und ergänzen bleibt Folgendes: Von einer vollen Erwerbsfähigkeit des haushaltführenden Ehegatten ist praxisgemäss spätestens dann auszugehen, wenn das jüngste Kind das 16. Altersjahr vollendet hat und er bei der Trennung weniger als 45 Jahre alt war. Ist das jüngste Kind älter als zehn Jahre alt (aber noch nicht 16-jährig), so ist die Aufnahme einer Teilzeitarbeit im Umfang von 50% zumutbar. Es handelt sich dabei um eine Richtlinie und keine starre Regel (BGE 115 II 427, E. 5; BGE 115 II 6, E. 3b, c, daran wird auch unter heutigen gesellschaftlichen Verhältnissen festgehalten, z.B. BGE 137 III 102 E. 4.2.2.2, S. 109; BGer 5A_95/2012 E. 4.2; BGer 5A_210/2008, E. 3.1 und 3.2). Eine Aufstockung des Arbeitspensums ist grundsätzlich auch jenseits der - für Wiedereinsteigerinnen beachtlichen - Altersgrenze von 45 Jahren zumutbar, da eine Ausdehnung des Arbeitspensums einfacher als der Wiedereinstieg ins Berufsleben ist. Allerdings wird bei einer Zuverdienstestehe von der Ehefrau bei guten wirtschaftlichen Verhältnissen nicht zwingend eine volle Erwerbstätigkeit gefordert. In der jüngeren Rechtsprechung wird die Alterslimite für die Wiederaufnahme bzw. Ausdehnung einer Erwerbstätigkeit von 45 Jahren denn auch zunehmend relativiert und tendenziell auf 50 Jahre angehoben (Philipp Maier, Die konkrete Berechnung von Unterhaltsansprüchen im Familienrecht, dargestellt anhand der Praxis der Zürcher Gerichte seit Inkraftsetzung der neuen ZPO, S. 340 mit weiteren Hinweisen; BGE 137 III 102 E. 4.2.2.2; LY120021, Urteil I. Zivilkammer vom 13. August 2012, E. 2.2.4 mit weiteren Hinweisen). Im Eheschutzverfahren ist jedoch eine Pflicht zur

Aufnahme oder Ausdehnung einer Erwerbstätigkeit nur zu bejahen, wenn keine Möglichkeit besteht, auf eine während des gemeinsamen Haushalts gegebene Sparquote oder vorübergehend auf Vermögen zurückzugreifen, wenn die vorhandenen finanziellen Mittel - allenfalls unter Rückgriff auf Vermögen - trotz zumutbarer Einschränkungen für zwei getrennte Haushalte nicht ausreichen und wenn die Aufnahme oder

- 12 - Ausdehnung der Erwerbstätigkeit unter den Gesichtspunkten der persönlichen Verhältnisse des betroffenen Ehegatten (Alter, Gesundheit, Ausbildung u.ä.) und des Arbeitsmarktes zumutbar ist. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Im Scheidungsverfahren ist zusätzlich zu beachten, dass die vorsorglichen Massnahmen einen anderen Zweck verfolgen als die Eheschutzmassnahmen. Nach Eintritt der Rechtshängigkeit des Scheidungsprozesses wird eine Rückkehr zur gemeinsam vereinbarten Aufgabenteilung weder angestrebt noch ist sie wahrscheinlich. Insoweit darf dem Ziel der wirtschaftlichen Selbstständigkeit des bisher nicht oder bloss in beschränktem Umfang erwerbstätigen Ehegatten bereits eine gewisse Bedeutung zugemessen werden und in stärkerem Ausmass als im Eheschutzverfahren auf die bundesgerichtlichen Richtlinien zum Scheidungsunterhalt (Art. 125 ZGB) abgestellt werden (BGE 130 III 537 E. 3.2 mit weiteren Hinweisen). Befindet sich ein Ehegatte in Ausbildung und haben sich beide Ehegatten während des Zusammenlebens darauf geeinigt, so kann es dem betroffenen Ehegatten nicht zugemutet werden, die bereits begonnene Ausbildung abzubrechen, um ein höheres Einkommen zu realisieren. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass die Ausbildung innert angemessener Frist und mit dem Ziel einer Einkommenssteigerung einhergeht (Six, Eheschutz, ein Handbuch für die Praxis, 2. A., Bern 2014, S. 142). Der angefochtene Entscheid steht mit Lehre und Praxis im Einklang und nimmt auf die Fallgegebenheiten gebührend Rücksicht. Die Erwägungen erscheinen nachvollziehbar und überzeugen. Das bei der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens immer bestehende (weite) Ermessen (Art. 4 ZGB) wurde pflichtgemäss ausgeübt. Es besteht vorliegend denn auch kein Grund, in diese Ermessenausübung einzugreifen, zumal sich die Rechtsmittelinstanz hier stets auch eine gewisse Zurückhaltung auferlegt. Es kann daher im Wesentlichen auf den angefochtenen Entscheid verwiesen werden. Vorliegend handelt es sich um eine lange und lebensprägende Hausgattenehe mit späterem Zuverdienst der Ehefrau und Mutter, wobei zwei mittlerweile 14- und 10-jährige Söhne aus der Ehe hervorgingen (Urk. 2; Urk. 13 und 16 passim). Seit November 2013 leben die Parteien getrennt (Urk. 28 S. 27, Dispositivziffer 1). Im Zeitpunkt der Trennung war die Gesuchstellerin, geboren tt.mm.1970, 43-

- 13 - jährig. Sie verfügt über einen älteren kaufmännischen Abschluss (Bürolehre), hat hier jedoch nur geringe Berufserfahrung. Zuletzt arbeitete sie offenbar im Jahr 2012 zweimal wöchentlich im Büro, um ihre Ausbildung zu finanzieren. Zurzeit arbeitet sie als Masseurin, leitet Kurse im Rahmen ihres im April 2014 eröffneten Bewegungsstudios und ist bemüht, Level 2 ihrer vor vier Jahren begonnenen Ausbildung zur Bewegungspädagogin abzuschliessen (Urk. 16 S. 3f., 12f., 16; Urk. 17 S. 2; Urk. 14/5). Wie gesehen ist die mehrfach erwähnte höchstrichterliche Praxis, wonach, wenn das jüngste Kind das 10. Altersjahr vollendet hat, der unterhaltsberechtigten Partei ein 50%-iges Arbeitspensum zumutbar sei, nicht starr anzuwenden. Vor allem aber gilt solches nicht schon im Eheschutzverfahren, wenn die bisherigen Einkünfte ausreichen, um beide Haushalte der fortan getrennt lebenden Eheleute zu finanzieren. Vorliegend könnten die beiden erweiterten Notbedarfe (Fr. 8'788.-) allein schon mit dem Einkommen des Gesuchsgegners

(Fr. 9'659.–) problemlos gedeckt werden (vgl. Urk. 28 S. 11, 18; Urk. 27 S. 4). Die erste Instanz hat auch richtig erwähnt, dass die Gesuchstellerin zwar ihre Anstellung im 40%-Pensum im Büro, womit sie im Jahr 2013 (recte: 2012) durchschnittlich auf den Monat umgerechnet Fr. 1'083.– verdiente (Urk. 14/5 [Steuererklärung 2012: rund Fr. 13'000.– : 12]), aufgegeben hat, sich jedoch im Rahmen ihrer per April 2014 aufgenommenen selbstständigen Erwerbstätigkeit (Führen des Bewegungsstudios, Erteilen von Kursen und Massagen) bereits ein höheres monatliches Einkommen als das zuletzt erzielte, nämlich Fr. 1'333.– pro Monat (Fr. 16'000.– : 12; Urk. 16 S. 4), anrechnen lässt. Wie die Vorinstanz richtig erwog (Urk. 28 S. 20f.), wurde dieses aktuelle (geschätzte) tatsächliche Einkommen der Gesuchstellerin aus ihrer selbstständigen Erwerbstätigkeit vom Gesuchsgegner nicht bestritten (Urk. 16 S. 5ff., 16ff.; Urk. 13 S. 2; Urk. 17 S. 1f.; Urk. 27 S. 3). Die Behauptung des Gesuchsgegners, wonach die Gesuchstellerin im Jahr 2012 bei einem 40%-Pensum rund Fr. 1'850.– pro Monat verdient habe (Urk. 27 S. 3), ist im Berufungsverfahren neu. Gleichermassen handelt es sich beim Lohnausweis 2012 (Urk. 30/2) um ein neues Dokument. Weil nicht ersichtlich ist und

- 14 - vom Gesuchsgegner denn auch in keiner Weise dargetan wird (Urk. 27 S. 3), weshalb er solches trotz zumutbarer Sorgfalt nicht bereits vor Vorinstanz hätte vorbringen können, sind der Lohnausweis 2012 sowie die gestützt darauf erhobene neue Behauptung im Berufungsverfahren nicht mehr zu berücksichtigen (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Selbst wenn aber der Lohnausweis 2012 zu berücksichtigen wäre, wonach die Gesuchstellerin von Januar bis und mit Juli 2012 rund Fr. 12'955.– netto und damit pro Monat rund Fr. 1'850.– netto verdiente (Urk. 30/2), würde dies nichts daran ändern, dass die Gesuchstellerin im ganzen Jahr 2012 Fr. 12'955.– verdiente (vgl. Urk. 14/5) und damit im Durchschnitt auf das ganze Jahr verteilt monatlich rund Fr. 1'083.– netto. Es sind mithin keinerlei Dokumente aktenkundig, wonach die Gesuchstellerin zuletzt während des ehelichen Zusammenlebens durchschnittlich mehr als Fr. 1'083.– monatlich verdiente. Die Behauptung des Gesuchsgegners vor Vorinstanz, wonach die Gesuchstellerin als Tantra Masseurin mit einem Ansatz von Fr. 300.– für 90 Minuten über ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 3'000.– bis Fr. 4'000.– verfügen soll (Urk. 13 S. 2), erscheint im Übrigen kaum wahrscheinlich und wurde denn auch durch nichts belegt. Auch die Behauptung, wonach die Gesuchstellerin ihre Angestelltentätigkeit im 40%-Pensum damals gegen den Willen des Gesuchsgegners aufgeben haben soll (Urk. 27 S. 3), ist neu und zufolge Verspätung im Berufungsverfahren nicht mehr zu hören (Art. 317 Abs. 1 ZPO; vgl. Urk. 16 S. 5 ff., 16ff.). Aber selbst wenn solches der Fall gewesen wäre, würde es nichts ändern, zumal der Gesuchsgegner die Aufgabe der Anstellung, als die Eheleute noch zusammenlebten, offenbar duldete. Es bleibt mithin dabei, dass der Gesuchstellerin die Aufgabe ihrer Anstellung zugunsten einer selbstständigen Erwerbstätigkeit nicht zum Vorwurf gemacht werden darf, weil sie damit einerseits mehr verdient als zuvor und solches andererseits vom Gesuchsgegner jedenfalls geduldet wurde. Dass die Vorinstanz fälschlicherweise davon ausging, dass die rund Fr. 13'000.– im Jahr 2013 und nicht richtigerweise im Jahr 2012 erzielt wurden (vgl. Urk. 14/5; Urk. 28 S. 20), ist nicht von Bedeutung, zumal die Einkünfte der Gesuchstellerin im Jahr 2013 nicht

- 15 - aktenkundig sind, jedoch weder behauptet wurde noch ersichtlich ist, dass sie im Jahr 2013 mehr als im Jahr 2012 verdient haben sollte. Ihre Ausbildung zur Bewegungspädagogin begann die Gesuchstellerin, was nicht bestritten wurde, bereits vor vier Jahren, als die Eheleute längst noch zusammenlebten (Urk. 16 S. 3f., 13, 16f.). Da der

Abschluss der Ausbildung (Level 2) jedenfalls absehbar erscheint (vgl. Urk. 16 S. 4, wonach laut unbestrittenen Angaben der Gesuchstellerin noch zirka 13 Kurstage zu absolvieren sind) und davon ausgegangen werden kann, dass sich die abgeschlossene Ausbildung auch einkommensmässig positiv auswirken wird (Krankenkassenanerkennung der Leistungen der Gesuchstellerin, Urk. 16 S. 4), was wiederum nicht bestritten wurde, ist der Gesuchstellerin ein Abbruch derselben nicht zuzumuten. Wenn der Gesuchsgegner im Rahmen seiner Berufung von einer "angeblichen" Ausbildung spricht, handelt es sich dabei um ein unzulässiges Novum, zumal vor Vorinstanz jedenfalls nicht bestritten wurde, dass die Gesuchstellerin eine Ausbildung absolviert (Urk. 16 S. 16ff.). Wie es sich insbesondere mit der Dauer der Ausbildung und den einzelnen, offenbar teilweise drei bis vier Monate auseinander liegenden zu absolvierenden Kursen genau verhält (vgl. Urk. 16 S. 4, 13), kann dahingestellt bleiben, weil die Gesuchstellerin, unabhängig von der Ausbildung, mit ihrem zirka 40%-Arbeitspensum und namentlich dem Aufbau ihrer selbstständigen Erwerbstätigkeit, womit sie bereits ein gewisses Einkommen erzielt, sowie der Betreuung der beiden 14- und 10-jährigen Söhne, wobei letzterer an ADHS leidet (vgl. Urk. 16 S. 7), zurzeit, jedenfalls im Rahmen des vorliegenden Eheschutzentscheides, ihre Eigenversorgungskapazität bereits hinreichend ausschöpft. Dies nicht zuletzt mit Blick auf das ausreichende Einkommen des Gesuchsgegners. Im Rahmen dieses Eheschutzentscheides besteht nach dem Gesagten denn auch (noch) keinerlei Veranlassung, die Gesuchstellerin zur Aufnahme einer Angestelltentätigkeit im Büro oder als Masseuse im 50%-Pensum mit einem Nettoverdienst von mindestens Fr. 2'500.–, wie der Gesuchsgegner sich dies vorstellt (Urk. 27 S. 3), zu verpflichten, auch nicht mit einer sechsmonatigen Übergangsfrist, zumal in die ehelichen Strukturen im Rahmen der Regelung des Getrenntlebens nicht ohne Not einzugreifen ist. Vielmehr hat der Vorderrichter richtig gesehen, dass die Gesamtbelastung der Gesuchstellerin im Vergleich zum Gesuchsgegner keinesfalls

- 16 - als gering eingestuft werden kann (Urk. 28 S. 21). Es besteht vorliegend kein Anlass, der Gesuchstellerin nicht weiterhin Zeit zwecks Auf-/Ausbau ihrer selbstständigen Erwerbstätigkeit einzuräumen. Dass die Gesuchstellerin bereits über eine Ausbildung (als Büroangestellte) verfügt und sich nicht auf Kosten des Gesuchsgegners soll weiterbilden dürfen (Urk. 27 S. 3), verfängt nicht, weil sie die Ausbildung zur Bewegungspädagogin, wie dargetan, unbestrittenermassen bereits während des Zusammenlebens begann. Zudem liegt ihre Büroausbildung lange zurück und sie konnte in diesem Berufszweig zufolge der klassischen Rollenverteilung nur wenig Berufserfahrung sammeln (Urk. 16 S. 4, 12f.). Im Ergebnis überzeugen die Einwände des Gesuchsgegners im Berufungsverfahren somit nicht, sofern es sich dabei nicht ohnehin um unzulässige Noven handelt, und es bleibt beim angefochtenen Entscheid. Allerdings ist die Gesuchstellerin bereits an dieser Stelle mit Nachdruck darauf hinzuweisen, dass sie sich, im Hinblick auf die Scheidung (per November 2015 werden die Parteien zwei Jahre getrennt leben, womit ein Scheidungsanspruch besteht, vgl. Art. 114 ZGB) und die dann grundsätzlich voll zum Tragen gelangende höchstrichterliche Praxis zur Anrechnung eines hypothetischen Einkommens bei (sukzessivem) Wegfall der Betreuungspflichten gegenüber den Kindern, bereits heute mit hinreichender Intensität um den Ausbau ihrer Eigenversorgungskapazität, sei es im Rahmen ihrer selbstständigen Erwerbstätigkeit oder einer (zusätzlichen) Anstellung zu bemühen hat. Zusammengefasst ist die Berufung des Gesuchsgegners daher abzuweisen und die angefochtene Dispositivziffer 7 Absatz 1 vollumfänglich zu bestätigen. Nicht strittig ist, dass der Gesuchsgegner der Gesuchstellerin

seit 1. Juni 2014 bereits Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 3'029.15 für den Monat Juni 2014 und Fr. 2'513.90 für den Monat Juli 2014 bezahlt hat, was die Vorinstanz entsprechend vormerkte (Urk. 28 S. 28, Dispositivziffer 7 Absatz 3; Urk. 27 S. 2). Bei einer rückwirkenden Verpflichtung zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen sind bereits erbrachte Unterhaltsleistungen zu berücksichtigen bzw. anzurechnen (BK-

- 17 - Hausheer/Reusser/Geiser, N 23 zu Art. 173 ZGB; ZK-Bräm/Hasen-böhler, N 150 zu Art. 163 ZGB). Der Pflichtige darf jedoch nicht zu Zahlungen verpflichtet werden, die er bereits geleistet hat. Im Umfang dieser Leistung wäre nämlich die entsprechende Verpflichtung untergegangen (ZR 107 Nr. 60; BGE 138 III 583 E. 6.1.1, S. 585). Mangels Anfechtung (Urk. 27 S. 2) bleibt es jedoch vorliegend bei dieser Vormerknahme. Entsprechend ist, wie dargetan, die Rechtskraft von Dispositivziffer 7 Absatz 3 vorzumerken. IV. (Kosten- und Entschädigungsfolgen) Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens vollumfänglich dem unterliegenden Gesuchsgegner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die nicht anwaltlich vertretene Gesuchstellerin verlangte keine Parteient-schädigung (vgl. Urk. 35). Mangels erheblicher Umtriebe im Berufungsverfahren wäre ihr im Übrigen auch keine Entschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO). Es wird beschlossen:

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