

ZH_OBERGERICHT LE160072 vom 21. Juli 2017

ZH Obergericht, 2017-07-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE160072

FR: ZH_OBERGERICHT LE160072 du 21 juillet 2017

IT: ZH_OBERGERICHT LE160072 del 21 luglio 2017

Erwägungen

E. 1

Die Parteien sind seit dem tt. März 1995 verheiratet. Aus der Ehe sind zwei Kinder hervorgegangen, F._____, geboren am tt.mm.1997, und E._____, geboren am tt.mm.2004. Seit dem 29. Oktober 2014 leben die Parteien getrennt. Mit dem angefochtenen Urteil hat die Vorinstanz das Getrenntleben geregelt. Im Berufungsverfahren sind einzig noch die Ehegattenunterhaltsbeiträge strittig.

E. 1.1

Vor Vorinstanz war unbestritten, dass die Gesuchsgegnerin als Pflegehelferin mit einem 80 %-Pensum arbeitet. Der Gesuchsteller vertrat die Auffassung, der Gesuchsgegnerin sei (zusätzlich) ein hypothetisches Einkommen anzurechnen, und zwar rückwirkend seit Juni 2015, da sie keine weiteren Verpflichtungen habe und ohne weiteres in der Lage sei, 100 % zu arbeiten (Urk. 37 S. 26 und 27). Die Vorinstanz erwog, Voraussetzung für die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens sei, dass eine entsprechende Einkommenssteigerung möglich und zumutbar sei. Die rückwirkende Anrechnung eines hypothetischen Einkommens sei damit grundsätzlich ausgeschlossen. Vorliegend schreibe zwar Dr. med. J._____ in seinem medizinischen Bericht vom 4. Dezember 2015, dass die Gesuchsgegnerin aufgrund ihres psychischen Zustandes in absehbarer Zeit nicht mehr als 80 % arbeiten könne. Jedoch präsentiere sich im "Entscheidzeitpunkt" die Situation anders als Anfang Dezember 2015, zumal die Gesuchsgegnerin ihre Tochter E._____ wieder regelmässig sehen könne. Aufgrund der regelmässigen Kontakte sei davon auszugehen, dass sich das psychische Wohlbefinden wieder stabilisiere, was auch ihrer (der Gesuchsgegnerin) eigenen Einschätzung entspreche. Auch sei davon auszugehen, dass sich die familiäre Situation weiter normalisieren und stabilisieren werde, wenn erst der gerichtliche Entscheid vorliege. Zwar mache die Gesuchsgegnerin geltend, sie könne bei ihrem jetzigen Arbeitgeber nicht mehr als 80 % arbeiten. Angesichts des Arbeitnehmermarktes im Pflegebereich müsse es der Gesuchsgegnerin indes möglich sein, ihr Pensum in Zukunft zu vergleichbaren Lohnkonditionen zu steigern. Es spreche folglich nichts dagegen, dass die Gesuchsgegnerin ihr Arbeitspensum nach einer angemessenen Übergangszeit per 1. April 2017 erhöhen könne. Entsprechend sei bis zum 31. März 2017 von einem anrechenbaren Einkommen von Fr. 3'473.–

- 10 - (bei einem 80 %-Pensum) und ab 1. April 2017 von einem anrechenbaren (hypothetischen) Einkommen von Fr. 4'263.– (bei einem 100 %-Pensum) auszugehen (Urk. 37 E. III./E./5.2.).

E. 1.2

Der Gesuchsteller bemängelt, die Vorinstanz habe der Gesuchsgegnerin in willkürlicher Weise erst ab dem 1. April 2017 ein hundertprozentiges Einkommen von Fr. 4'673.– pro

Monat angerechnet. Die Ansetzung einer sechsmonatigen Wartefrist nach Erlass des Urteils bis zur Anrechnung eines hypothetischen Einkommens sei willkürlich. Hätte die Vorinstanz nur drei bis vier Monate weiter mit ihrem Urteil zugewartet, hätte sich die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens hinausgezögert, so wie sich die Wartefrist verkürzt hätte, wenn das Urteil früher ergangen wäre. Es könne und dürfe jedoch nicht sein, dass die vorinstanzliche Arbeitskadenz die Höhe der "Unterhaltspflicht" des Gesuchstellers beeinflusse. Komme hinzu, dass es der Gesuchsgegnerin gerade wegen der Flexibilität ihrer Vorgesetzten durchaus zuzumuten gewesen wäre, sofort nach ihrem Auszug einem 100 %-Pensum nachzugehen, jedenfalls sicherlich ab dem Moment, als sie die Gesuchsbegründung vom 8. Oktober 2015 habe zur Kenntnis nehmen können. Deshalb sei ihr ein sofortiges hypothetisches Einkommen von Fr. 4'263.– anzurechnen, auf jeden Fall jedoch ab Beginn des Getrenntlebens und nicht erst ab April 2017 (Urk. 36 S. 8 f.).

E. 1.3

Grundsätzlich ist ein hypothetisches Einkommen nicht rückwirkend anzurechnen, sondern erst nach Ablauf einer angemessenen Übergangsfrist. Von diesem Grundsatz ist ausnahmsweise abzuweichen, wenn es für die verpflichtete Partei deutlich voraussehbar war, dass sie ihre Lebensumstände anpassen muss, oder wenn sie sich rechtsmissbräuchlich und unredlich verhalten hat (BGer 5P.79/2004 vom 10. Juni 2004, E. 4.3; 5A_636/2013 vom 21. Februar 2014, E. 5.1; je m.w.H.). Ob ein Ausnahmefall im genannten Sinne vorliegt, kann nicht schematisch nach fixen Regeln geprüft werden, sondern ist aufgrund aller konkreten Umstände im Einzelfall zu entscheiden. Die Übergangsfrist muss sodann ihrem Zweck und den Umständen angemessen sein (BGE 129 III 417 E. 2.2; 114 II

E. 1.4

Vorliegend ist nicht einsichtig, weshalb es für die Gesuchsgegnerin bereits ab Beginn des Getrenntlebens (29. Oktober 2014) deutlich voraussehbar gewesen sein soll, dass sie ihre Lebensumstände anpassen müsste, oder inwiefern sie sich rechtsmissbräuchlich oder unredlich verhalten haben soll. Der Gesuchsteller macht hierzu denn auch keine Ausführungen. Der Zeitpunkt der Einreichung des Eheschutzgesuchs (8. Oktober 2015) fällt sodann in einen Zeitraum, für welchen der Gesuchsgegnerin ohnehin ärztlich eine Arbeitsunfähigkeit attestiert wurde (so auch der Gesuchsteller in Urk. 36 S. 8). Abgesehen davon kann der Gesuchsgegnerin eine (deutliche) Voraussehbarkeit einer zukünftigen Anpassung der Lebensumstände nicht unterstellt werden, nur weil der Gesuchsteller in seinem Gesuch die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens von 100 % verlangt hat. Entgegen der offenbaren Auffassung des Gesuchstellers bedeutet das Stellen eines Begehrens noch nicht, dass das Gericht dieses auch tatsächlich gutheisst. Gleiches gilt für den Zeitpunkt der Verhandlung vom 14. Januar 2016, zumal weder vom Gesuchsteller geltend gemacht wurde noch ersichtlich ist, dass die Vorinstanz die Gesuchsgegnerin zu diesem Zeitpunkt bereits auf ihre Pflicht auf Erhöhung ihres Arbeitspensums hingewiesen hat bzw. die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens in Aussicht gestellt hat. Was die von der Vorinstanz (und vom Gesuchsteller als zu lang monierte) ange setzte Übergangsfrist bis 1. April 2017 anbelangt, ist zunächst festzuhalten, dass die der Gesuchsgegnerin gewährte Übergangsfrist tatsächlich rund 4.5 Monate (und nicht sechs Monate) beträgt. Diese Übergangsfrist erweist sich angesichts des psychischen Gesundheitszustands der Gesuchsgegnerin als ihrem Zweck und den Umständen grundsätzlich angemessen (vgl. auch den ärztlichen Bericht von Dr. med. J. _____ vom 4. Dezember 2015 Urk. 20/3; vgl. auch Prot. I S. 26 und 29, wonach die Gesuchsgegnerin

nach eigenen Angaben nervlich sehr krank sei, da sie die Tochter E._____ nicht sehen könne). Im Weiteren liegt es auf der Hand, dass die Begründung eines Entscheides Zeit in Anspruch nimmt. Es ist jedoch für das Gericht nicht voraussehbar, wie viel Zeit genau für einen Entscheid aufgewendet werden muss. Vorliegend musste die Gesuchsgegnerin – wie bereits erwähnt – nicht vor Zustellung des vorinstanzlichen Entscheids damit rechnen, einen höheren Verdienst erzielen zu müssen. Unter Berücksichtigung dieses

- 12 - Umstandes hatte die Vorinstanz ihr daher im Endentscheid eine angemessene Übergangsfrist anzusetzen, was sie – wie bereits ausgeführt – denn auch getan hat. Der Vorwurf des Gesuchstellers, wonach sich die Übergangsfrist je nach "Arbeitskadenz" der Vorinstanz verkürzt oder verlängert habe, geht damit an der Sache vorbei. Die Berufung erweist sich in diesem Punkt als unbegründet.

E. 1.5

Die Gesuchsgegnerin liess mit ihrer Berufungsantwort vom 1. Februar 2017 drei ärztliche Arbeitsunfähigkeitszeugnisse für die Zeit vom 1. bis 7. Dezember 2016 sowie vom 22. Dezember 2016 bis 31. Januar 2017 einreichen (Urk. 54/1-3). Von einer weiteren Verlängerung der Übergangsfrist ist indessen abzusehen: Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, erweist sich die vom Gesuchsteller erhobene Berufung insgesamt als unbegründet, soweit sie überhaupt zulässig ist. Weil die Gesuchsgegnerin keine selbstständige Berufung erhoben hat, gilt vorliegend das Verschlechterungsverbot (reformatio in peius), d.h. der Gesuchsteller als Berufungskläger darf nicht schlechter gestellt werden als gemäss erstinstanzlichem Entscheid und muss im für ihn ungünstigsten Fall einzig mit dessen Bestätigung durch die Berufungsinstanz rechnen. Eine Verlängerung der Übergangsfrist würde indes zu einer solchen Verschlechterung führen, weshalb eine solche Verlängerung ohnehin nicht in Frage kommt. 2. Überschussverteilung

E. 2

Am 8. Oktober 2015 reichte der Gesuchsteller und Berufungskläger (fortan Gesuchsteller) beim Bezirksgericht Zürich (Vorinstanz) ein Eheschutzgesuch ein (Urk. 1). Am 4. November 2016 fällte die Vorinstanz den Endentscheid (Urk. 37 = Urk. 35; Dispositiv eingangs wiedergegeben).

E. 2.1

Die Vorinstanz erwog, den erstellten vier Berechnungsphasen (siehe Urk. 37 S. 43) sei zu entnehmen, dass beide Parteien mit ihrem Einkommen ihren Notbedarf selber decken könnten. Dabei resultiere sogar ein Überschuss, der entsprechend aufzuteilen sei. Dies habe zur Folge, dass die Gesuchsgegnerin nicht zur Leistung von Kinderunterhaltsbeiträgen verpflichtet werden könne. Da die Parteien Anspruch auf den gleichen Lebensstandard hätten, sei die Gesuchsgegnerin am Überschuss der Einkommen entsprechend zu beteiligen. Bezüglich der Aufteilung des Überschusses hätten sich die Parteien nicht vernehmen lassen. Da die Tochter E._____ weiterhin beim Gesuchsteller leben werde, stünden ihm und der Tochter mindestens zwei Drittel des Überschusses zu. Weil der Gesuchsteller alleiniger Obhutsinhaber sei und die Hauptbetreuung der Tochter E._____ übernehme, insbesondere auch unter dem Aspekt, dass die Gesuchsgegnerin finanzi-

- 13 - ell nicht in der Lage sei, Kinderunterhaltsbeiträge zu bezahlen, rechtfertige es sich, dem Gesuchsteller zusammen mit E._____ 70 % und der Gesuchsgegnerin 30 % des Überschusses zuzuweisen (Urk. 37 E. III./E./7.).

E. 2.2

Der Gesuchsteller moniert, die Gesuchsgegnerin habe gearbeitet und sei für ihre eigenen Ausgaben aufgekommen, ohne an einem erhöhten Standard zu partizipieren. Entsprechend könne im Nachhinein auch nicht irgendein Lebensstandard rekonstruiert werden, der nicht den damaligen Tatsachen entspreche. Anders hätte es ausgesehen, wenn die Gesuchsgegnerin nicht hätte arbeiten müssen, da das Geld ausgereicht hätte. Vorliegend seien die Parteien jedoch hoch verschuldet. Die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens müsse damit ab dem ersten Tag erfolgen, an dem sich die Gesuchsgegnerin für einen Auszug aus der ehelichen Wohnung entschieden habe. Dies auch deshalb, weil der Eheschutzscheidungs vorbereitend gewesen sei, was die mittlerweile eingereichte Scheidungsklage belege. Unter diesen Umständen könne die Gesuchsgegnerin nicht an irgendwelchen hypothetischen Freibeträgen partizipieren. Es gelte das clean-break-Prinzip. Eine Partizipation seitens der Gesuchsgegnerin am Überschuss (der im Übrigen gar nicht existiere) sei sodann auch deshalb nicht zulässig, da die Gesuchsgegnerin während der ganzen Zeit des Getrenntlebens keinen finanziellen Beitrag an den Unterhalt der Tochter E. _____ geleistet habe. Und das, obwohl sie hierzu durchaus in der Lage gewesen wäre und nach Art. 276 Abs. 2 ZGB auch hätte verpflichtet werden können. Da sich die Kinderkosten gemäss Empfehlung der Zürcher Bildungsdirektion für eine sieben- bis zwölfjährige Tochter auf Fr. 1'929.– pro Monat belaufen würden, schliesse dies eine Beteiligung an einem allfälligen Überschuss a priori aus. Da zudem nur die Überschussaufteilung einen Unterhaltsanspruch der Gesuchsgegnerin begründe, sei die Zuweisung eines allfälligen Überschusses vollumfänglich an den Gesuchsteller geboten, da er auch gesamthaft für die Tochter aufkomme. Damit sei kein Unterhaltsanspruch seitens der Gesuchsgegnerin mehr gegeben. Die von der Vorinstanz vorgenommene anderslautende Begründung im angefochtenen Urteil sei willkürlich, verletze Art. 276 Abs. 2 ZGB und sei mithin bundesrechtswidrig. Hinzu komme, dass ab 1. Januar 2017 Betreuungsunterhalt geschuldet wäre, welchen die Gesuchsgegnerin nun nicht bezahlen müsse. Auch aus diesem Grund er-

- 14 -
scheine eine vollumfängliche Zuweisung eines allfälligen Fehlbetrages an den Gesuchsteller als gerechtfertigt. Damit könne er auch für die effektiven Mehrkosten der minderjährigen Tochter aufkommen (Urk. 36 S. 9 f. und S. 16).

E. 2.3

Vorliegend wandte die Vorinstanz zur Berechnung der Unterhaltsverpflichtung die zweistufige Methode an. Zweistufig bedeutet, dass zuerst der konkrete Bedarf aller Personen dem Gesamteinkommen gegenübergestellt und alsdann der rechnerische Überschuss auf die unterhaltsberechtigten Kinder und die Ehegatten verteilt wird (BGE 140 III 337 E. 4.2.1 f.). Mit der Verteilung des Überschusses soll es den Ehegatten ermöglicht werden, ihren bisherigen Lebensstandard beizubehalten (Six, Eheschutz, 2. A., Rz. 2.171). Bei gemeinsamen unmündigen Kindern, die bei einem der Ehegatten wohnen, ist die Zuweisung des verbleibenden Überschusses in der Regel im Verhältnis 1/3 und 2/3 zu Gunsten des obhutsberechtigten Ehegatten vorzunehmen, was weit verbreiteter und sachgerechter Praxis entspricht (Six, a.a.O., Rz. 2.172 mit Verweis auf BGer 5A_511/2009 vom 23. November 2009, E. 5.2 und BGE 126 III 8).

E. 2.4

Der Gesuchsteller macht nicht geltend, die Vorinstanz habe zu Unrecht die zweistufige Methode angewandt. Die von der Vorinstanz in der Folge vorgenommene

Überschussverteilung steht sodann – entgegen der Auffassung des Gesuchstellers – durchaus im Einklang mit der erwähnten Rechtsprechung. Die diesbezüglichen Einwendungen des Gesuchstellers verfangen nicht. Damit ist das von der Vorinstanz ausgeübte Ermessen nicht zu beanstanden. Die Berufung erweist sich damit auch in diesem Punkt als unbegründet.

E. 3

Hiergegen hat der Gesuchsteller am 18. November 2016 fristgerecht Berufung erhoben und die eingangs aufgeführten Berufungsanträge gestellt (Urk. 36).

E. 3.1

Die Vorinstanz erwog, der Gesuchsteller arbeite bei der K._____ AG als Polier im Strassenbau in einem 100 %-Pensum. Gestützt auf die Lohnabrechnungen Januar bis November 2015 sei von einem Nettolohn von Fr. 7'239.– (Bruttolohn Fr. 8'800.–) auszugehen. Das Einkommen gemäss Lohnausweis 2014 sei hingegen unberücksichtigt zu lassen, da darin neben den Kinderzulagen für die beiden Töchter zusätzlich Überstunden- sowie Ferienauszahlungen enthalten sein dürften. Weiter erwog die Vorinstanz Folgendes:

- 15 -

- Die Kinder- und Ausbildungszulagen (Fr. 450.–) gemäss den Lohnabrechnungen seien aus dem Einkommen des Gesuchstellers auszuklammern.
- Hinsichtlich der auf der Lohnabrechnung aufgeführten Spesen betreffend Mittagessen sei davon auszugehen, dass der Gesuchsteller auch Essenskosten hätte, wenn er das Frühstück und das Mittagessen zu Hause einnehme. Hierfür werde ihm im Grundbetrag täglich ca. Fr. 3.– (Frühstück) und Fr. 7.– (Mittagessen) einberechnet. Diese Einsparung sei ihm (bei monatlich 20 Arbeitstagen insgesamt Fr. 200.–) als versteckter Lohnanteil seinem Einkommen hinzuzurechnen. Dieser Schluss liege auch bei Anwendung des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags für das Bauhauptgewerbe nahe, der für das Mittagessen lediglich einen minimalen Spesenersatz von Fr. 14.– (bis Ende 2015), Fr. 15.– (bis Ende 2016) sowie Fr. 16.– (ab 2017) vorsehe. Es erscheine somit nachvollziehbar, dass der vom Arbeitgeber des Gesuchstellers ausbezahlten höheren Spesenvergütung (von Fr. 30.–) rund Fr. 20.– effektive Spesen entgegenstünden und die darüber hinaus ausbezahlten Spesen (Fr. 10.– pro Arbeitstag) als versteckter Lohnanteil zu betrachten seien.
- Der Samstagzuschlag werde zwar nicht monatlich ausbezahlt, falle jedoch ziemlich regelmässig an. Offenbar sei es nicht unüblich, dass der Gesuchsteller als Polier auch samstags arbeiten müsse, und es werde von ihm auch nicht geltend gemacht, dass es sich hierbei um Ausnahmen handle. Folglich sei ihm dieser Zuschlag in Form eines Durchschnittswerts als Lohn anzurechnen. Nach Berücksichtigung eines Lohnabzuges von Fr. 11.57 % seien die resultierenden Fr. 281.85 auf elf Monate zu verteilen, was einen anzurechnenden Betrag von Fr. 26.– (pro Monat) ergebe.
- Der auf der Lohnabrechnung August 2015 ausgewiesene Bonus von Fr. 3'392.– sei ebenfalls als Lohnbestandteil im Einkommen zu berücksichtigen. Die vergüteten Fr. 3'000.– netto seien auf zwölf Monate zu verteilen, was einen monatlich anzurechnenden Betrag von Fr. 250.– ergebe.
- Der dem Gesuchsteller ausbezahlte 13. Monatslohn sei mit monatlich Fr. 603.– zu berücksichtigen (Fr. 7'239.– / 12).
- Nicht im Einkommen zu berücksichtigen seien hingegen die Überstundenauszahlungen, zumal sie keinen Lohnbestandteil darstellten.

- 16 - Gestützt auf diese Erwägungen ging die Vorinstanz von einem dem Gesuchsteller anrechenbaren monatlichen Einkommen von Fr. 8'318.– (Fr. 7'239.– + Fr. 200.– + Fr. 26.– + Fr. 250.– + Fr. 603.–), inkl. versteckter Spesen, Samstagzuschlag,

E. 3.2

Der Gesuchsteller moniert in seiner Berufungsschrift, die von der Vorinstanz vorgenommene Einkommensberechnung sei willkürlich. Der Gesuchsteller verfüge über ein Bruttoeinkommen von Fr. 9'150.–. Abzüglich der Sozialabgaben (Fr. 1'813.15) ergebe dies ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 7'336.85. Eine allfällige Sonntagsarbeit und Überzeit sei im überobligatorischen Bereich anzusiedeln und sei bei einer allfälligen Unterhaltspflicht nicht zu berücksichtigen. Alles andere wäre bundesrechtswidrig. Nebst der Kinderbetreuung arbeite er bereits 100 %, womit er seinen Leistungsbeitrag zu mehr als 100 % erbringe. Geschäftlich zu verrichtende Überstunden seien ihm sicherlich nicht noch bei seiner Leistungsfähigkeit zu berücksichtigen. Unzulässig sei sodann, die Entschädigung für das Mittagessen seinem Einkommen anzurechnen, zumal diese Entschädigung auch tatsächlich für die entsprechende Mittagsverpflegung verbraucht werde. Ebenfalls unzulässig sei, die Kinderzulagen anzurechnen. Hinzuzurechnen seien jedoch nochmals Fr. 611.40 pro rata temporis als 13. Monatslohn. Dies ergebe dann ein monatliches Gesamteinkommen von Fr. 7'948.25 und nicht Fr. 8'318.– (Urk. 36 S. 11 f.).

E. 3.3

Die Vorinstanz hat beim Einkommen des Gesuchstellers weder die Überstundenentschädigung noch die Kinderzulagen hinzugerechnet, sondern lediglich den Samstagzuschlag (Urk. 37 S. 23 ff.). Mit den diesbezüglichen Erwägungen setzt sich der Gesuchsteller nicht auseinander. Insbesondere stellt er nicht in Abrede, dass der Samstagzuschlag ziemlich regelmässig ausbezahlt wird. Es handelt sich offensichtlich um einen Zuschlag für am Samstag geleistete Arbeitsstunden. Die Berücksichtigung dieses Zuschlags beim Einkommen des Gesuchstellers ist nicht zu beanstanden. Hinsichtlich der Entschädigung für die Mittagsverpflegung ist sodann festzuhalten, dass der Gesuchsteller in seiner Berufungsschrift eine Auseinandersetzung mit den diesbezüglichen vorinstanzlichen Erwägungen missen lässt. Mit seinen Vor-

- 17 - bringen wiederholt er vielmehr weitestgehend lediglich das bereits vor Vorinstanz Vorgebrachte (vgl. Urk. 17 S. 16 f.). Damit kommt er seiner Begründungspflicht indes nicht rechtsgenügend nach (vgl. Ziff. II./2.). Entsprechend bleibt es bei der vorinstanzlichen Erwägung betreffend die Mittagsentschädigung. Mit Bezug auf den 13. Monatslohn macht der Gesuchsteller geltend, es seien ihm monatlich Fr. 611.40 pro rata temporis hinzuzurechnen. Damit verlangt er jedoch (zu seinen Ungunsten) die Anrechnung von Fr. 8.40 mehr als die Vorinstanz ihm bereits angerechnet hatte (vgl. Urk. 36 S. 25 f., wonach dem Gesuchsteller monatlich Fr. 603.– als 13. Monatslohn anzurechnen sei). Da jedoch die Gesuchsgegnerin keine Berufung erhoben hat und – wie noch zu zeigen sein wird – die Berufung abzuweisen ist, ist auf den von der Vorinstanz dem Gesuchsteller angerechneten 13. Monatslohn von Fr. 603.– nicht mehr zurückzukommen. Andernfalls würde dies zu einem (minimal) höheren Unterhaltsbeitrag führen, was indessen mit dem grundsätzlich geltenden Verbot der reformatio in peius nicht zu vereinbaren wäre.

E. 3.4

Zusammengefasst ist beim Gesuchsteller damit weiterhin von einem Nettoeinkommen von monatlich Fr. 8'318.– auszugehen. 4. Bedarf der Gesuchsgegnerin

E. 4

Mit Verfügung vom 22. November 2016 wurde der Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagten (fortan Gesuchsgegnerin) Frist angesetzt, um zum Gesuch um

Erteilung der aufschiebenden Wirkung Stellung zu nehmen (Urk. 40). Dieser Aufforderung kam die Gesuchsgegnerin innert Frist nach (Urk. 42). Der dem Gesuchsteller auferlegte Kostenvorschuss ging innert Frist ein (Urk. 41, 43, 44 und 46).

E. 4.1

Grundbetrag

E. 4.1.1

Die Vorinstanz rechnete der Gesuchsgegnerin im Bedarf einen Grundbetrag von Fr. 1'100.– an. Sie erwog, es sei aus den eingereichten Eingaben auf beiden Seiten nicht genau auszumachen, ob es sich bei den Beziehungen der Parteien [mit ihren jeweiligen neuen Lebenspartnern] um ein gefestigtes Konkubinat handle. Die Gesuchsgegnerin sei vor nicht allzu langer Zeit aus der Wohnung in H. _____, die sie unbestrittenermassen mit ihrem Lebenspartner bewohnt habe, ausgezogen und zu ihrer Schwester in Zug gezogen. Folglich sei nicht von einem gefestigten Konkubinat auszugehen (Urk. 37 E. III./E./6./1a. am Ende).

E. 4.1.2

Der Gesuchsteller moniert, die Gesuchsgegnerin lebe seit 1. April 2014 in einem gefestigten Konkubinatsverhältnis. Dieses müsse bei einem bald zweijährigen Zusammenleben angenommen werden. Somit sei ihr ein monatlicher Grund-

- 18 - betrag von Fr. 850.– und nicht Fr. 1'100.– anzurechnen. Die Anrechnung eines Grundbetrags von Fr. 1'100.– pro Monat sei willkürlich (Urk. 36 S. 12).

E. 4.1.3

Wie bereits erwähnt muss sich der Gesuchsteller in seiner Berufungsbeurteilung mit den Entscheidungsgründen (Erwägungen) der Vorinstanz auseinandersetzen; in der Berufungsschrift muss dargelegt werden, weshalb und inwieweit das vorinstanzliche Urteil unrichtig sein soll (vgl. Ziff. II./2.). Dies hat der Gesuchsteller vorliegend versäumt. Insbesondere legt er nicht dar, inwiefern die Vorinstanz angesichts des Auszugs aus der gemeinsamen Wohnung ihres Partners und des Einzugs bei ihrer Schwester in Zug zu Unrecht das Vorliegen eines gefestigten Konkubinats verneint hat. Er begnügt sich einzig damit, seinen vorinstanzlichen Standpunkt zu wiederholen (vgl. Urk. 17 S. 14). Damit kommt er indes seiner Begründungspflicht nicht rechtsgenügend nach.

E. 4.2

Fahrkosten

E. 4.2.1

Die Vorinstanz erwog, dass der Gesuchsteller Transportkosten von monatlich Fr. 600.– geltend gemacht habe. Dieser Betrag schein jedoch nicht angemessen, zumal dem Gesuchsteller auch unter dem Titel Parkplatz/Garage bis zum Bezug der Eigentumswohnung Fr. 136.– bzw. – im Rahmen der Kosten der neuen Wohnung – ein Beitrag für den mitgekauften Parkplatz berechnet werde. Beide Ehegatten hätten vor und kurz nach der Trennung über ein Fahrzeug verfügt. Aktuell stehe lediglich dem Gesuchsteller ein solches zur Verfügung, weshalb er einzig die hypothetischen Mehrkosten geltend machen könne, die aufgrund des Chauffierens der gemeinsamen Tochter entstünden. Sodann seien ihm für den Arbeitsweg Kosten in der Höhe der öffentlichen Verkehrsmittel einzuberechnen, da er für seine Arbeit offensichtlich nicht auf das Fahrzeug angewiesen sei. Aufgrund dieser Überlegungen würden Transportkosten von

monatlich Fr. 273.– als angemessen erscheinen. Die von der Gesuchsgegnerin geltend gemachten Fahrkosten von Fr. 273.– seien sodann belegt und vom Gesuchsteller überdies anerkannt worden (Urk. 37 E. III./E./6.6.).

E. 4.2.2

Der Gesuchsteller moniert, es sei nicht ersichtlich, weshalb der Gesuchsgegnerin Fr. 73.– mehr Fahrkosten zugebilligt würden als ihm. Er sei auf ein Fahrzeug angewiesen (Urk. 36 S. 13).

- 19 -

E. 4.2.3

Hinsichtlich der Fahrkosten geht der Gesuchsteller in seiner Berufungsschrift in keiner Weise auf die vorinstanzlichen Erwägungen ein; er führt mit keinem Wort aus, was an den ausführlichen vorinstanzlichen Erwägungen unrichtig sein soll (vgl. Ziff. II./2.), sondern begnügt sich mit pauschalen Vorbringen. Inwiefern er in Abweichung der vorinstanzlichen Erwägung auf das Fahrzeug angewiesen sein soll und die der Gesuchsgegnerin zugestanden Fahrkosten von Fr. 273.– falsch sein sollen, führt er hingegen nicht aus. Damit ist er auch mit Bezug auf die Fahrkosten seiner Begründungspflicht nicht nachgekommen.

E. 4.3

Anerkannter Notbedarf von Fr. 2'850.– Soweit der Gesuchsteller schliesslich unter Verweis auf sein Plädoyer vorbringt, er habe an der Hauptverhandlung vom 14. Januar 2016 der Gesuchsgegnerin lediglich einen Notbedarf von Fr. 2'850.– inklusive Steuern zugestanden und alles andere sei bestritten und von der Gesuchsgegnerin nicht glaubhaft gemacht worden (Urk. 36 S. 13), handelt es sich lediglich um eine pauschale Kritik am vorinstanzlichen Entscheid. Dies vermag den Anforderungen an eine Berufungsbegründung ohnehin nicht zu genügen. Vielmehr wäre es dem Gesuchsteller obliegen, in der Berufungsschrift darzutun, welche der (Not-)Bedarfspositionen der Gesuchsgegnerin genau von der Vorinstanz zu Unrecht angerechnet wurden und aus welchem Grund (vgl. Ziff. II./2.). Auch kann sich der Gesuchsteller seiner Rück- und Begründungspflicht nicht durch einen globalen Verweis auf bisherige Eingaben oder die Akten entledigen. Entsprechend ist er auch diesbezüglich seiner Begründungspflicht nicht rechtsgenügend nachgekommen.

E. 4.4

Fazit Zusammengefasst erweist sich die Berufung in diesem Punkt als unzulässig, weshalb darauf nicht einzutreten ist. 5. Bedarf des Gesuchstellers

E. 5

Mit Verfügung vom 13. Dezember 2016 wurde der Berufung in Bezug auf Dispositivziffer 9 des angefochtenen Urteils für rückwirkend geschuldete Unterhaltsbeiträge bis und mit November 2016 die aufschiebende Wirkung gewährt. Im übrigen Umfang wurde das Gesuch abgewiesen (Urk. 45).

E. 5.1

Der Gesuchsteller moniert, die von der Vorinstanz erstellte Bedarfsrechnung sei willkürlich, insbesondere weil die Nebenkosten der Wohnung, die Schulden und die Steuern nicht berücksichtigt worden seien. Gegenüber seiner Schwester habe er Darlehensschulden im Umfang von Fr. 75'000.–. Zudem hafte er nun al-

- 20 - leine für die Gesamtschulden der Eigentumswohnung im D._____. Hinzu kämen dann noch Steuerschulden von Fr. 1'431.30 (Staats- und Gemeindesteuern 2013), Fr. 925.– (Direkte Bundessteuer 2013), Fr. 10'192.70 (Staats- und Gemeindesteuern 2014) und Fr. 837.– (Direkte Bundessteuer 2014). Für diese Schulden sei der Gesuchsteller alleine aufgekommen. Für das Steuerjahr 2015 schulde der Gesuchsteller den Steuerbehörden einen Betrag von Fr. 9'276.–, den er ebenfalls alleine bezahlen müsse, wie auch den Steuerbetrag für das Jahr 2016. Diese Steuerschulden wären in seinem Notbedarf zu berücksichtigen gewesen. Es gehe nicht an, einen Überschuss ohne Schulden zu errechnen, um die Gesuchsgegnerin sodann an diesem Betrag noch partizipieren zu lassen. Die Ausrechnungsmethode auf Seite 45 und 46 des angefochtenen Urteils sei bundesrechtswidrig und nicht zu schützen.

E. 5.2

Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung gehen persönliche, nur einen Ehegatten betreffende Schulden gegenüber Dritten – auch gegenüber dem Fiskus – der familienrechtlichen Unterhaltspflicht nach und gehören nicht zum (allenfalls erweiterten) Existenzminimum, sondern sind nach dem Ermessen des Sachgerichts im Rahmen einer allfälligen Überschussaufteilung zu berücksichtigen. Zum Bedarf hinzuzurechnen sind nur diejenigen regelmässig abbezahlten Schulden, welche die Ehegatten für den gemeinsamen Lebensunterhalt aufgenommen haben (BGer 5A_923/2012 vom 15. März 2013, E. 3.1 mit Hinweisen). Bei günstigen Verhältnissen ist es zulässig bzw. vorgeschrieben, effektiv bezahlte Steuerschulden, einschliesslich rechtskräftig veranlagter Steuern aus vorausgegangenen Steuerperioden, in die Bedarfsrechnung einzurechnen (BGE 140 III 337 E. 4.2.3).

E. 5.3

Der Gesuchsteller hat vor Vorinstanz geltend gemacht, er sei bei seiner Schwester mit Fr. 75'000.– verschuldet. Zudem würden noch grosse Steuerverpflichtungen auf ihm lasten (Urk. 17 S. 20 f. unter Hinweis auf Beilagen) und er müsse nun die ganze Hypothekarlast alleine tragen, nachdem die Gesuchsgegnerin aus dem "Kaufvertrag für D._____" ausgestiegen sei (Urk. 27 S. 10). Damit hat er im vorinstanzlichen Verfahren weder behauptet, regelmässig Schuldenabzahlungen zu leisten, noch eine solche regelmässige Schuldentilgung im

- 21 - Sinne des zuvor Ausgeführten glaubhaft gemacht. Der Verweis auf Beilagen sowie die (alleinige) Einreichung von Zahlungsabkommen mit dem Steueramt der Stadt Zürich (zusammen mit den Einzahlungsscheinen der zu bezahlenden Raten) genügt nicht. Auch vermögen die den Zahlungsabkommen beigehefteten Einzahlungsscheine eine tatsächlich vorgenommene Schuldentilgung ohnehin nicht zu belegen, wurde darauf doch lediglich jeweils mittels eines Stempels "Bezahlt" sowie handschriftlich ein Datum vermerkt, wobei dessen Urheber unklar bleibt. Hinsichtlich des von seiner Schwester erhaltenen Darlehens hat der Gesuchsteller noch nicht einmal geltend gemacht, dass dieses zur Rückzahlung fällig wäre (vgl. Urk. 18/6 und Art. 318 OR). Für die Zeit ab 29. Oktober 2014 hat die Vorinstanz sodann monatliche Steuern sowohl im Bedarf des Gesuchstellers als auch der Gesuchsgegnerin berücksichtigt (Urk. 37 E. II.I/E./9.). Was der Gesuchsteller schliesslich mit "Nebenkosten der Wohnung" meint, führt er nicht näher aus. Er ist diesbezüglich bereits seiner Substantiierungspflicht nicht rechtsgenügend nachgekommen. Damit hat es sein Bewenden. Abgesehen davon wurde ihm im Bedarf unter dem Titel "Wohnkosten" bereits

ein Betrag von Fr. 600.– pro Monat berücksichtigt (geschätzter Hypothekarzins, zuzüglich anfallender Neben- kosten, abzüglich eines Mietbeitrages der Tochter F._____ sowie der neuen Le- benspartnerin des Gesuchstellers; vgl. Urk. 37 E. III./E./6./2.). Damit kann auch offenbleiben, ob es sich bei den geltend gemachten Schulden überhaupt um ge- meinsame Schulden handelt oder nicht.

E. 5.4

Nach dem Ausgeführten ist der vorinstanzliche Entscheid mit Bezug auf den Bedarf des Gesuchstellers nicht zu beanstanden. Die Berufung erweist sich in diesem Punkt als unbegründet und ist abzuweisen. 6. Vermögensverschiebung aufgrund rückwirkender Unterhaltsbeiträge

E. 6

Mit Verfügung vom 18. Januar 2017 wurde der Gesuchsgegnerin Frist zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt (Urk. 49). Die Berufungsantwort da- tiert vom 1. Februar 2017 (Urk. 52).

- 5 -

E. 6.1

Die Vorinstanz verpflichtete den Gesuchsteller, der Gesuchsgegnerin ab

E. 6.2

Der Gesuchsteller bringt in seiner Berufungsschrift vor, die nachträgliche Verpflichtung, der Gesuchstellerin rückwirkend Unterhaltsbeiträge im Umfang von Fr. 13'711.– (wie dies die Rechtsvertreterin der Gesuchsgegnerin verlange) zu bezahlen, bringe effektiv eine Vermögensverschiebung mit sich. Diese könne dann in der späteren Scheidung nicht mehr berücksichtigt werden, da die Güter- trennung per 8. Oktober 2015 ausgesprochen worden sei. Damit sei einmal mehr Bundesrecht verletzt worden. Unterhaltsbeiträge seien nicht zur Vermögensver- schiebung gedacht (Urk. 36 S. 16).

E. 6.3

Auch diese Rüge des Gesuchstellers geht fehl. Es wurde nach dem Zeit- punkt der Gütertrennung eine Schuld festgestellt, die den Zeitraum vor der Güter- trennung betrifft und damit in der güterrechtlichen Auseinandersetzung grundsätz- lich ein Passivum darstellen würde. Dennoch kann der Gesuchsteller aus diesem Umstand im Eheschutzverfahren nichts zu seinen Gunsten ableiten. Er wird dies im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung geltend machen müssen und nicht im Eheschutzverfahren. 7. Fazit Resümierend ist festzustellen, dass die Rügen des Gesuchstellers unbegründet sind, soweit sie sich als zulässig erweisen. Damit ist die Berufung abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. V. (Kosten- und Entschädigungsfolgen) 1. Bei diesem Prozessausgang ist das angefochtene Urteil auch hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolgen ohne Weiteres zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO). 2. Die Höhe der Gerichtsgebühr richtet sich für das Berufungsverfahren nach § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2, § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 2 lit. b der Ge- bührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG). Das vorliegende Berufungsverfahren erweist sich für ein summarisches Verfahren als durchschnittlich aufwendig. Unter Berücksichtigung des tatsächlichen Streitinte-

- 23 - resses, des Zeitaufwandes des Gerichts und der Schwierigkeit des Falles erscheint eine Entscheidegebühr von Fr. 3'000.– als angemessen. 3. Der Gesuchsteller hat der Gesuchsgegnerin ausserdem antragsgemäss eine Parteientschädigung für ihre anwaltliche Vertretung zu bezahlen (Art. 95 Abs. 3 lit. b und Art. 106 Abs. 1 ZPO), zumal die Gesuchsgegnerin bis zum ungenutzten Ablauf ihrer (letzten) Frist anwaltlich vertreten war (vgl. Urk. 81) und danach keine Vorkehren mehr zu treffen waren. In Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6, § 11 Abs. 1 und 2 sowie § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV ist die Parteientschädigung auf Fr. 2'050.–, inklusive Mehrwertsteuer, festzusetzen. Es wird beschlossen: 1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositiv-Ziffer 3 der Verfügung sowie die Dispositiv-Ziffern 1 bis 8 und 10 bis 14 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich, 5. Abteilung, vom 4. November 2016 in Rechtskraft erwachsen sind. 2. Schriftliche Mitteilung mit dem nachfolgenden Erkenntnis. Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird, und die Dispositiv-Ziffer 9 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich, 5. Abteilung, vom 4. November 2016 wird bestätigt. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt. 3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsteller auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet. 4. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'050.– zu bezahlen. 5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsteller unter Beilage einer Kopie von Urk. 85, an die Gesuchsgegnerin durch Publikation im kan-

- 24 - tonalen Amtsblatt mit dem Hinweis, dass Urk. 82, 83.1, 83.2 und 85 auf der Gerichtskanzlei zur Einsicht aufliegen, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 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. Juli 2017 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. C. Faoro versandt am: sf

E. 7

Mit Eingabe vom 31. Januar 2017 brachte der Gesuchsteller vor, die Gesuchsgegnerin habe anfangs Januar 2017 ihren Wohnsitz nach Portugal verlegt (Urk. 50 und 51/1). Mit Eingabe vom 1. Februar 2017 reichte er weitere Beilagen ein (Urk. 55). In der Folge wurde der Gesuchsgegnerin Frist angesetzt, um zu den Noven Stellung zu nehmen (Urk. 57). Innert Frist ersuchte die Rechtsvertreterin der Gesuchsgegnerin um Abnahme der angesetzten Frist, da sie die Gesuchsgegnerin nicht erreichen könne (Urk. 58B, 59B, 64, 65 und 66/1-3). Mit Eingabe vom 16. Februar 2017 und 21. Februar 2017 liess sich der Gesuchsteller erneut unaufgefordert hierzu vernehmen (Urk. 60, 61, 62 und 63/1-6). Innert mit Verfügung vom 23. Februar 2017 (Urk. 67) erstreckter Frist nahm die Rechtsvertreterin namens der Gesuchsgegnerin teilweise Stellung und ersuchte im Weiteren um Sistierung und Abnahme der mit Verfügung vom 23. Februar 2017 angesetzten Frist mit

der Begründung, sie (die Rechtsvertreterin) könne bei der Gesuchsgegnerin keine Instruktionen einholen (Urk. 68 und 69). Mit Verfügung vom 27. April 2017 wurde das Sistierungsgesuch abgewiesen (Urk. 74; siehe auch Urk. 70 und 71). In der gleichen Verfügung angesetzten Notfrist liess sich die Gesuchsgegnerin nicht mehr vernehmen.

E. 8

Mit Eingabe vom 29. März 2017 ersuchte der Gesuchsteller (unter anderem) um aufschiebende Wirkung im Umfang der (fort-)laufenden Unterhaltsverpflichtungen (Urk. 71 S. 2). Dieses Gesuch wurde mit Verfügung vom 31. März 2017 abgewiesen (Urk. 74). Mit Eingabe vom 30. Mai 2017 reichte der Gesuchsteller mehrere Beilagen ins Recht (Urk. 82, 83.1-3).

E. 9

Mit Eingabe vom 23. Mai 2017 informierte die Rechtsvertreterin der Gesuchsgegnerin das Gericht über ihre Mandatsniederlegung. Sie könne keine Instruktionen von der Gesuchsgegnerin mehr erhältlich machen (Urk. 81).

E. 10

bis 14 des Urteils blieben unangefochten, bzw. wurden anerkannt (vgl. Urk. 36 S. 3), womit sie in Rechtskraft erwachsen sind. Davon ist Vormerk zu nehmen.

E. 11

Auf die Ausführungen der Parteien wird nachfolgend nur soweit notwendig eingegangen.

- 6 - II. (Allgemeines) 1. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der Berufungsschrift sind die Behauptungen in analoger Anwendung von Art. 221 ZPO bestimmt und vollständig aufzustellen. Zudem muss sie – im Gegensatz zur Klageschrift – nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten. Der Berufungskläger hat mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo er die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben hat. Es ist nämlich nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und die Rechtsschriften der Vorinstanz zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Damit ist gesagt, dass die Berufungsschrift weder eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch eine neuerliche Darstellung der Sach- oder Rechtslage enthalten darf, welche nicht darauf eingeht, was vor der Vorinstanz vorgebracht worden ist. Zwar prüft die Berufungsinstanz nicht nur die geltend gemachten Rügen (Rügeprinzip). Der Berufungskläger hat sich aber mit den Entscheidungsgründen im angefochtenen Entscheid auseinandersetzen; das Gericht muss den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden (BGE 138 III 213 E. 2.3; BGer 4A_659/2011 vom 7. Dezember 2011, E. 3; Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 311 N 36; Hungerbühler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 10 ff.). 2. Mit Bezug auf neue Vorbringen ist festzuhalten, dass solche im Berufungsverfahren lediglich im Rahmen echter Noven zulässig sind, mithin neue Tatsachenvorbringen, welche kumulativ ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz

vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Beide Voraussetzungen sind von derjenigen Partei, die sich auf sie beruft, darzutun (BGer 5A_500/2013 vom 20. Januar 2014, E. 2.2.2.; OGer ZH LC130005, Beschluss und Urteil vom

- 7 - 26. Juni 2014, E. 3.5.2.). Noven können bis zum Schluss des Berufungsverfahrens in den Prozess eingeführt werden. "Ohne Verzug" geschieht dies aber nur, wenn dies innert einer oder zweier Wochen nach Entdeckung der neuen Tatsachen oder Beweismittel geschieht (BSK ZPO-Spühler, Art. 317 ZPO N 7; Volkart, DIKE-Kommentar, Art. 317 ZPO N 10). Unechte Noven, die bei zumutbarer Sorgfalt bereits vor erster Instanz hätten geltend gemacht werden können, können daher grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden, es sei denn, eine Partei beanstandete, die Vorinstanz habe eine bestimmte Tatsache in Verletzung der Untersuchungsmaxime nicht beachtet (F. Hohl, Procédure civile, Tome II, Deuxième Edition, Bern 2010, Rz. 1214 und 2414 f.). Solche unechten Noven sind im Sinne von Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO ohne Verzug, d.h. mit der Berufungsbegründung bzw. der Berufungsantwort vorzubringen. Nach Berufungsbegründung und -antwort können nur noch echte Noven vorgebracht werden, und zwar längstens bis zum Beginn der Urteilsberatung. Dies gilt auch für Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen (BGE 138 III 788 E. 4.2; F. Hohl, a.a.O., Rz. 1172).

3. Zur Natur des anwendbaren summarischen Verfahrens und deren Auswirkungen auf die Beweisstrengung – das Glaubhaftmachen – kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 37 E. III./A./1.). III. (Wohnsitz/Zustellung) 1. Mit Eingabe vom 31. Januar 2017 machte der Gesuchsteller erstmals geltend, dass der Vermieter der Gesuchsgegnerin der gemeinsamen Tochter F._____ mitgeteilt habe, dass die Gesuchsgegnerin am 4. Januar 2017 nach Portugal weggezogen sei. Es sei ein Umzugswagen mit portugiesischen Kennzeichen vorgefahren und habe das gesamte Mobiliar und Inventar mitgenommen. Die Gesuchsgegnerin schulde dem Vermieter noch über Fr. 5'000.– für Miete etc. (Urk. 50). Dazu reichte der Gesuchsteller ein E-Mail vom 26. Januar 2017 von "G._____" an F._____ zu den Akten (Urk. 51/1). Nachdem es sich vorliegend zweifelsohne um echte Noven handelt, bleibt lediglich zu prüfen, ob sie ohne Verzug vorgebracht worden sind (vgl. vorhergehende Ziffer II./3.).

- 8 - 2. Vorliegend brachte der Gesuchsteller in seiner Eingabe vom 31. Januar 2017 selbst vor, dass ihm die Umstände (rund um den behaupteten Umzug nach Portugal) bereits vorgängig mitgeteilt worden seien. Deshalb habe er am 25. Januar 2017 zunächst die Rechtsvertreterin der Gesuchsgegnerin angeschrieben und sie um Mitteilung gebeten, ob dies korrekt sei (Urk. 50 S. 3). Wann genau er vom angeblichen Umzug Kenntnis erlangte, legte der Gesuchsteller indes nicht dar. Da er es somit versäumt hat, darzutun, dass er diese (neue) Tatsache ohne Verzug in den Prozess eingebracht hat, gilt sie als verspätet und ist damit vorliegend nicht zu beachten. Gleiches gilt, soweit der Gesuchsteller mit Eingabe vom 16. Februar 2017 behauptete, das Bezirksgericht Bülach habe [anlässlich des dort hängigen Scheidungsverfahrens] definitiv bestätigt, dass die Gesuchsgegnerin in Portugal lebe (Urk. 60 S. 2). Entsprechend ist (zumindest für das vorliegende Verfahren) nicht von einer Wohnsitznahme der Gesuchsgegnerin in Portugal auszugehen.

3. Indes stellt sich vorliegend die Frage, wo der Gesuchsgegnerin der vorliegende Entscheid zuzustellen ist, nachdem ihre Rechtsvertreterin nicht mehr die Interessen der Gesuchsgegnerin vertritt (Urk. 81). Eine Anfrage beim Einwohneramt H._____ hat ergeben, dass die Gesuchsgegnerin am 4. Januar 2017 von der Gemeinde H._____ abgemeldet wurde, nachdem sie unter der Adresse "I._____ - Strasse ... in ... H._____" weder schriftlich noch

mündlich erreicht werden konnte. Bei der Einwohnerkontrolle in Zug, wo die Schwester wohnt und die Gesuchsgegnerin sich zwischenzeitlich aufgehalten hatte (vgl. Urk. 32 S. 3), hat sie sich nie angemeldet (siehe Urk. 85). Unbestrittenermassen hält sie sich aktuell in Portugal auf. Unklar ist indes, wo genau. Der Gesuchsteller vermutet, sie wohne mit ihrem Lebenspartner in der Wohnung der Parteien in Portugal (vgl. Urk. 50 S. 2, Urk. 60 S. 2, Urk. 61 S. 6 und Urk. 71 S. 8). Die ehemalige Rechtsvertreterin gab an, die Gesuchsgegnerin befinde sich (nach einem Suizidversuch) in einer Klinik in Portugal, sie könne sie jedoch nicht erreichen (Urk. 58B S. 2, Urk. 64 S. 2 und Urk. 81). Die Gesuchsgegnerin entzieht sich denn auch offenbar jeglicher Kontaktaufnahme hinsichtlich ihres Aufenthaltes (vgl. Urk. 64 S. 2 und Urk. 71 S. 8). Angesichts dieser Umstände ist daher von einem unbekanntem Aufenthaltsort der Gesuchsgegnerin auszugehen und der vorliegende Entscheid der Gesuchsgeg-

- 9 - nerin im Sinne von Art. 141 Abs. 1 lit. a ZPO öffentlich bekannt zu machen. Entsprechend wurde auch das Rubrum angepasst. IV. (Materielles) 1. Zeitpunkt der Anrechnung des hypothetischen Einkommens

E. 13

Monatslohn und Prämie, zuzüglich Kinderzulagen, aus (Urk. 37 E. III./E./5.1.).

E. 14

Januar 2015 – rückwirkend für ein Jahr – für sich persönlich monatliche Unterhaltsbeiträge zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats (Urk. 37 E. III./E./7. [S. 46] und Disp. Ziff. 9 des Urteils).

- 22 -

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