

ZH_OBERGERICHT LE180003 vom 2. Juli 2018

ZH Obergericht, 2018-07-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE180003

FR: ZH_OBERGERICHT LE180003 du 2 juillet 2018

IT: ZH_OBERGERICHT LE180003 del 2 luglio 2018

Erwägungen

E. 1

Die Parteien sind seit dem tt. Dezember 1992 verheiratet (Urk. 4/2). Aus ihrer Ehe gingen die Töchter E._____, geboren am tt. März 1994, und F._____, geboren am tt. April 1997, hervor (Urk. 4/3).

E. 1.1

Die Entscheidgebühr für das vereinigte Berufungsverfahren ist gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 2 lit. b sowie § 8 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) auf Fr. 3'000.– festzusetzen.

E. 1.2

Im Berufungsverfahren umstritten waren die Unterhaltsleistungen des Gesuchsgegners an die Gesuchstellerin sowie die Verpflichtung des Gesuchsgegners zur Leistung von Umzugskosten- und Prozesskostenbeiträgen. Es erweist sich als angemessen, den Unterhaltsstreit mit 70 %, den Umzugskostenbeitrag mit 20 % und den Prozesskostenbeitrag mit 10 % zu gewichten.

E. 1.3

Hinsichtlich des Prozesskostenbeitrages obsiegt die Gesuchstellerin vollumfänglich, hinsichtlich des Umzugskostenbeitrages zu 60 %. Demgegenüber unterliegt sie in Bezug auf die Unterhaltsregelung im Zeitraum Mai bis und mit November 2018 zu rund 70 %, im Zeitraum Dezember 2018 bis und mit November 2019 sodann grossmehrheitlich und für die Zeit ab Dezember 2019 schliesslich vollumfänglich. Daher rechtfertigt es sich, das Unterliegen der Gesuchstellerin hinsichtlich der Unterhaltsfrage mit rund 90 % zu bewerten. Gesamthaft betrachtet, ist im vorliegenden Berufungsverfahren von einem Obsiegen der Gesuchstellerin von 1/4 auszugehen. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind somit der Gesuchstellerin zu 3/4 und dem Gesuchsgegner zu 1/4 aufzuerlegen. 2. Gemäss Art. 105 Abs. 2 ZPO spricht das Gericht nach Tarifen im Sinne von Art. 96 ZPO eine Parteientschädigung zu und verlegt diese in Anwendung von Art. 106 Abs. 1 ZPO. Die für die Festsetzung der Parteientschädigung massgeblichen Bestimmungen finden sich in der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV). Die volle Parteientschädigung für das Berufungsverfahren wäre in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und Abs. 3, § 11 und § 13 der AnwGebV auf Fr. 2'800.– anzusetzen. In Anbetracht des Verfahrensausgangs ist die Gesuchstellerin zu verpflichten, dem Gesuchsgegner ei-

- 32 - ne auf die Hälfte reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'400.– zuzüglich 7.7 % MwSt. (vgl. Urk. 56/47 S. 2), mithin Fr. 1'508.– zu bezahlen. B. Prozesskostenbeitrag / unentgeltliche Rechtspflege 1. Die Gesuchstellerin lässt für das Berufungsverfahren die

Zuspreehung eines Prozesskostenbeitrages im Umfang von Fr. 5'000.– beantragen. Eventuali- ter ersucht sie um die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 47 S. 3). Der Gesuchsgegner widersetzt sich diesem Antrag (Urk. 53 S. 2).

E. 2

Mit Eingabe vom 3. November 2016 machte die Gesuchstellerin bei der Vorinstanz ein Eheschutzbegehren anhängig (Urk. 1). Der weitere Prozessverlauf vor Vorinstanz kann dem erstinstanzlichen Urteil entnommen werden (Urk. 48 S. 3 ff.). Am 3. November 2017 erliess die Vorinstanz die eingangs wiedergege- benen Entscheide (Verfügung und Urteil, Urk. 48).

E. 2.1

Bei der Zuspreehung eines Prozesskostenbeitrages sind die für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gemäss Art. 117 f. ZPO entwickel- ten Grundsätze analog anzuwenden (vgl. OGer ZH LE130025 vom 19. August 2013, E. II.C.4.4). Es ist somit zunächst zu prüfen, ob die ansprechende Partei bedürftig und die angesprochene Partei leistungsfähig ist. Massgebend sind die Verhältnisse im Zeitpunkt des (Berufungs-)Entscheides (ZK-Bräm/Hasenböhler, Art. 159 ZGB N 135; ZR 90/1991 Nr. 57). Die Beistandsbedürftigkeit ist zu beja- hen, wenn die ansprechende Partei ohne zumutbare Beeinträchtigung des ange- messenen Lebensunterhalts nicht über eigene Mittel verfügen kann, um die Ge- richts- und Anwaltskosten innert nützlicher Frist zu bezahlen. Der ansprechenden Partei kann dabei aber eine gewisse Einschränkung der Lebensführung zugemu- tet werden. Zudem darf der Prozess nicht aussichtslos erscheinen. Als aussichts- los gelten nur Rechtsbegehren, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich ge- ringer sind als die Verlustgefahren und die darum kaum als ernsthaft bezeichnet werden können (ZK ZPO-Emmel, Art. 117 N 13).

E. 2.2

Die Mittellosigkeit der Gesuchstellerin im heutigen Zeitpunkt ist ausge- wiesen. Sie verfügt derzeit – wie gesehen – über kein Erwerbseinkommen und auf der Vermögensseite bestehen keine namhaften Aktiva (vgl. Urk. 17/2). Zwar vermag sie mit dem vom Gesuchsgegner derzeit auszurichtenden Unterhaltsbei- trag von Fr. 4'290.– ihren Notbedarf von Fr. 3'840.55 zu decken. Mit dem Über- schuss von monatlich rund Fr. 450.– ist es ihr jedoch nicht möglich, die Kosten des vorliegenden Berufungsverfahrens – bestehend aus Gerichtsgebühr, Partei- entschädigung und eigenen Anwaltskosten – innert nützlicher Frist zu bezahlen.

- 33 - Sodann ist die Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners aufgrund der vorhande- nen Vermögenswerte – wie gesehen – ausgewiesen. In Anbetracht dessen erüb- rigen sich Bemerkungen dazu, ob der Gesuchsgegner einen Prozesskostenbei- trag auch aus seinem Einkommen finanzieren könnte. Es ist daher davon auszu- gehen, dass der Gesuchsgegner über die nötigen finanziellen Mittel verfügt bzw. diese innert nützlicher Frist verfügbar machen kann, um der Gesuchstellerin einen Prozesskostenbeitrag zu bezahlen. Auch wenn die Gesuchstellerin nur zu 1/4 ob- siegt, können ihre Anträge nicht von vornherein als aussichtslos bezeichnet wer- den. Die Gesuchstellerin war sodann auf einen Rechtsvertreter angewiesen und der Gesuchsgegner ist ebenfalls anwaltlich vertreten (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Die Voraussetzungen für die Zuspreehung eines Prozesskostenbeitrages gestützt auf die eheliche Beistandspflicht gemäss Art. 159 Abs. 3 ZGB sind daher zu beja- hen.

E. 2.3

Die Anwaltskosten der Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren sind mit Fr. 3'016.– (inkl. MwSt.) zu veranschlagen (§ 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und Abs. 3, § 11 und § 13 der AnwGebV). Hinzu kommen die auf die Gesuchstellerin entfallenden Gerichtskosten von Fr. 2'250.– und die von der Gesuchstellerin an den Gesuchsgegner zu zahlende reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'508.–. Damit resultieren auf die Gesuchstellerin zukommende Kosten von total Fr. 6'773.–. Mit Blick auf die Dispositionsmaxime (Art. 58 Abs. 1 ZPO) kann der Gesuchstellerin insgesamt allerdings höchstens der beantragte Prozesskostenbeitrag in der Höhe von Fr. 5'000.– zugesprochen werden, welchen sich die Gesuchstellerin dereinst im Rahmen der scheidungs- und güterrechtlichen Auseinandersetzung anrechnen lassen muss (Six, a.a.O., Rz. 1.77). Es wird beschlossen:

E. 3

Gegen das vorinstanzliche Urteil erhoben beide Parteien je mit Eingabe vom 8. Januar 2018 (Urk. 47; Urk. 56/47) innert Frist (vgl. Urk. 45; Urk. 46) Berufung mit den vorerwähnten Anträgen. Der Gesuchsgegner erhob zudem auch Berufung gegen die vorinstanzliche Verfügung betreffend Verpflichtung zur Leistung eines Prozesskostenbeitrages an die Gesuchstellerin (vgl. Urk. 56/47 S. 2). Sodann stellte der Gesuchsgegner mit Eingabe vom 19. Januar 2018 hinsichtlich seiner Berufung ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Urk. 56/50), welches mit Präsidialverfügung vom 26. Januar 2018 abgewiesen wurde (Urk. 56/51). Der vom Gesuchsgegner einverlangte Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– ging innert Frist bei der Obergerichtskasse ein (Urk. 56/52). Mit Eingabe vom 26. Februar 2018 erstattete der Gesuchsgegner seine Erstberufungsantwort (Urk. 53). Die Zweitberufungsantwort der Gesuchstellerin datiert vom 28. Februar 2018 (Urk. 56/54). Mit Beschluss vom 2. März 2018 wurde die Zweitberufung des Gesuchsgegners (LE180004-O) mit dem vorliegenden Berufungsverfahren (LE180003-O) vereinigt und als dadurch erledigt abgeschrieben. Gleichzeitig wurden den Parteien – je unter Ansetzung einer Frist zur Stellungnahme zu den Noven – die Berufungsantwortschriften zur Kenntnis zugestellt (Urk. 54). Die Stellungnahme der Gesuchstellerin datiert vom 15. März 2018 (Urk. 57), diejenige des Gesuchsgegners vom 21. März 2018 (Urk. 60). Da die

- 7 - Gesuchstellerin mit ihrer Eingabe vom 15. März 2018 neue Unterlagen ins Recht legte (Urk. 59/1-3), wurde dem Gesuchsgegner mit Verfügung vom 4. April 2018 eine weitere Frist zur Stellungnahme angesetzt (Urk. 62). Mit Eingabe vom 9. April 2018 liess sich der Gesuchsgegner zu den neu eingereichten Unterlagen der Gesuchstellerin vernehmen (Urk. 63). Das Doppel dieser Eingabe wurde der Gesuchstellerin zur Kenntnis zugestellt (Urk. 63). Weitere Eingaben der Parteien folgten nicht.

E. 3.1

Die Vorinstanz erwog, die Arbeitsfähigkeit des Gesuchsgegners sei trotz Erreichen des Pensionsalters ausgewiesen, zumal er gemäss eigenen Angaben arbeitsfähig sei und auch in Zukunft, mindestens mittelfristig, weiterhin arbeiten wolle. Wegen seiner unregelmässigen Einkommenssituation sei auf den Durchschnittswert einer genügend langen Vergleichsperiode abzustellen. Dabei sei den Umständen Rechnung zu tragen, dass der Gesuchsgegner sich seit nicht allzu langer Zeit im Pensionsalter befinde und erst kürzlich sein Pensum bei der H. _____ AG reduziert habe, gleichzeitig aber ein neues Unternehmen im Bereich Arbeitsverleih gegründet habe, womit die bereits eingeleitete

Pensumsreduktion womöglich wieder wettgemacht werden könne. Angemessen sei daher eine Vergleichsperiode von vier Jahren, in der auch die erst kürzlich eingetretene Pensumsreduktion Berücksichtigung finde, d.h. eine Vergleichsperiode abstellend auf

- 18 - die Jahre 2014 bis und mit 2017. Massgebend sei das in den Lohnausweisen angeführte Einkommen. Demgemäss belaufe sich der Nettolohn im Jahr 2014 auf Fr. 103'841.–, derjenige im Jahr 2015 auf Fr. 105'722.– sowie derjenige aus dem Jahr 2016 auf Fr. 114'179.– zuzüglich einer AHV-Rente in der Höhe von Fr. 28'200.–, total somit auf Fr. 142'379.– im Jahr 2016. Für das Jahr 2017 sei – ausgehend von einem Monatslohn von Fr. 7'407.30 bei der H. _____ AG und einer AHV-Rente von Fr. 2'350.– pro Monat – ein Gesamteinkommen von Fr. 117'087.60 anzurechnen. Damit belaufe sich das durchschnittliche Einkommen auf Fr. 117'207.40 pro Jahr respektive Fr. 9'767.30 pro Monat. Hinzurechnen seien die monatlichen Erträge in der Höhe von Fr. 37.50 für das landwirtschaftliche Grundstück in D. _____. Die in der Vergangenheit erzielten Wertschriftenerträge des Gesuchsgegners seien demgegenüber bei seinem Einkommen nicht zu berücksichtigen. Das dem Gesuchsgegner anzurechnende Nettoeinkommen belaufe sich somit auf Fr. 9'804.80 pro Monat (Urk. 48 E. III.7.6).

E. 3.2

Die Gesuchstellerin macht berufsweise geltend, das von der Vorinstanz errechnete Einkommen des Gesuchsgegners sei falsch. Ausschlaggebend seien einzig die Steuererklärungen der letzten drei Jahre, d.h. 2014, 2015 und 2016. Auf die Steuererklärung 2017 könne noch nicht abgestützt werden, da diese noch nicht vorliege. Der Gesuchsgegner habe im Jahr 2014 ein Nettoeinkommen von Fr. 104'205.–, im Jahr 2015 ein solches von Fr. 311'196.– und im 2016 ein solches von Fr. 203'080.– versteuert. Es sei demnach von einem Durchschnittseinkommen von Fr. 206'133.66, mithin von netto Fr. 17'177.80 pro Monat auszugehen (Urk. 47 S. 14 ff.).

E. 3.3

Der Gesuchsgegner ist der Ansicht, die von der Vorinstanz angenommenen Zahlen seien – wenn überhaupt – zu seinen Gunsten zu korrigieren. Ein Abstellen auf das Durchschnittseinkommen der letzten drei Jahre sei vorliegend nicht sachgerecht, da er sein Pensum Ende 2016 reduziert habe und heute in einem geschätzten Pensum von 80 % für die H. _____ AG arbeite. Massgebend seien der seit Januar 2017 ausbezahlte Monatslohn von Fr. 7'407.30 und die AHV-Rente von Fr. 2'350.– pro Monat (Urk. 53 S. 8 ff.).

- 19 -

E. 3.4

Beide Parteien beanstanden mithin das Abstellen auf den Durchschnittswert der Jahre 2014 bis und mit 2017. Die Gesuchstellerin hält lapidar fest, das Jahr 2017 könne nicht berücksichtigt werden, da die Steuererklärung 2017 noch nicht vorliege. Mit der vorinstanzlichen Begründung, weshalb vorliegend das Erwerbseinkommen der vier letzten Jahre massgebend sei, setzt sie sich nicht auseinander. So beanstandet sie weder die Berücksichtigung der erst kürzlich eingetretenen Pensumsreduktion, noch macht sie geltend, das Abstellen auf einen vierjährigen Durchschnittswert sei nicht korrekt. Auch der Gesuchsgegner begnügt sich damit, seine bereits vor der Vorinstanz vertretenen Standpunkte zu wiederholen (vgl. Urk. 18 S. 4 ff., Urk. 35 S. 2 ff., Urk. 53 S. 8 ff.). Bei schwankenden Einkommen ist praxisgemäss auf den Durchschnittswert mehrerer Jahre

abzustellen. Nur ausnahmsweise ist vom aktuellen (tieferen oder höheren) Einkommen auszugehen, wenn eine eindeutige Tendenz nach oben oder unten feststellbar und nicht zu erwarten ist, dass künftig wieder eine Korrektur stattfindet (Philip Maier, Die konkrete Berechnung von Unterhaltsansprüchen im Familienrecht, dargestellt anhand der Praxis der Zürcher Gerichte seit Inkrafttreten der neuen ZPO, in: FamPra.ch 2014, S. 336 mit Hinweisen). Vorliegend ist sowohl aufgrund der erst kürzlich eingetretenen Veränderungen im Zusammenhang mit der Pensumsreduktion als auch wegen der Gründung eines neuen Unternehmens unklar, wie sich das Einkommen des Gesuchsgegners künftig entwickeln wird. Von einer dauerhaften Verminderung des Einkommens kann noch nicht gesprochen werden. Die Durchschnittsberechnung aus dem Erwerbseinkommen der letzten vier Jahre ist unter diesen Umständen sachgerecht und angemessen. Dass der Gesuchsgegner sein Pensum auf 80 % reduziert hat und seit 2017 einen Nettolohn von Fr. 7'407.30 erzielt, ergibt sich aus den eingereichten Lohnabrechnungen (Urk. 20/1). Die Vorinstanz hat die Pensumsreduktion berücksichtigt, indem sie das Jahr 2017 in die Berechnung miteinbezog. Sie hat nicht bloss auf das aktuelle Einkommen aus dem Jahr 2017 abgestellt, sondern auch die teilweise höheren Durchschnittseinkommen der Jahre 2014 bis und mit 2016 miteinbezogen. Damit hat sie dem Umstand Rechnung getragen, dass der Gesuchsgegner die Pensumsreduktion über das neu gegründete

- 20 - Unternehmen womöglich wieder wettmachen wird. Eine unrichtige Rechtsanwendung durch die Vorinstanz ist diesbezüglich nicht ersichtlich und wird von keiner Partei konkret behauptet. Im Übrigen ist das monatliche Einkommen im Jahre 2017 nur geringfügig tiefer als das monatliche Durchschnittseinkommen in den Jahren 2014 – 2016.

E. 3.5

Ferner ist darauf hinzuweisen, dass sich die Gesuchstellerin im Rahmen ihrer Stellungnahme zur Berufungsantwort in Widersprüche verstrickt. So bemängelt sie zunächst, der Gesuchsgegner habe seine Steuererklärung 2017 nicht eingereicht, weshalb er diese samt dem entsprechenden Lohnausweis 2017 zu edieren habe. Gleichzeitig hält sie wiederum fest, das Einkommen 2017 sei bei einem Durchschnittseinkommen nicht mitzuberechnen (Urk. 57 S. 10 f.). Es bleibt unklar, was die Gesuchstellerin aus diesen Vorbringen zu ihren Gunsten ableiten will. Festzuhalten bleibt, dass das vorinstanzliche Urteil vom 3. November 2017 datiert. Zu diesem Zeitpunkt lag die Steuererklärung 2017 noch nicht vor, weshalb die Vorinstanz lediglich auf die vorhandenen Lohnabrechnungen aus dem Jahr 2017 abstellen konnte. Dieses Vorgehen ist daher in keiner Weise zu beanstanden.

E. 3.6

Schliesslich macht die Gesuchstellerin unter Verweis auf die entsprechenden Steuerklärungen für die Jahre 2014 bis und mit 2016 höhere steuerbare Einkommen geltend (vgl. Urk 47 S. 15). Sie ist offenbar der Ansicht, die Wertschriftenerträge seien als Einkommensbestandteile zu berücksichtigen, was sie in ihrer Stellungnahme zur Berufungsantwort schliesslich noch ausdrücklich festhält (vgl. Urk. 57 S. 12). Eine diesbezügliche Begründung lässt sie allerdings wiederum vermissen. Wie die Vorinstanz zutreffend festhielt, sind tatsächlich erzielte Vermögenserträge aus Wertschriften grundsätzlich als anrechenbares Einkommen zu berücksichtigen (Jann Six, Eheschutz, Ein Handbuch für die Praxis, 2. Aufl. 2014, Rz. 2.155). Vorliegend blieben die unbestrittenermassen erzielten Wertschriftenerträge der Jahre 2014 bis und mit 2017

allerdings unberücksichtigt. Die Vorinstanz erwog hierzu einerseits, dass die Wertschriftenerträge den Parteien nicht zur Bestreitung der Lebenshaltungskosten zur Verfügung gestanden hätten, zumal die ausgeschütteten Dividenden jeweils vollständig zur Schuldentil-

- 21 - gung gegenüber der H._____ AG verwendet worden seien. Andererseits sei hinsichtlich der Wertschriftenerträge nicht auf die faktischen Verhältnisse der Vergangenheit abzustellen, weil keine rückwirkenden Unterhaltsbeiträge zuzusprechen seien. Ferner sei nicht zu erwarten, dass kurz- bzw. mittelfristig erneut Dividenden ausbezahlt würden (Urk. 48 E. III.7.6). Auch mit diesen Erwägungen der Vorinstanz setzt sich die Gesuchstellerin in ihrer Berufungsschrift nicht auseinander. Sie hält lediglich fest, die Vermögenserträge seien selbstverständlich anzurechnen, ohne darzutun, was am angefochtenen Entscheid falsch sein soll. Bereits einleitend wurde dargelegt, dass sich die Berufung führende Partei sachbezogen mit den Entscheidungsgründen der Vorinstanz im Einzelnen auseinandersetzen und konkret aufzuzeigen hat, was am angefochtenen Urteil der Vorinstanz falsch sein soll (vgl. vorstehend E. II.2). Diesen Anforderungen genügt die Gesuchstellerin nicht, weshalb nicht näher zu prüfen ist, ob die Wertschriftenerträge zu Recht unberücksichtigt blieben.

E. 3.7

Alles in allem ist die vorinstanzliche Einkommensberechnung nicht zu beanstanden. Das Einkommen des Gesuchsgegners beläuft sich damit auf Fr. 9'804.80 pro Monat. 4. Einkommen der Gesuchstellerin

E. 4

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-46). Das Verfahren erweist sich als spruchreif. II. 1. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sind die der Gesuchstellerin persönlich geschuldeten Unterhaltsbeiträge sowie die vom Gesuchsgegner zu leistenden Umzugskosten- und Prozesskostenbeiträge. Die Dispositiv-Ziffern 1-3 und 6-10 des vorinstanzlichen Urteils blieben unangefochten, weshalb diese in Rechtskraft erwachsen sind (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Dies ist vorzumerken. 2. Betreffend die summarische Natur des vorliegenden Eheschutzverfahrens und insbesondere das Erfordernis der blossen Glaubhaftmachung der rechtserheblichen Tatsachen kann vorweg auf die zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 48 E. III). Gemäss Art. 272 ZPO gilt in eherechtlichen Summarverfahren die eingeschränkte Untersuchungsmaxime (Art. 272 ZPO). Im Geltungsbereich des Eheschutzverfahrens hat das Gericht den Sachverhalt nicht von Amtes wegen zu erforschen, sondern lediglich festzustellen (vgl. Art. 272 ZPO). Im Berufungsverfahren gilt aber auch im Bereich der Untersuchungsmaxime die Rüge- bzw. Begründungsobliegenheit, was bedeutet, dass die Berufung führende Partei sich sachbezogen mit dem Entscheid der Vorinstanz im Einzelnen auseinandersetzen und konkret aufzuzeigen hat, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren vor der Vorinstanz falsch gewesen sein soll. Dieser Anforderung genügt ein Berufungskläger nicht, wenn er lediglich auf die vor erster Instanz vorgetragenen Vorbringen verweist bzw. diese wieder-

- 8 - holt, sich mit Hinweisen auf frühere Prozesshandlungen zufrieden gibt oder den angefochtenen Entscheid in allgemeiner Weise kritisiert (BGer 4A_580/2015 vom 11. April 2016, E. 2.2, m.w.H.). Was nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft

zu werden. In diesem Rahmen ist insoweit auf die Parteivorbringen einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 134 I 83 E. 4.1). 3. Überdies ist zu beachten, dass gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Die Berufungsinstanz soll zwar den erstinstanzlichen Entscheid umfassend überprüfen, nicht aber alle Sach- und Rechtsfragen völlig neu aufarbeiten und beurteilen. Alles, was relevant ist, ist grundsätzlich rechtzeitig in das erstinstanzliche Verfahren einfließen zu lassen (ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 10, m.w.H.). Jede Partei, welche neue Tatsachen und Beweismittel vorbringt, hat zunächst zu behaupten und zu beweisen, dass dies ohne Verzug geschieht. Will eine Partei unechte Noven geltend machen, so trägt sie die Beweislast für deren Zulässigkeit (Steininger, DIKE-Komm-ZPO, Art. 317 N 7; BGer 5A_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1, m.w.H.). Das Bundesgericht hat für Berufungsverfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen, eine analoge Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO abgelehnt und festgehalten, dass einzig die Novenregelung gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO massgeblich sei (BGE 138 III 625 E. 2.2). Unverschuldet nicht vorgetragene unechte Noven sind im Sinne von Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO ohne Verzug, d.h. mit der Berufungsbegründung bzw. Berufungsantwort vorzubringen. Nach Berufungsbegründung und -antwort können grundsätzlich nur noch echte Noven vorgebracht werden (BGE 138 III 788 E. 4.2; BSK ZPO-Spühler, Art. 317 N 1 ff.).

- 9 - III. A) Umzugskostenbeitrag 1. Die Vorinstanz verpflichtete den Gesuchsgegner zur Leistung eines Umzugskostenbeitrages in der Höhe von Fr. 12'000.–. Den Antrag der Gesuchstellerin auf Bezahlung der von ihr zu leistenden Mietzinskaution für eine neue Wohnung wies die Vorinstanz demgegenüber ab (Urk. 48, Dispositiv-Ziffern 4 und

E. 4.1

Die Vorinstanz erwog, der Gesuchstellerin sei es unter Berücksichtigung ihres Alters, ihrer Gesundheit und Ausbildung grundsätzlich möglich und zumutbar, ab Auszug aus der ehelichen Wohnung ein Einkommen zu erzielen. Aufgrund der Kosmetikschule, welche sie absolviert habe, sei es ihr insbesondere möglich, eine Tätigkeit im Detailhandel, namentlich im Kosmetikbereich zu finden. Die Gesuchstellerin drücke auch den Willen aus, eine Arbeit zu finden. Sie könne sich gemäss eigenen Angaben auch eine Arbeit in der Alterspflege oder Reinigung vorstellen. Auch in diesen Bereichen erscheine es als möglich und zumutbar, dass die Gesuchstellerin eine Stelle finden werde. Sie habe das Eheschutzverfahren im November 2016 anhängig gemacht und bereits anlässlich der Hauptverhandlung im April 2017 angegeben, auf Stellensuche zu sein. Dennoch habe sie selbst anlässlich der Fortsetzung der Hauptverhandlung vom 27. September 2017 noch immer keine hinreichenden Suchbemühungen auswei-

- 22 - sen können. Da ihr für die Arbeitssuche bereits einige Zeit zur Verfügung gestanden habe, erscheine es angemessen, ihr bereits ab Auszug aus der ehelichen Wohnung, d.h. ab Mai 2018, ein hypothetisches Einkommen anzurechnen. Zur Eingliederung in die Arbeitswelt sei ihr vorerst ein Teilzeitpensum von 50 % zuzumuten. Sodann erscheine es als angemessen, ab 1. Juni 2019 das Einkommen für ein Vollzeitpensum anzurechnen. Dem Umstand, dass sie einen Migrationshintergrund aufweise und über keine Ausbildung verfüge, sei insofern Rechnung zu tragen, als dass lediglich ein Minimallohn von Fr. 3'000.– bei einem Vollzeitpensum resp. von Fr. 1'500.– bei einem 50%-Pensum

angenommen werde (Urk. 48 E. III/8).

E. 4.2

Die Gesuchstellerin macht berufungsweise geltend, sie sei bei der Heirat 26-jährig gewesen und habe während der gesamten Ehe nie gearbeitet. Sie habe keinen Beruf erlernt, sondern lediglich eine Kurzausbildung als Kosmetikerin durchlaufen. Der Ehe seien zwei mittlerweile mündige Töchter entsprungen. Sie werde am 11. April 2018 52-jährig, ihre Muttersprache sei Spanisch und sie spreche nur sehr gebrochen Deutsch. Daher sei sie nicht in der Lage, sich kurzfristig beruflich zu integrieren. Trotz Suchbemühungen habe sie bis heute keine Arbeitsstelle gefunden. Bereits vom Alter her sei sie grundsätzlich nicht mehr vermittlungsfähig, weshalb ihr ein Wiedereinstieg ins Erwerbsleben nicht ohne Weiteres zugemutet werden könne. Die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens sei falsch und bundesrechtswidrig. Die Vorinstanz habe den dargelegten Sachverhalt nicht rechtsgenügend berücksichtigt. Selbstverständlich werde sie sich weiterhin um eine Arbeitsstelle bemühen (Urk. 47 S. 10 ff.).

E. 4.3

Demgegenüber hält der Gesuchsgegner dafür, dass die Gesuchstellerin aufgrund ihres Alters, ihrer Gesundheit und ihrer Ausbildung eine Arbeit finden könne. Sie sei heute 51-jährig, bei bester Gesundheit und aufgrund ihrer 25-jährigen Anwesenheit in der Schweiz auch gut mit der deutschen Sprache vertraut. Ihre sechsmonatige Ausbildung als Kosmetikerin habe sie in Deutsch absolviert. Ausserdem könne sie sich gemäss eigenen Angaben sehr gut auf Schweizerdeutsch ausdrücken. Die Kinder seien längst volljährig und die Gesuchstellerin hätte sich schon vor langer Zeit um einen Job bemühen können. Es gäbe keine fi-

- 23 - xe Altersgrenze für den Wiedereinstieg ins Erwerbsleben. Die Gesuchstellerin bekenne den klaren Willen, arbeiten zu wollen. Sie habe seit November 2016 Zeit gehabt, um sich zu bewerben. Spätestens seit der Hauptverhandlung vom 25. April 2017 habe sie gewusst, dass die mangelhaften Bewerbungsbemühungen ein Thema sein würden. Gleichwohl habe sie bis zum Entscheid der Vorinstanz keinerlei schriftliche Bewerbungsbemühungen unternommen. Mithin habe sie nicht glaubhaft machen können, dass sie keinen Job finden würde (Urk. 53 S. 4 ff.).

E. 4.4

Reichen die finanziellen Mittel eines Ehepaares nicht zur Finanzierung von zwei Haushalten aus und besteht keine Möglichkeit, auf eine Sparquote oder allenfalls vorübergehend auf Vermögen zurückzugreifen, ist der nicht erwerbstätige Ehegatte grundsätzlich bereits ab der erfolgten Trennung und nicht erst bei der Scheidung zur Aufnahme einer Arbeit verpflichtet. Dies gilt jedenfalls, soweit mit der Wiederherstellung des gemeinsamen Haushaltes nicht mehr zu rechnen ist, weshalb nicht auf den Fortbestand der Ehe vertraut werden darf und das Ziel der wirtschaftlichen Selbständigkeit an Bedeutung gewinnt (BGer 5A_21/2012 vom 3. Mai 2012, E. 3.3). In solchen Fällen können auch im Rahmen des Erlasses von Eheschutzmassnahmen (Art. 176 ZGB) die Kriterien von Art. 125 ZGB beigezogen werden (BGer 5A_516/2010 vom 22. September 2010, E. 3.6). So gilt es zu beachten, dass sich die tatsächlichen Lebensverhältnisse bereits mit der Trennung verändern; zum einen entstehen zur Finanzierung von zwei Haushalten höhere Kosten; zum anderen fallen für den haushaltsführenden Ehegatten bisherige gemeinsame Lasten weg, wenn neu jeder Teil einen eigenen kleineren Haushalt führt. Gleichzeitig

bedeutet dies auch, dass der potentiell unterhaltspflichtige Ehegatte, jedenfalls wenn keine gemeinsamen Kinder zu betreuen sind, nicht mehr von den Leistungen des anderen Ehegatten im Haushalt profitiert. Insofern kann sich dieser auch für die Trennung nicht mehr einfach auf die frühere Rollenteilung berufen und daraus ableiten, dass er eigentlich zu gar keiner eigenen Erwerbstätigkeit verpflichtet sei (BGer 5A_319/2016 vom 27. Januar 2017, E. 4.2). Hinsichtlich der Zumutbarkeit der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit gilt der Grundsatz, dass dem bislang nicht erwerbstätigen (gesunden und von Erziehungspflichten befreiten) Ehegatten die Aufnahme einer Erwerbsarbeit bis zum vollendeten 45.

- 24 - Altersjahr zumutbar ist, wobei es sich dabei nicht um eine starre Regel, sondern um eine Richtlinie handelt, und selbst für die Zumutbarkeit der Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit heute eine klare Tendenz besteht, die Alterslimite auf 50 Jahre anzuheben (BGer 5A_319/2016 vom 27. Januar 2017, E. 4.2; BGer 5A_181/2017 vom 27. September 2017, E. 4.4; BGer 5A_21/2012 vom 3. Mai 2012, E. 3.3). Wie schnell und wie kategorisch sich der Ehegatte in den Arbeitsprozess eingliedern muss, hängt stark von den konkreten finanziellen Verhältnissen ab. Sodann ist zu unterscheiden, ob es sich um den beruflichen (Wieder-)Einstieg nach jahrelangem Erwerbsunterbruch oder bloss um eine Ausdehnung einer bereits bestehenden Erwerbstätigkeit handelt, da eine Ausdehnung des Arbeitspensums einfacher ist als der Wiedereinstieg ins Berufsleben. Massgebend sind somit stets die konkreten Verhältnisse des Einzelfalls (BGer 5A_21/2012 vom 3. Mai 2012, E. 3.3).

E. 4.5

Bejaht der Richter die Pflicht zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit und verlangt er von der betreffenden Partei durch die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens eine Umstellung ihrer Lebensverhältnisse, so hat er ihr genügend Zeit zu lassen, die rechtlichen Vorgaben in die Tat umzusetzen. Die Übergangsfrist muss nach ihrem Zweck und den Umständen angemessen sein (BGE 129 III 417 E. 2.2). Ein von dem gezeigten Grundsatz abweichender Entscheid, mit dem ein hypothetisches Einkommen ohne Umstellungsfrist sofort oder gar rückwirkend angerechnet wird, rechtfertigt sich bloss bei Vorliegen von besonderen Umständen des Einzelfalls, so wenn der betroffenen Partei ein unredliches Verhalten vorgeworfen werden muss oder wenn die geforderte Umstellung in ihren Lebensverhältnissen und das Erfordernis eines vermehrten beruflichen Einsatzes für sie deutlich vorhersehbar gewesen sind (BGer 5P.388/2003 vom

E. 7

Januar 2004, E. 1.2; BGer 5P.79/2004 vom 10. Juni 2004, E. 4.3; OGer ZH LE150010 vom 09. Juli 2015, E. III.C.3.2). Die Vorinstanz rechnete der Gesuchstellerin bereits ab dem Auszug aus der ehelichen Wohnung, d.h. ab Mai 2018, ein hypothetisches Einkommen an. Zur Angemessenheit der Frist erwog sie, die Gesuchstellerin habe schon im April 2017 angegeben, auf Stellensuche zu sein, mithin sei ihr bereits einige Zeit zur Verfügung gestanden. Die Gesuchstellerin habe dann jedoch anlässlich der Fortsetzung der Hauptverhandlung vom 27. September 2017 noch immer keine hinreichenden Suchbemühungen ausweisen können (Urk. 48 E. III./8.3). Diese Begründung vermag nicht zu überzeugen. Die Anpassungsfrist beginnt erst mit der erstmaligen richterlichen Eröffnung der Umstellungsfrist zu laufen. Nicht ausreichend ist die blosser Ankündigung anlässlich einer mündlichen Verhandlung, auch wenn bis zum Entscheid noch mehrere

Wochen oder Monate vergehen (OGer ZH LE120019 vom 15. Oktober 2012, E. 4.5.2). Bereits im vorinstanzlichen Verfahren vertraten die Parteien in der Unterhaltsfrage hinsichtlich ihrer Bedarfs- und Einkommenssituation stark divergierende Positionen. Insofern war der Verfahrensausgang entscheidend für die Frage, wie sich die Lebensverhältnisse der Parteien inskünftig während der Dauer des Getrenntlebens konkret darstellen würden. Der vorinstanzliche Entscheid wurde den Parteien Ende Dezember 2017 eröffnet (Urk. 45; Urk. 46). Die Gesuchstellerin musste damit erst seit Ende Dezember - 29 - 2017 damit rechnen, dass ihr ein hypothetisches Einkommen angerechnet wird. Dass sie während des vorinstanzlichen Verfahrens keine genügenden Suchbemühungen unternahm, hat bei der Bemessung der Übergangsfrist unter diesen Umständen unberücksichtigt zu bleiben. Weiter ist der Gesuchstellerin nicht zuzumuten, den Auszug aus der ehelichen Wohnung und den Einstieg ins Erwerbsleben zeitgleich zu bewerkstelligen. Ohnehin ist die rückwirkende Anrechnung eines hypothetischen Einkommens im vorliegenden originären Verfahren, in welchem erstmals Unterhaltsbeiträge festgesetzt werden (im Unterschied zum Abänderungsverfahren), nicht möglich. Daher bleibt ihr bislang im Hinblick auf eine Arbeitsstelle ungenügendes Suchverhalten praxisgemäss ohne direkte Folgen bzw. es kann ihr nicht bereits ab dem Berufungsentscheid ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden. Vorliegend ist ferner nicht zu verkennen, dass insbesondere das Alter der Gesuchstellerin und das Fehlen relevanter Berufserfahrung bei der Stellensuche in nicht zu unterschätzendem Ausmass hinderlich sein dürfen. Es ist daher angemessen, ihr zur Eingliederung in den Arbeitsmarkt eine Übergangsfrist von 5 Monaten und zur Erhöhung des Pensums auf 100 % eine weitere Frist von einem Jahr einzuräumen. Entsprechend ist der Gesuchstellerin erst ab 1. Dezember 2018 ein Einkommen von netto Fr. 1'500.– sowie ab 1. Dezember 2019 ein solches von netto Fr. 3'000.– anzurechnen. 5. Die vorinstanzliche Unterhaltsberechnung ist damit um eine Phase zu erweitern. Da der Gesuchstellerin erst ab dem 1. Dezember 2018 ein Einkommen von Fr. 1'500.– anzurechnen ist, hat der Gesuchsgegner ihr in einer ersten Phase vom 1. Mai 2018 bis 30. November 2018 den gesamten um die Steuern erweiterten Notbedarf von Fr. 3'840.55 (vgl. Urk. 48 S. 28) zuzüglich hälftigem Überschussanteil zu bezahlen. Bei einem familienrechtlichen Grundbedarf von Fr. 8'905.55 (vgl. Urk. 48 S. 28 f., S. 37) und einem Einkommen von Fr. 9'804.80 resultiert ein Überschuss von Fr. 899.25. Mithin beträgt der hälftige Anteil der Gesuchstellerin rund Fr. 450.–. Entsprechend beläuft sich der vom Gesuchsgegner zu bezahlende monatliche Unterhaltsbeitrag in der ersten Phase ab 1. Mai 2018 bis 30. November 2018 auf Fr. 4'290.–. Ab 1. Dezember 2018 bis 30. November 2019 ist sodann monatlich ein persönlicher Unterhaltsbeitrag von Fr. 3'540.– sowie ab 1. Dezember 2019 ein solcher von Fr. 2'790.– geschuldet. Dispositivziffer 5 des angefochtenen Urteils ist entsprechend anzupassen. C) Prozesskostenbeitrag für das vorinstanzliche Verfahren 1. Die Vorinstanz verpflichtete den Gesuchsgegner zur Leistung eines Prozesskostenbeitrages an die Gesuchstellerin in der Höhe von Fr. 8'000.– (Urk. 48, Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung). Sie erwog, die Gesuchstellerin verfüge über keinerlei Einkommen und Vermögen und erhalte nur geringfügige Unterhaltsbeiträge, weshalb sie ohne Weiteres als mittellos gelte. Demgegenüber sei der Gesuchsgegner leistungsfähig. Mithin sei der Gesuchstellerin gestützt auf Art. 159 Abs. 3 ZGB ein Prozesskostenbeitrag zuzusprechen (Urk. 48 E. 14.4). 2. Der Gesuchsgegner beantragt berufsweise die Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung und die Abweisung des Antrags auf Leistung eines Prozesskostenbeitrages (Urk. 56/47 S. 2). Während er die Mittellosigkeit der

Gesuchstellerin nicht in Abrede stellt, macht er – wie bereits im Zusammenhang mit dem Umzugskostenbeitrag – geltend, infolge Illiquidität sei ihm die Leistung eines Prozesskostenbeitrages nicht möglich (Urk. 56/47 S. 3 ff.). 3. Dass diese Vorbringen des Gesuchsgegners nicht überzeugen, wurde bereits ausgeführt (vgl. oben E. III./A./3.2). Dem Gesuchsgegner stehen zur Finanzierung des Prozesskostenbeitrags neben den liquiden Mitteln von Fr. 6'067.– mindestens weitere Fr. 32'000.– aus dem Verkauf seiner Fahrzeuge zur Verfügung. Sodann ist es ihm – wie gesehen – möglich, sich durch Belastung seines gebundenen Vermögens innert nützlicher Frist weitere liquide Mittel zu beschaffen. Mithin ist er ohne Weiteres in der Lage, der Gesuchstellerin für das erstinstanzliche Verfahren einen Prozesskostenbeitrag von Fr. 8'000.– zu bezahlen. Die vorinstanzliche Verfügung ist demnach zu bestätigen.

- 31 - IV. A. Entscheidgebühr und Parteientschädigung

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