

ZH_OBERGERICHT LE140080 vom 29. April 2015

ZH Obergericht, 2015-04-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE140080

FR: ZH_OBERGERICHT LE140080 du 29 avril 2015

IT: ZH_OBERGERICHT LE140080 del 29 aprile 2015

Erwägungen

E. 1

Die Parteien sind seit 1990 verheiratet. Sie haben zwei volljährige Kinder: G. _____, geboren am tt.mm.1991, und H. _____, geboren am tt.mm.1994. Am tt. April 2014 trennten sich die Parteien und die Gesuchstellerin zog aus dem gemieteten Einfamilienhaus aus. Am 27. Juni 2014 reichte sie das Eheschutzbegehren ein. Der weitere Prozessverlauf vor Vorinstanz kann deren Urteil entnommen werden (Urk. 17 S. 3 ff.). Am 6. Oktober 2014 erliess die Vorinstanz den eingangs wiedergegebenen Entscheid, den sie am 16. Dezember 2014 den Parteien eröffnete (Urk.15 S. 44 und Anhang). Die Gesuchstellerin erhob am 27. Dezember 2014 rechtzeitig Berufung (LE140080-O, Urk. 16), der Gesuchsgegner am 29. Dezember 2014 Beschwerde (RE140028-O, Urk. 27/16). Nach Eingang der Berufungs- und Beschwerdeantworten wurde mit Entscheid vom 13. Februar 2015 beschlossen, das bislang als Beschwerde geführte Verfahren als Berufung weiterzubehandeln und es wurden die beiden Verfahren vereinigt (Urk. 25, Urk. 27/25). Am 26. Februar 2013 erfolgte eine weitere Stellungnahme des Gesuchsgegners, welche der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (Urk. 29, Prot. S. 4).

E. 1.1

Trifft die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Die Gerichtskosten für den erstinstanzlichen Entscheid wurden auf Fr. 4'500.– festgesetzt (Urk. 17 S. 43, Dispo-Ziff. 6) und blieben unangefochten.

E. 1.2

Betreffend Getrenntleben und Gütertrennung haben die Parteien eine Vereinbarung geschlossen. Das Rechtsbegehren betreffend eheliche Wohnung hat die Gesuchstellerin zurückgezogen. Im Übrigen unterliegt die Gesuchstellerin mit ihren Anträgen. Da die vergleichsweise erledigten Streitpunkte minimalen Aufwand verursachten, sind die Kosten vollumfänglich der Gesuchstellerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Zudem hat die Gesuchstellerin dem Gesuchsgegner für das erstinstanzliche Verfahren eine volle Parteientschädigung zu bezahlen. Gestützt auf § 6 Abs. 1 bis 3 i.V.m. § 5 Abs. 1 AnwGebV erscheint die von der Vorinstanz festgesetzte Höhe für eine volle Entschädigung von Fr. 4'500.– als angemessen. Sie wurde von den Parteien auch nicht angefochten. Entsprechend hat die Gesuchstellerin den Gesuchsgegner eine Parteientschädigung von Fr. 4'500.–, zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer, mithin Fr. 4'860.– zu bezahlen. Den Zweitberufungsanträgen Ziff. 2 und 3 ist daher zu entsprechen (Urk. 27/16 S. 2). 2. Unentgeltliche Rechtspflege I. Instanz

E. 2

Die Einlegung der Berufung hemmt den Eintritt der Rechtskraft nur im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Nicht angefochten wurden die Dispositiv-Ziffern 1 (Bewilligung Getrenntleben), 2 (Rückzug Begehren eheliche Wohnung),

E. 2.1

Die Gesuchstellerin stellte mit Eingabe vom 27. Juni 2014 vor Vorinstanz das Eventualbegehren um unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 1). An der Hauptverhandlung vom 15. September 2014 beantragte sie dessen Rückwirkung per 31. März 2014 mit der Begründung, dass die Aufarbeitung des Sachverhaltes zeitlich

- 22 - aufwändig gewesen sei und ab dem 31. März 2014 gedauert habe, unterbrochen durch einen Mediationsversuch der Parteien (Urk. 6 S. 3).

E. 2.2

Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b) (Art. 117 ZPO). Wie dargelegt, ist die Mittellosigkeit gegeben und gilt das erstinstanzliche Verfahren nicht als aussichtslos.

E. 2.3

Die unentgeltliche Rechtspflege umfasst auch die gerichtliche Bestellung eines Rechtsbeistandes, wenn dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist (Art. 118 Abs. 1 ZPO). Die Vorinstanz hat dies unter Hinweis auf die sich stellenden Rechtsfragen bejaht (Urk. 17 S. 41), was vertretbar ist. Auf den anderslautenden Standpunkt des Gesuchsgegners (Urk. 27/16 S. 6) braucht nicht eingegangen zu werden, da er im Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege keine Parteistellung hat. Gemäss Art. 119 Abs. 4 ZPO kann die unentgeltliche Rechtspflege ausnahmsweise rückwirkend bewilligt werden. Die Botschaft verweist hiezu auf BGE 122 I 203 (BBl 2006 7221, 7303). Als Grundsatz gilt, dass das Gesuch ab dem Zeitpunkt der Gesuchseinreichung zu bewilligen ist (BGE 122 I 203 E. 2c). Dabei sind die anwaltlichen Bemühungen im Zusammenhang mit einer gleichzeitig eingereichten Rechtsschrift sowie für das Gesuch selber eingeschlossen (Emmel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., 2. Aufl., Zürich 2013, Art. 119 N 3 m.w.H.). Insoweit ist eine gewisse Rückwirkung bereits vom Grundsatz erfasst. Die Vollmacht an den mandatierten Rechtsanwalt datiert vom 3. Juni 2014 (Urk. 2). Inwieweit Vorarbeiten vor Vollmachterteilung zu entschädigen sind, wird aufgrund der konkreten Honorarnote zu prüfen sein.

E. 2.4

Zusammengefasst ist das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das erstinstanzliche Verfahren gutzuheissen und es ist Rechtsanwalt Dr. X. _____ im Sinne der Erwägungen als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Die der Gesuchstellerin auferlegten Gerichtskosten sind einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Das Nachforderungsrecht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

- 23 - 3. Kosten- und Entschädigungsfolgen II. Instanz

E. 3

(Gütertrennung) und 6 (Entscheidgebühr). Diese Ziffern sind somit rechtskräftig, was vorzumerken ist. II. 1. Gegenstand des Berufungsverfahrens sind die Festlegung des

Ehegatten- unterhalts, die Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags und die vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung. Im Berufungsverfahren neu vorgebrachte

- 7 - Tatsachen und Beweismittel können grundsätzlich nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). 2. Die Vorinstanz errechnete erstens den Bedarf der Parteien (Urk. 17 S. 20), setzte zweitens das Einkommen der Gesuchstellerin von aktuell Fr. 2'500.– auf Fr. 4'000.– ab März 2015 fest und erwog, es sei von der Gesuchstellerin zu erwarten, dass sie dannzumal ihren Bedarf selber zu decken vermöge (Urk. 17 S. 27). Drittens veranschlagte sie für den Gesuchsgegner aufgrund dessen persönlichen Situation kein Einkommen, hielt eventualiter ein solches von Fr. 3'500.– für erzielbar, liess den Zeitpunkt indes offen, da mit einem solchen Einkommen schon der eigene Bedarf nicht zu decken wäre (Urk. 17 S. 35). Die Vorinstanz verneinte insbesondere, dass dem Gesuchsgegner in der Vergangenheit von seiner Mutter geleistete Zahlungen als Einkommen anzurechnen seien (Urk. 17 S. 31).

E. 3.1

Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist gestützt auf die § 6 Abs. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 2 lit. b sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV auf Fr. 3'000.– festzusetzen.

E. 3.2

Ausgangsgemäss unterliegt die Gesuchstellerin vollumfänglich, weshalb sie die Kosten zu tragen hat, und sie ist zu verpflichten, dem Gesuchsgegner eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 105 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 106 Abs. 2 ZPO). Letztere ist auf Fr. 2'500.– (zuzüglich Mehrwertsteuer) festzusetzen (§ 5 Abs. 1, § 6 Abs. 3 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV). 4. Unentgeltliche Rechtspflege II. Instanz Die Gesuchstellerin stellt auch für das Berufungsverfahren eventualiter ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 16 S. 2, Urk. 27/23 S. 2). Die prozessuale Bedürftigkeit ist ausgewiesen. Was die Frage der Aussichtslosigkeit angeht, so hält die Gesuchstellerin an der Auffassung fest, dass die von der Mutter des Gesuchsgegners erbrachten finanziellen Leistungen zur Bestimmung der Leistungsfähigkeit anzurechnen seien. Nach Massgabe des erstinstanzlichen Entscheids hat die Gesuchstellerin bis zur Aufstockung des Pensums per März 2015 einen erheblichen Fehlbetrag zu tragen, wobei die Übergangsfrist für den erst Mitte Dezember 2014 eröffneten Entscheid [vgl. Urk. 15 Beilage] sehr kurz bemessen war. Dass die Gesuchstellerin angesichts ihrer engen finanziellen Verhältnisse mit Blick auf den in Art. 163 Abs. 1 ZGB verankerten Grundsatz, dass die Ehegatten gemeinsam, ein jeder nach seinen Kräften, für den gebührenden Unterhalt der Familie zu sorgen haben, die umstrittene Frage der Anrechnung der seit Jahren geleisteten Zahlungen seitens der Mutter durch eine zweite Instanz überprüfen lassen wollte, kann ihr prozessual nicht vorgeworfen werden. Das Berufungsverfahren ist deshalb nicht als aussichtslos zu werten. Ferner war die Gesuchstellerin bei ihrem Vorgehen auf einen Rechtsbeistand angewiesen. Folglich ist das Gesuch gutzuheissen. Entsprechend sind die Kosten des Berufungsverfahrens einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen, unter Vorbehalt der Nachzahlungspflicht von Art. 123 ZPO.

- 24 - Es wird beschlossen: 1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositiv-Ziffern 1 (Bevollmächtigung Getrenntleben), 2 (Rückzug Begehren eheliche Wohnung), 3 (Gütertrennung) und 6 (Entscheidgebühr) des Urteils des Einzelgerichts im s.V. am Bezirksgericht Dielsdorf vom 6. Oktober 2014 in Rechtskraft erwachsen sind. 2. Der

Gesuchstellerin wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und in der Person von Rechtsanwalt Dr. X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt. 3. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis. Es wird erkannt: 1. Es werden keine Unterhaltsbeiträge zugesprochen. 2. Das Begehren um Leistung eines Prozesskostenbeitrages für das erstinstanzliche Verfahren wird abgewiesen. 3. Der Gesuchstellerin wird für das erstinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und in der Person von Rechtsanwalt Dr. X. _____ im Sinne der Erwägungen ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt. 4. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden der Gesuchstellerin auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht bleibt vorbehalten. 5. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 4'860.– zu bezahlen. 6. Das Begehren um Leistung eines Prozesskostenbeitrages für das zweitinstanzliche Verfahren (Erst- und Zweitberufung) wird abgewiesen. 7. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.

- 25 - 8. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchstellerin auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht bleibt vorbehalten. 9. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'700.– zu bezahlen. 10. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

E. 4

Bedarf der Parteien Die Gesuchstellerin hat die Bedarfszahlen aus "prozessökonomische Gründen" nicht angefochten (Urk. 16 S. 7). Es ist von folgenden Beträgen auszugehen (Urk. 17 S. 20): Gesuchstellerin: bis Februar 2015: Fr. 3'920.–, ab März 2015: Fr. 3'980.–
Gesuchsgegner: bis Februar 2015: Fr. 3'910.–, ab März 2015: Fr. 3'262.–.

E. 5

Einkünfte Gesuchsgegner

E. 5.1

Vor Vorinstanz verlangte die Gesuchstellerin, es sei beim Gesuchsgegner von einem Einkommen von mindestens Fr. 120'000.– auszugehen, mit der Begründung, der Gesuchsgegner habe in den 80er-Jahren zusammen mit seinem Bruder und seiner Mutter insgesamt fünf Mehrfamilienhäuser in Zürich-... geerbt. Insoweit als der Gesuchsgegner Eigentümer dieser Liegenschaften sei, seien diese jedoch mit einer Nutzniessung zugunsten seiner Mutter belastet. Vor gut 15 Jahren habe der Gesuchsgegner seine Erwerbstätigkeit als Versicherungsmakler aufgegeben. Dies habe er sich jedoch nur leisten können, weil seine Mutter ihm während der letzten 15 Jahre jeweils die Erträge der Liegenschaften an der D. _____-strasse 70 und 72 sowie an der E. _____-strasse 71 in Höhe von ca. Fr. 120'000.– pro Jahr überwiesen habe. Damit hätten die Parteien ihren Lebensunterhalt bestritten (Urk. 1 S. 4 ff.).

E. 5.2

Der Gesuchsgegner bestreitet dies. Es treffe nicht zu, dass seine Mutter ihm die Liegenschaftenerträge der letzten 15 Jahre überlassen habe. Vielmehr habe

- 10 - die Mutter ihm bei der Finanzierung von persönlichen Bedürfnissen und grösseren Investitionen Geld schenkungshalber überwiesen und gelegentlich auch Zahlungen getätigt, wenn immer dies der Gesuchgegner aufgrund der Ertragslage des ehelichen Betriebs als erforderlich erachtet habe. Diese freiwilligen Zuwendungen der Mutter zu seinen Gunsten könnten jederzeit ganz oder teilweise entfallen. Ihm würden keine Ansprüche an den Erträgen der Liegenschaften zustehen (Urk. 9 S. 7 ff.).

E. 5.3

Die Vorinstanz verwies auf die Rechtsprechung zum nahehelichen Unterhalt, welche die Berücksichtigung freiwilliger Unterstützungsleistungen Dritter grundsätzlich nur zulasse, wenn davon ausgegangen werden müsse, dass die Anrechnung nicht dem Willen des zuwendenden Dritten widerspreche, und die Zuwendung überdies auf einer gesetzlichen Unterstützungspflicht auch gegenüber derjenigen Person beruhe, welche gegenüber dem Unterstützten Unterhaltsansprüche geltend macht (BGer 5C.27/2005, E. 3.4 mit Hinweis auf BGE 128 III 161, E. 2.c). Sie erwog, erstens habe der Gesuchsgegner keinen Anspruch gegenüber seiner Mutter, zweitens treffe die Mutter auch keine direkte Unterstützungspflicht gegenüber der Gesuchstellerin und drittens könne nicht angenommen werden, dass es dem Willen der Mutter entspreche, weiterhin den Unterhalt der Gesuchstellerin zu finanzieren, und liess die Leistungen bei der Bestimmung unberücksichtigt. Im Übrigen, so die Vorinstanz, sei höchststrichterlich nicht geklärt, ob die genannten Grundsätze auch im Eheschutzverfahren Geltung beanspruchen würden (Urk. 17 S. 29 ff.).

E. 5.4

In der Berufung moniert die Gesuchstellerin, sie habe vor Vorinstanz beantragt, dass der Gesuchsteller verschiedene Unterlagen zu edieren habe. Da die Vorinstanz diese Unterlagen nicht habe edieren lassen, habe sie den Sachverhalt unrichtig festgestellt. Zudem liege eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor. Es gehe um die rechtliche Würdigung der Zahlungen der Mutter. Entgegen der Vorinstanz handle es sich nicht um freiwillige Zahlungen. Sie habe vor Vorinstanz ausgeführt, dass die Mutter den Anteil des Gesuchsgegners an den Erträgen seiner Liegenschaften während Jahren immer zur Finanzierung des Lebensaufwandes der Parteien zur Verfügung gestellt habe. Rechtlich sei davon auszugehen, dass zwischen dem Gesuchsgegner und dessen Mutter eine - zumindest konkludent

- 11 - geschlossene - Vereinbarung bestehe, wonach die Mutter dem Gesuchsgegner die Nettoerträge aus den besagten Liegenschaften zur Bestreitung des Lebensunterhalts bzw. zur freien Verfügung überlasse. Um herauszufinden, ob eine konkludente Vereinbarung bestehe, sei erforderlich, dass der Sachverhalt umfassend abgeklärt werde. Das habe die Vorinstanz nicht getan und somit das rechtliche Gehör verletzt. So habe sie die beantragten Editionsbegehren als nicht relevant erachtet. Dabei stütze sie sich auf eine vorgefasste, formaljuristische Sichtweise (Urk. 16 S. 4).

E. 5.5

Zum Editionsbegehren führte die Vorinstanz aus, die Gesuchstellerin habe mit Eingabe vom 16. September 2014 ihren Unterhaltsanspruch beziffert. Daraus erhelle, dass es sich bei ihrem Editionsantrag um einen rein beweisrechtlich begründeten Antrag handle, mithin gehe es nicht um die Geltendmachung eines Auskunftsanspruchs gemäss Art. 170 ZGB. Gegenstand des Beweises seien nur rechtserhebliche Tatsachen. Mit anderen Worten

müssten die Tatsachen den gerichtlichen Entscheid zu beeinflussen vermögen, indem bei ihrer Berücksichtigung der Entscheid anders ausfallen würde als bei ihrem Fehlen. Da eine Anrechnung der Liegenschaftenerträge oder der Zuwendungen der Mutter des Gesuchsgegners vorliegend ausser Betracht falle, seien die von der Gesuchstellerin beantragten Beweisabnahmen beziehungsweise die Editionsbegehren für die Entscheidung nicht mehr relevant (Urk. 17 S. 37).

E. 5.6

Die Vorinstanz fasste den Antrag der Gesuchstellerin zu Recht als prozessuale Auskunft zu Beweiszwecken auf (vgl. auch ZR 113/2014 Nr. 2). Auch hat die Vorinstanz das rechtliche Gehör nicht verletzt. Nach deren Auffassung sind die Liegenschaftenerträge bzw. die Leistungen der Mutter nicht zu berücksichtigen, weshalb folgerichtig auch keine Weiterungen vorzunehmen waren. Dass der Gesuchsgegner keinen gesetzlichen Anspruch hat, wird von der Gesuchstellerin nicht bestritten. Dass die Leistungen der Mutter auf einer konkludenten Vereinbarung beruhen sollen, wird erstmals vorgebracht und ist daher verspätet (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Vor Vorinstanz berief sich die Gesuchstellerin vielmehr auf die Regelmässigkeit der Zahlungen in den letzten 15 Jahren (Urk. 1 S. 6). Vom Gesuchsgegner wird letztlich nicht verneint, dass er in der Vergangenheit

- 12 - von seiner Mutter Geld erhalten hat. Umstritten ist vielmehr, ob damit die Familie unterstützt worden ist oder ob er das Geld nur für eigene Bedürfnisse verwendet hat. Das aber liesse sich auch nicht mit den Abrechnungen über die Liegenschaftserträge herleiten.

E. 5.7

Weiter macht die Gesuchstellerin geltend, der Gesuchsgegner anerkenne jährliche Zahlungen von maximal Fr. 80'000.– in den Jahren 2012 und 2013. Da die besagten Zahlungen nicht zur Vermögensbildung gedient hätten, könne geschlossen werden, dass dieses Geld für den Lebensunterhalt gebraucht worden sei. Die von der Vorinstanz zitierte Rechtsprechung beziehe sich auf das Scheidungsverfahren und sei auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar. Aus Sicht der Gesuchstellerin bestehe eine Art Vertrauensschutz, da die Parteien von diesen Einnahmen während Jahren gelebt hätten, und die Gesuchstellerin deshalb davon ausgehen könne, dass diese Einnahmen auch weiterhin zur Verfügung stehen würden. Selbst wenn es sich um freiwillige Zahlungen handeln sollte, sei fraglich, ob die für das Scheidungsverfahren entwickelte Rechtsprechung auch im Eheschutzverfahren gelte. Gemäss BACHMANN könne die tatsächliche Leistungskraft durch freiwillige Leistungen erhöht werden (Urk. 16 S. 4 f. mit Verweis auf Susanne Bachmann, Die Regelung des Getrenntlebens nach Art. 176 und 179 ZGB sowie nach zürcherischem Verfahrensrecht, Diss. St. Gallen 1995 S. 125 f.). Der Gesuchsgegner hält daran fest, dass es nicht zutrefte, dass die Schenkungen der Mutter in den Unterhalt der Familie geflossen seien. Aber selbst wenn dem so wäre, ändere dies nichts an der Tatsache, dass die Zuwendungen absolut freiwillig erfolgt seien. Es bestehe kein rechtlicher Anspruch auf derartige Zuwendungen (Urk. 22 S. 6 f.).

E. 5.8

Es liegt ein Schreiben der zuständigen Liegenschaftsverwaltung vor, dass im Jahr 2012 Fr. 100'000.– direkt auf das Credit Suisse Konto des Gesuchsgegners überwiesen wurden (Urk. 4/3). Diese Bestätigung deckt sich mit der handschriftlichen Aufstellung der Mutter, wonach der Gesuchsgegner das Geld im Jahr 2012 direkt von der Verwaltung bezogen habe und welche bescheinigt, dass im Jahr 2013 zumindest Fr. 83'000.– dem Gesuchsgegner

überwiesen wurden, nämlich 11 mal Fr. 6'000.– plus 1 x Fr. 7'000.– plus einmal Fr. 10'000.– (Urk. 4/4). Er

- 13 - selber anerkennt, im Jahr 2012 und 2013 je Fr. 80'000.– erhalten zu haben (Urk.

E. 5.9

Die Leistungskraft des Unterhaltspflichtigen wird durch freiwillige Zuwendungen Dritter zwar erhöht, doch lehnt das Bundesgericht in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre die Berücksichtigung solcher Leistungen bei der Festsetzung der Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen grundsätzlich mit dem Argument ab, dass diese nach dem Willen des zuwendenden Dritten dem Empfänger und nicht der unterhaltsberechtigten Person zukommen sollen (BGE 128 III 161 Erw. 2c/bb mit Hinweisen). Eine Ausnahme hiervon lässt das Bundesgericht nur dann zu, wenn davon auszugehen ist, dass die Anrechnung nicht dem Willen des zuwendenden Dritten widerspricht und die Zuwendung auf einer Unterstützungspflicht (auch gegenüber dem Unterhaltsberechtigten) beruht (BGer 5C.27/2005 vom 23. November 2005 Erw. 3.4. mit Verweis auf BGE 128 III 161). Neben dem Rechtsanspruch, der vorliegend nicht gegeben ist, ist der Zuwendungswille ein entscheidendes Kriterium. Dieser Zuwendungswille muss wohl auch für das Eheschutzverfahren gefordert werden. Bei Leistungen Dritter spricht eine Vermutung dafür, dass er nur den Empfänger unterstützen will. Zwar ist nach dem Ausgeführten zu schliessen, dass ein Teil des Geldes zur Finanzierung der Lebenshaltungskosten der ganzen Familie verwendet wurde. Allerdings leben die Parteien heute getrennt und damit hat sich die Ausgangslage verändert. Anhaltspunkte dafür, dass es dem Willen der Mutter entspricht, dass die Überweisungen trotz der Trennung der Eheleute auch weiterhin der Gesuchstellerin zugute kommen sollten, wie beispielsweise eine sehr enge persönliche Beziehung zwischen Schwiegermutter und Gesuchstellerin, sind weder behauptet noch ersichtlich. Auch aufgrund der im Jahr 2014 überwiesenen monatlichen Beträgen im Vergleich zu den in den Vorjahren lässt sich ein solcher Wille nicht ableiten. Im Ergebnis ist in Übereinstimmung mit der Vorinstanz festzuhalten, dass die Leistungen der Mutter kein Einkommen des Gesuchsgegners bilden und sie bei der Festsetzung der Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners nicht berücksichtigt werden können.

- 15 - 6. Erwerbseinkommen Gesuchsgegner 6.1 Die Gesuchstellerin machte vor Vorinstanz weiter geltend, falls sich die Liegenschaftenerträge reduzieren sollten, könne der Gesuchsgegner aufgrund seiner letzten Erwerbstätigkeit ein Einkommen von mindestens Fr. 8'000.– erzielen (Urk. 1 S. 7). Der Gesuchsgegner hielt entgegen, dass er psychisch massiv angeschlagen und seit April 2014 in psychiatrischer Behandlung sei. Er sei aus gesundheitlichen Gründen bis auf weiteres nicht arbeitsfähig. Im Übrigen verfüge er über keine Berufsausbildung, sei während 15 Jahren hauptberuflich Hausmann und bloss teilzeitlich im von der Gesuchstellerin geführten Betrieb als Allrounder tätig gewesen (Urk. 9 S. 9 f.). Die Vorinstanz erwog, zur Zeit sei zufolge der psychischen Belastung zumindest von einer Teilarbeitsunfähigkeit auszugehen. Allerdings sei angesichts des Wortlauts des Arztzeugnisses davon auszugehen, dass der Gesuchsgegner nicht dauerhaft arbeitsunfähig sei. Doch selbst wenn er der einst voll arbeitsfähig sein sollte, seien seine persönlichen Umstände wie Alter, Erfahrung auf dem Arbeitsmarkt etc. zu berücksichtigen und seine Erwerbssichten als äusserst gering einzustufen. Deshalb sei selbst bei Bejahen der Arbeitsfähigkeit kein hypothetisches Einkommen anzurechnen. Doch selbst wenn ein hypothetisches Einkommen zu erzielen möglich wäre, würde der Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners ein Nettoeinkommen von höchstens Fr. 3'500.– entsprechen. Damit

könnte nicht einmal der eigene Bedarf gedeckt werden (Urk. 17 S. 33 f.). 6.2 In der Berufung stellt die Gesuchstellerin das hypothetische Einkommen von Fr. 3'500.– nicht in Frage. Sie macht jedoch geltend, es liege eine unrichtige Rechtsanwendung vor. Der Zeitpunkt sei sehr wohl rechtlich relevant. Das Nettoeinkommen habe ab März 2015 zu gelten (Urk. 16 S. 6). Der Gesuchsgegner macht geltend, es sei nicht absehbar, wann die grundsätzliche Arbeitsfähigkeit zumindest aus gesundheitlicher Sicht wieder gegeben sein könnte. Die beantragte Terminierung sei weder zulässig noch sinnvoll (Urk. 22 S. 10). 6.3 Die Vorinstanz hat in der Hauptbegründung dem Gesuchsgegner kein hypothetisches Einkommen angerechnet, da ein solches zu erzielen weder tatsächlich möglich noch zumutbar wäre (Urk. 17 S. 34). Folglich war auch keine Übergangs-

- 16 - frist anzusetzen. Eine unrichtige Rechtsanwendung liegt nicht vor. Die Festlegung eines Einkommens von Fr. 3'500.– erfolgte lediglich im Sinne einer Eventualbegründung. Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen, muss sich der Berufungskläger in der Berufungsschrift mit allen Begründungen auseinandersetzen. Das Gleiche gilt im Falle von Haupt- und Eventualbegründung. Auch hier muss sich der Berufungskläger mit beiden Begründungen auseinandersetzen (Hungerbühler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 36 ff.). Mit der Hauptbegründung hat sich die Gesuchstellerin nicht auseinandergesetzt, weshalb nicht weiter darauf einzugehen ist. 6.4 Fragen liesse sich einzig, ob der Gesuchsgegner dank der Unterstützung seiner Mutter überhaupt Ausgaben für seinen Bedarf hat und ob demzufolge ein allfälliges eigenes Einkommen bei der Unterhaltsberechnung dennoch eine Rolle spielen könnte. Dies im Unterschied zur Annahme der Erstinstanz, dass selbst ein hypothetisches Einkommen von Fr. 3'500.– den eigenen Bedarf nicht decken könnte (Urk. 17 S. 35). Da die Gesuchstellerin wie gesehen die Hauptbegründung, wonach kein hypothetisches Einkommen anzurechnen sei, nicht substantiiert rügt, kann die Frage offen gelassen werden. 7. Einkommen Gesuchstellerin 7.1 Die Erstinstanz erwog, die Gesuchstellerin habe per September 2013 eine Stelle als Telefonistin in einem Callcenter angetreten und erziele aktuell ein Nettoeinkommen als Telefonistin von rund Fr. 2'500.–, das einer 60 %-Stelle entspreche. Sie gelangte in der Folge zum Schluss, dass der Gesuchstellerin eine Aufstockung auf 100 % zumutbar sei und rechnete ihr ab März 2015 ein hypothetisches Einkommen von Fr. 4'000.– netto an (Urk. 17 S. 23 ff.). 7.2 In der Berufung kritisiert die Gesuchstellerin, die statistischen Erhebungen seien rein theoretischer Natur und hätten nichts mit der aktuellen Situation auf dem Arbeitsmarkt zu tun. Bei der jetzigen Arbeitsstelle sei wohl mittelfristig und bei einem erhöhten Arbeitspensum, das ihr infolge ihres Alters eigentlich gar nicht mehr zumutbar sei, ein mögliches Einkommen von maximal Fr. 3'000.– zu erzielen. Sie anerkenne jedoch, dass sie sich um eine andere Stelle bemühen müsse,

- 17 - weshalb sie ein hypothetisches Nettoeinkommen von höchstens Fr. 3'500.– anerkenne (Urk. 16 S. 6). 7.3 Der Gesuchsgegner wendet unter Verweis auf die von der Gegenseite neu eingereichten Lohnabrechnungen September 2014 bis November 2014 ein, die Gesuchstellerin übertreffe bereits an der heutigen, nicht sehr gut bezahlten Arbeitsstelle das von der Vorinstanz geforderte Einkommen von Fr. 4'000.–, wenn immer sie wie von ihr gefordert ein höheres Arbeitspensum leiste. Bei einem Vollzeitpensum belief sich das Nettoeinkommen auf Fr. 4'410.–. Er hält im Übrigen an der vor Erstinstanz geäußerten Auffassung fest, dass die Gesuchstellerin bei optimalem Einsatz ihrer Arbeitskraft ohne weiteres in der Lage wäre, ein monatliches Nettoeinkommen von mindestens Fr. 7'500.– zu erzielen (Urk. 22 S. 8 ff.). 7.4 Da die Leistungsfähigkeit des

Gesuchsgegners zu verneinen ist, kann offen bleiben, ob der Gesuchstellerin Fr. 3'500.–, wie anerkannt, oder Fr. 4'000.–, wie von der Vorinstanz verlangt, anzurechnen sind. Einen allfälligen Fehlbetrag hat sie selber zu tragen. Die Behauptung jedoch, die Gesuchstellerin könne ohne weiteres Fr. 7'500.– verdienen, erscheint bei den vorliegenden Verhältnissen als abwegig. 8. Nach dem Gesagten erweisen sich die Vorbringen in der Erstberufung als unbegründet und es ist der Gesuchstellerin kein Unterhaltsbeitrag zuzusprechen.

E. 9

Prozessualer Antrag auf Edition Die Gesuchstellerin stellt im Rahmen der prozessualen Anträge nochmals den Antrag für die Edition diverser Unterlagen (Urk. 16 S. 2). Sie setzt sich indessen mit den vorinstanzlichen Erwägungen zum prozessualen Antrag nicht näher auseinander bzw. begründet den Antrag in der Berufungsschrift nicht, weshalb darauf nicht einzugehen ist. Im Übrigen hat der Gesuchsgegner, soweit für die vorliegenden Ermittlung des Unterhalts relevant, genügend Auskunft erteilt.

E. 10

Prozesskostenbeitrag

- 18 -

E. 10.1

Die Vorinstanz sprach der Gesuchstellerin einen Prozesskostenbeitrag für Anwalts- und Gerichtskosten in der Höhe von Fr. 9'480.– zu (Urk. 17 S. 43). Die Bedürftigkeit sei ausgewiesen. Erstinstanzliche familienrechtliche Prozesse seien in der Regel nicht aussichtslos. Gewisse Gewinnaussichten bezüglich der Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners hätten nicht von vornherein von der Hand gewiesen werden können, sodass der Entschluss zum Prozess vor diesem Hintergrund nachvollziehbar und vernünftig erscheine. Zur Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners sei zu erwähnen, dass zwar kein Einkommen angerechnet werden könne, dass er indes anteiliger (Gesamt-)Eigentümer mehrerer Liegenschaften in Zürich... sei. Angesichts des Alters seiner daran nutznießungsberechtigten Mutter, welche gemäss Grundbuchauszug am 18. Dezember 1929 geboren sei, dürfte trotz der Belastung mit der Nutznießung auch dem nackten Eigentum ein erheblicher Wert zukommen. Der Gesuchsgegner habe nicht ausgeführt, weshalb er diese Liegenschaften zur Deckung der Verfahrenskosten nicht belehnen könnte (Urk. 17 S. 40 f.).

E. 10.2

In der Zweitberufung macht der Gesuchsgegner geltend, Fakt sei, dass die Anträge der Gesuchsgegnerin in Bezug auf die Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen und die Anordnung einer umfassenden Edition bei objektiver Betrachtung ohne jegliche Aussicht auf Erfolg seien und die übrigen Punkte unbestritten bzw. gegenstandslos seien. Die Vorinstanz sei diesbezüglich in Willkür verfallen und auch in Bezug auf die Aussage, dass die Gesuchstellerin auf einen Rechtsbestand angewiesen sei. Doch selbst wenn die Bedürftigkeit bejaht, die Aussichtslosigkeit verneint und die anwaltschaftliche Vertretung als notwendig gewertet werde, sei die Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners zu verneinen. Ohne dass die Gesuchstellerin dies jemals auch nur andeutungsweise behaupten liess, mithin in Verletzung der Verhandlungsmaxime von Art. 55 Abs. 1 ZPO, habe sich die Vorinstanz zur jeglicher Grundlage entbehrenden Behauptung verstiegen, es sei nicht ersichtlich, weshalb es dem Gesuchsgegner nicht zumutbar sein solle, diese im

Gesamteigentum befindlichen und mit der Nutzniessung seiner Mutter belasteten Liegenschaften zur Deckung der Verfahrenskosten zu belehnen oder sogar "teilweise zu veräussern." Dieses Konstrukt sei geradezu abstrus. Solange die Gemeinschaft der Gesamteigentümer andauere, sei ein Recht auf Teilung oder die

- 19 - Verfügung über einen Bruchteil der Sache ausgeschlossen. Eine Belehnung oder ein Verkauf der Liegenschaften sei ohne Zustimmung der Mutter und des Bruders deshalb schlicht unmöglich. Diese seien jedoch nicht gewillt und verpflichtet, ihre Zustimmung zu erteilen (Urk. 27/16 S. 4 ff.).

E. 10.3

Auch die Gesuchstellerin erachtet den vorinstanzlichen Entscheid als etwas widersprüchlich. Die Vorinstanz verneine einerseits die Leistungsfähigkeit in Bezug auf Unterhaltsbeiträge, auf der anderen Seite gehe sie relativ salopp davon aus, dass der Gesuchsgegner in Bezug auf einen Prozesskostenbeitrag wirtschaftlich leistungsfähig sei. Sie habe wohl einen salomonischen Entscheid fällen wollen. Sie hätte jedoch begründen müssen, dass der Gesuchsgegner faktisch über eine sprudelnde Geldquelle verfüge. Bei Einnahmen von mindestens Fr. 5'000.– verfüge der Gesuchsgegner über einen Freibetrag von Fr. 1'090.– und alsdann von Fr. 1'738.–, was es ihm erlaube, den Prozesskostenbeitrag allenfalls in Raten zu bezahlen. Bei den vom Gesuchsgegner neu eingereichten Unterlagen handle es sich um unzulässige Noven. Es sei ihm bekannt gewesen, dass die Liegenschaften ein wesentlicher Streitgegenstand seien und er hätte bereits damals belegen können, dass er die Liegenschaften nicht belehnen könne. Das Verfahren sei schliesslich auch nicht aussichtslos (Urk. 27/23 S. 3 f.).

E. 10.4

Wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat, gelten erstinstanzliche familienrechtliche Prozesse in der Regel nicht als aussichtslos, zumal die ausssergerichtliche Erledigung eines Rechtsstreites in Ehe- und Statussachen von der Sache her ausgeschlossen ist (vgl. BGER 5D_158/2013 vom 24. September 2013 E. 3). Die Gesuchstellerin gilt sodann als mittellos im Sinne der Rechtsprechung.

E. 10.5

Zur Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners ist auf die Frage der Belehnung von Liegenschaften einzugehen: Gemäss Grundbuchauszug ist der Gesuchsgegner Gesamteigentümer und bildet zusammen mit seinem Bruder J. _____ eine einfache Gesellschaft, welche als Miteigentümerin zur Hälfte die Liegenschaften D. _____-strasse 74 und D. _____-strasse 76 hält, und worauf die lebenslange Nutzniessung zugunsten der Mutter besteht. Den anderen Miteigentumsanteil besitzt sein Bruder alleine. Dazu ist der Gesuchsgegner Gesamteigentümer (Erbengemeinschaft) zusammen mit seiner Mutter und seinem Bruder an der Liegen-

- 20 - schaft E. _____-strasse 71 und an den Liegenschaften D. _____-strasse 72 und 70, welche je mit einer lebenslangen Nutzniessung zugunsten der Mutter belastet sind (Urk. 12/7). Steht eine Liegenschaft im Gesamteigentum, bedarf es zur Ausübung des Eigentums und insbesondere zur Verfügung über die Sache des einstimmigen Beschlusses aller Gesamteigentümer. Solange die Gemeinschaft dauert, ist ein Recht auf Teilung oder die Verfügung über einen Bruchteil der Sache ausgeschlossen (Art. 653 Abs. 2 und 3 ZGB). Der Gesuchsgegner verfügt somit über keine rechtlichen Möglichkeiten, einen Kredit zu

beschaffen, wenn seine Mutter und sein Bruder ihre Zustimmung nicht erteilen. Dass sie diese Zuteilung nicht erteilen, wurde erstmals im Rechtsmittelverfahren vorgebracht (Urk. 27/20/2). Allerdings wurde die Belehnung von Liegenschaften an der Hauptverhandlung weder durch die Gesuchstellerin noch die Vorinstanz thematisiert, weshalb für den Gesuchsgegner auch keine Veranlassung bestand, sich dazu zu äussern. Die neu eingereichten Schreiben sind daher unter novenrechtlichem Aspekt zulässig (BGE 139 III 466 E. 3.4). Bei diesem Ergebnis kann offen bleiben, ob die Vorinstanz die Verhandlungsmaxime im Sinne von Art. 55 ZPO oder aber das rechtliche Gehör im Sinne von Art. 53 ZPO verletzt hat, da der Anspruch auf rechtliches Gehör besteht und zu gewähren ist, wenn eine Behörde ihren Entscheid mit einer Rechtsnorm oder einem Rechtsgrund zu begründen beabsichtigt, die im bisherigen Verfahren nicht herangezogen wurden, auf die sich die beteiligten Parteien nicht berufen haben und mit deren Erheblichkeit im konkreten Fall sie nicht rechnen konnten (Art. 29 Abs. 2 BV; BGE 125 V 368 E. 4a).

E. 10.6

Die Gesuchstellerin leitet die Leistungsfähigkeit aus dem Überschuss zwischen Notbedarf und den monatlichen Einnahmen von Fr. 5'000.– ab. Wie unter Erw. 5. dargelegt, können die Zahlungen der Mutter bei der Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners nicht berücksichtigt werden. Folglich ist der Antrag auf Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags abzuweisen. In Gutheissung des Zweitberufungsantrags Ziff. 1 (Urk. 27/16 S. 2) ist Dispositiv-Ziffer 5 des angefochtenen Urteils ersatzlos aufzuheben.

E. 11

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 und ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 29. April 2015 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. S. Notz versandt am: se

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