

ZH_OBERGERICHT LE180034 vom 11. Dezember 2018

ZH Obergericht, 2018-12-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE180034

FR: ZH_OBERGERICHT LE180034 du 11 décembre 2018

IT: ZH_OBERGERICHT LE180034 del 11 dicembre 2018

Erwägungen

E. 1

Am 26. Juni 2017 machte die Klägerin und Berufungsbeklagte (fortan Klägerin) am Bezirksgericht Andelfingen ein Eheschutzbegehren anhängig (Urk. 1). Am 28. August 2017 fand die Hauptverhandlung statt (Prot. I S. 2 ff.). Mit Urteil vom 9. Januar 2018 fällte die Vorinstanz den eingangs zitierten Entscheid in unbegründeter Fassung (Urk. 24). Mit Zuschrift vom 11. Januar 2018 liess der Beklagte und Berufungskläger (fortan Beklagter) rechtzeitig um Begründung der Entscheidung ersuchen (Urk. 18). Am 19. Juni 2018 versandte die Vorinstanz schliesslich die begründete Fassung ihres Urteils vom 9. Januar 2018 (Urk. 19 S. 20 = Urk. 24).

E. 2

Das Berufungsverfahren ist ein eigenständiges Verfahren (BGE 142 III 413 E. 2.2.1). Mit der Berufung kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Zudem muss sie – im Gegensatz zur Klageschrift – nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., 3. A., Art. 311 N 36). 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. Pauschale Verweisungen auf die vor der Vorinstanz eingebrachten Rechtsschriften sind namentlich dann unzulässig, wenn sich die Vorinstanz mit den Ausführungen des Berufungsklägers auseinandergesetzt hat. Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbstständige 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/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 42 f.). Die Anforderungen an die Begründung einer Berufung (BGE 138 III 374 E. 4.3.1, S. 375) gelten sinngemäss auch für die Berufungsantwort (BGer 5A_660/2014 vom 17. Juni 2015, E. 4.2; BGer 5A_438/2012 vom 27. August 2012, E. 2.4; vgl. auch BGer 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.2; so in Bezug auf die Be-

- 7 - schwerdeantwort im bundesgerichtlichen Verfahren auch BGE 140 III 115, E. 2 S. 116). Zwar prüft die Berufungsinstanz nicht nur die geltend gemachten Rügen

(Rügeprinzip). Aber das Gericht muss den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt worden oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden (Reetz/Theiler, a.a.O.). Aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis ist die Berufungsinstanz nicht an die mit den Rügen vorgebrachten Argumente oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden, sie kann die Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen (vgl. Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 310 N 6).

E. 2.1

Nicht strittig ist der Nettolohn der Klägerin in der Höhe von (umgerechnet) Fr. 4'700.– pro Monat, welchen diese als Lehrerin an einer Schule in D. _____ (Deutschland) verdient (Urk. 24 S. 8; Urk. 23 S. 4; Urk. 32 S. 2 f.). Wie bereits vor Vorinstanz (vgl. Prot. I S. 5 unten), will der Beklagte der Klägerin jedoch die monatlichen Zinserträge aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Darlehensvertrag (vgl. Urk. 9/24) als weiteres Einkommen anrechnen (Urk. 23 S. 3 f.). Die Vorinstanz äusserte sich nicht dazu (Urk. 24 S. 8). Die Klägerin anerkennt zwar, dass der Beklagte das ihm ihrerseits gewährte Darlehen mit 2 % pro Jahr zu verzinsen habe, woraus Einkünfte in der Höhe von Euro 105 monatlich im Jahr 2017 und Euro 85 monatlich im Jahr 2018 entstünden. Dies führe zwar zu einem geringfügigen Mehreinkommen der Klägerin in den Jahren 2017 und 2018. Angesichts der Geringfügigkeit desselben rechtfertige solches jedoch keine Abänderung der vorinstanzlichen Regelung (Urk. 32 S. 2 f.).

E. 2.2

Die Einkommensverhältnisse der Parteien sind nicht derart hoch, dass es auf die nicht strittigen monatlichen Zinserträge der Klägerin in der Höhe der geltend gemachten und anerkannten Euro 105 bzw. rund Fr. 123.– im Jahr 2017 und Euro 85 bzw. Fr. 98.– im Jahr 2018 nicht ankäme (vgl. nicht bestrittene Wechselkurse von 1.17 im Zeitpunkt des angefochtenen Urteils und 1.158 im Zeitpunkt der Berufungsschrift vom 2. Juli 2018 [Urk. 23 S. 4]). Zudem sind diese Beträge Teil einer Gesamtrechnung. Dementsprechend sind sie der Klägerin als zusätzliche, regelmässige Einkünfte anzurechnen. Praktikabilitätshalber und weil die Unterhaltsbeiträge - mit Blick auf das nunmehr zweijährige Getrenntleben der Parteien per Dezember 2018 und den damit einhergehenden Scheidungsanspruch (Art. 114 ZGB) - weitgehend rückwirkend festzulegen sind, rechtfertigt es sich, von einem durchschnittlichen weiteren Einkommen der Klägerin aus Darlehenszinsen in der Höhe von rund Fr. 111.– monatlich auszugehen. Damit ist von einem Gesamtnettoeinkommen der Klägerin in der Höhe von Fr. 4'811.– (Fr. 4'700.– + Fr. 111.–) auszugehen.

- 9 - 3. Einkommen des Beklagten

E. 3

Neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) können im Berufungsverfahren betreffend die der eingeschränkten Untersuchungsmaxime unterliegenden Belange – wie die vorliegend im Streit liegenden Ehegattenunterhaltsbeiträge – nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden, das heisst, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Neue rechtliche Ausführungen stellen keine Noven dar.

E. 3.1

Unbestritten ist der von der Vorinstanz mit Fr. 7'338.– pro Monat bezifferte Nettolohn des Beklagten (einschliesslich Anteil 13. Monatslohn), welchen dieser im Rahmen seiner 80 %-igen Anstellung bei der E._____ Genossenschaft, ... [Stadt], erzielt (Urk. 24 S. 8 f.; Urk. 23 S. 4; Urk. 27/3; Urk. 32 S. 3 f.).

E. 3.2

Strittig sind hingegen die weiteren Einkünfte des Beklagten aus seiner selbstständigen Nebenerwerbstätigkeit. a) Die Vorinstanz erwog, der Beklagte habe anlässlich der Verhandlung vom 28. August 2017 vorbringen lassen, er sei Geschäftsführer der F._____ AG, vormals G'._____ AG. Er sei zudem Aktionär und Gesellschafter. Die AG habe noch keine Geschäftstätigkeit im engeren Sinne aufgenommen und es hätten bislang noch keine Rechnungen ausgestellt werden können. Seine selbstständige Tätigkeit habe er im Juni 2017 mit einem Pensum von 20 % aufgenommen. Es sei ihm nicht möglich, Auskunft zu geben, wie seine monatlichen Einkünfte in Zukunft ausfallen würden. Falls er sich einen Lohn auszahlen könne, sei dies frühestens Ende 2017 ersichtlich. Er werde im Jahr 2017 wohl Erträge erzielen, diese würden jedoch zuerst in die AG fliessen, da Mitaktionäre vorhanden seien. Er habe vorab die Verpflichtungen der AG zu befriedigen und könne sich erst danach einen Lohn auszahlen lassen (Prot. I S. 6, 25). Da die aktuellen Einkünfte aus selbstständiger Tätigkeit vom Beklagten nicht ausgewiesen worden seien und er in der Vergangenheit aus selbstständiger Tätigkeit bereits regelmässige Einkünfte habe erzielen können, sei das Einkommen nach gerichtlichem Ermessen festzulegen. Zusätzlich zum aktuellen Einkommen aus unselbstständiger Tätigkeit sei daher, wie die Klägerin vorbringen lasse, von monatlichen Nettoeinkünften von mindestens Fr. 331.– aus selbstständiger Tätigkeit auszugehen (Prot. I S. 30 f.; Urk. 24 S. 9 m.w.H.). b) Der Beklagte moniert, die Vorinstanz habe seinen Nettolohn geradezu willkürlich um Fr. 331.– pro Monat (angebliche Einnahmen aus seiner selbstständigen Tätigkeit bei der F._____ AG) aufgestockt. Er habe vor Vorinstanz zu Protokoll gegeben, dass er bis zum 31. Dezember 2016 Geschäftsführer der G'._____ AG und deren einziger Verwaltungsrat gewesen sei. Die G'._____ AG sei mit der

- 10 - Marke G._____ per Vermögensübertragung der Aktiven und Passiven am 1. Januar 2017 auf die Genossenschaft E._____ übertragen worden. Er sei derzeit Geschäftsführer der F._____ AG, vormals G'._____ AG. Die F._____ AG habe noch keine Geschäftstätigkeit im engeren Sinn aufgenommen. Bislang seien von der F._____ AG noch keine Rechnungen gestellt worden. Seine selbstständige Tätigkeit für diese Firma habe er per Juni 2017 angetreten. Er habe bis zum Zeitpunkt der Verhandlung vom 28. August 2017 noch keine Erträge erzielt und werde im Jahr 2017 voraussichtlich auch keine erzielen. Falls im Jahr 2017 oder gegebenenfalls später Erträge fliessen würden, müsste er vorerst die nicht von der E._____ Genossenschaft übernommenen Verpflichtungen der AG befriedigen. Weil es bislang keine Einkünfte aus der F._____ AG gebe und er keine Abschlüsse der letzten Jahre und aktuelle Zahlen vorlegen könne, habe er seine Mitwirkungspflicht nicht verletzt. Zwar habe er bereits aus früherer selbstständiger Tätigkeit ein Einkommen erzielt, allerdings sei das mit der G'._____ AG gewesen. Bei dieser und der F._____ AG handle es sich jedoch um zwei völlig verschiedene AG's, wie die Namen und die Zweckartikel verrieten, weshalb dieser vorinstanzliche Verweis hier fehlschlage. Die Vorinstanz habe überdies in keiner Weise festgehalten, wie sie diese Fr. 331.– begründe. Offenbar habe sie ihm ein hypothetisches Einkommen angerechnet. Bei der Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit sei indes mit zwei bis drei Jahren zu rechnen, bis ein volles Er-

werbseinkommen erzielt werden könne. Ein rückwirkendes hypothetisches Einkommen, wie dies die Vorinstanz mit der Anrechnung der Fr. 331.– ab Mai 2017 vorsehe, sei ohnehin unzulässig. Völlig aus der Luft gegriffen sei auch der Verweis auf die Ausführungen der Klägerin im angefochtenen Urteil, wonach die Einkünfte des Beklagten aus selbstständiger Tätigkeit mindestens in der Höhe der Zahnarztrechnung des Beklagten über rund Fr. 4'000.– liegen würden (Urk. 23 S.

E. 4

Der von der Vorinstanz ermittelte monatliche klägerische Bedarf in der Höhe von Fr. 4'512.– blieb unbestritten (Urk. 24 S. 10; Urk. 23 S. 9; Urk. 32 S. 4 f.).

E. 5

Bedarf des Beklagten

E. 5.1

Die Vorinstanz ging von einem Bedarf des Beklagten von Fr. 3'395.– im Monat aus (Urk. 24 S. 10). Die entsprechenden Bedarfspositionen (Grundbetrag: Fr. 1'100.–, Wohnkosten: Fr. 1'000.–, Krankenkassenkosten [inkl. KVG/VVG]: Fr. 441.–, Kommunikationskosten/Billag: Fr. 140.–, Hausrat- und Haftpflichtversicherung: Fr. 30.–, Mobilitätskosten: Fr. 216.–, Mehrauslagen für auswärtige Verpflegung: Fr. 168.– und Steuern: Fr. 300.–) sind unbestritten (Urk. 23 S. 9; Urk. 32 S. 4 f.).

E. 5.2

Der Beklagte kritisiert hingegen, dass ihm die Vorinstanz keinen Betrag für weitere Gesundheitskosten veranschlagt habe. Bereits zum Zeitpunkt der vorinstanzlichen Verhandlung seien seine gesundheitlichen Probleme in den Jahren 2016 und 2017 bekannt, jedoch noch nicht diagnostiziert gewesen. Er fordert unter diesem Titel die Berücksichtigung von insgesamt Fr. 427.– pro Monat, Fr. 333.– Zahnarztkosten und Fr. 94.– durchschnittliche Krankheitskosten (Urk. 23 S. 7 f.). Die Vorinstanz erwog, sowohl die Klägerin als auch der Beklagte würden künftig anfallende Gesundheitskosten geltend machen, welche durch die Krankenversicherungen möglicherweise nicht gedeckt würden. Da die Durchführung dieser Behandlungen ungewiss sei und die Höhe der noch anfallenden Gesundheitskosten unklar bleibe, erscheine es angemessen, sowohl bei der Klägerin als auch beim Beklagten keine weiteren Gesundheitskosten zu berücksichtigen (Urk. 24 S. 12; [bei der Klägerin wurden unter diesem Titel lediglich Fr. 80.– für das erforderliche regelmässige Rückentraining veranschlagt, vgl. Urk. 24 S. 10, 12]).

- 15 - Die Zahnarztkosten sind gesondert zu behandeln (vgl. nachstehend: 5.3). Zwar tut der Beklagte nicht dar, wo er vor Vorinstanz seine gesundheitlichen Probleme der Jahre 2016 und 2017 (Dehydrierung, Ohnmachtsanfälle, hohe Blutdruckwerte) bereits dargelegt hat. Soweit ersichtlich machte er vor Vorinstanz unter dem Titel der weiteren Gesundheitskosten denn auch lediglich die Zahnarztkosten geltend (Urk. 11/4; Prot. I S. 8 f., 28, 30). Allerdings lässt er im Berufungsverfahren nunmehr diverse neue Leistungsabrechnungen seiner Krankenkasse beibringen, datierend zwischen 18. September 2017 und 23. April 2018. Daraus leitet er ein durchschnittliches monatliches Betreffnis von Fr. 94.– ab (vgl. Urk. 23 S. 8 f.; Urk. 27/9-18). Soweit die Unterlagen nach dem angefochtenen Urteil vom 9. Januar 2018 datieren (Urk. 27/14-18) handelt es sich um echte Noven, welche mit der Berufungsschrift rechtzeitig vorgebracht wurden (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Der Beklagte ist 62 Jahr alt und hat dementsprechend Anspruch auf

regelmässige Vorsorgeuntersuchungen. Laut der allgemein zugänglichen und damit auch im Berufungsverfahren zu berücksichtigenden Zusammenstellung "Kosten und Finanzierung des Gesundheitswesens 2015" des BFS (Tabelle 14.05.01.04; "Gesundheitskosten nach Alter und Geschlecht (Schätzung)"; abrufbar unter [https://www.bfs.](https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/gesundheit/kostenfinanzierung.assetdetail.3662022.html)

[admin.ch/bfs/de/home/statistiken/gesundheit/kostenfinanzierung.assetdetail.3662022.html](https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/gesundheit/kostenfinanzierung.assetdetail.3662022.html); vgl. auch BGer 5A_435/2011 vom 14. November 2011, E. 9.3 mit Hinweis; OGer ZH LY170030 vom 16.07.2018, S. 37) betragen die jährlichen Gesundheitskosten eines männlichen Einwohners im Jahr 2015 Fr. 10'188.– (56-60 Jahre) und Fr. 12'720.– (61-65 Jahre). Bei Kosten in dieser Höhe ist vom Beklagten sowohl die Jahresfranchise von Fr. 1'500.– als auch der maximale Selbstbehalt gemäss KVG von Fr. 700.– (vgl. Urk. 27/17) zu bezahlen. Der geltend gemachte Betrag von Fr. 94.– erscheint daher auf jeden Fall angemessen und ist im klägerischen Bedarf zu berücksichtigen.

E. 5.3

Zahnarztkosten können nur in Ausnahmefällen mit einem Zuschlag zum Existenzminimum berücksichtigt werden (vgl. Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich betreffend die Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009, Ziffer III.5.3). Voraussetzung ist, dass es sich um eine notwendige und

- 16 - grössere Auslage handelt. Kleinere und unregelmässig anfallende Zahnreparaturen sind aus dem Grundbetrag oder einem allfälligen Überschussanteil zu begleiten (Six, a.a.O., Rz. 2.111, S. 125). Bereits vor Vorinstanz reichte der Beklagte eine zahnärztliche Kostenschätzung vom 24. August 2017 über Fr. 3'972.50 betreffend eine Wurzelspitzenresektion mit Zystektomie und Defektfüllung inklusive Material und Nachkontrollen ein (Urk. 11/4). Er führte dazu aus, dass er im Januar / Februar 2018 eine operative Zystenbehandlung machen sollte. Der Termin sei noch nicht definitiv bestimmt, vorgesehen sei einmal der Januar / Februar 2018. Man führe die Operation in der Winterzeit aus, was mit der Wundheilung zu tun habe (Prot. I S. 30). Die Klägerin liess die akute Notwendigkeit der Behandlung bestreiten (Prot. I S. 31). Wie erwähnt, berücksichtigte die Vorinstanz diese Kosten nicht, weil die Durchführung der Behandlung ungewiss sei und die Höhe der noch anfallenden Gesundheitskosten unklar bleibe (Urk. 24 S. 12). Im Rahmen seiner Berufung macht der Beklagte nunmehr geltend, die Operation habe am 20. März 2018 tatsächlich stattgefunden, was er mit einer entsprechenden Honorarrechnung vom 29. Mai 2018 in der Höhe von Fr. 4'007.95 untermauert. Es handle sich um eine notwendige und offensichtlich grössere Auslage (Urk. 23 S. 7; Urk. 27/8 i.V.m. Art. 317 Abs. 1 ZPO). Die Klägerin hält demgegenüber daran fest, dass die Behandlung überhaupt nicht notwendig gewesen sei (Urk. 32 S. 5). Mit Blick auf die Kostenschätzung und die Honorarrechnung sowie angesichts der nunmehr tatsächlich durchgeführten Wurzelspitzenresektion und Zystenoperation kann jedenfalls von einer medizinischen Notwendigkeit der Behandlung ausgegangen werden. Auf eine besondere Dringlichkeit kommt es dabei nicht an. Der Beklagte stellte bereits anlässlich der Verhandlung vom 28. August 2017 in Aussicht, dass eine solche Behandlung im Januar / Februar 2018 durchgeführt werden müsse, wobei der definitive Termin noch nicht feststand. Die Behandlung wurde dann jedoch zeitnah am 20. März 2018 vorgenommen (Urk. 27/8). Allerdings hat der Beklagte die versäumten Sitzungen selbst zu vertreten (vgl. Urk. 27/8; vgl. auch Urk. 32 S. 5), weshalb von den Fr. 4'007.95 der Betrag von Fr. 136.80 in Abzug

zu bringen ist. Damit verbleiben Fr. 3'871.15, welche prakti- kabilitätshalber auf 20 Monate zu verteilen sind (Mai 2017 [Beginn Unterhaltsleis-

- 17 - tungspflicht, vgl. unten Ziffer 6 und lit. D] bis Dezember 2018, ab dann werden die Parteien zwei Jahre getrennt leben und die Scheidung einreichen können), womit dem Beklagten monatlich rund Fr. 194.– Zahnarztkosten im Bedarf zu veran- schlagen sind.

E. 5.4

Resümiert beträgt der beklagtische Monatsbedarf somit Fr. 3'683.– (Fr. 3'395.– vorinstanzlicher Bedarf + Fr. 94.– weitere Gesundheitskosten + Fr. 194.– Zahnarztkosten).

E. 6

Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für das erstinstanzliche Verfah- ren eine reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 800.– zu be- zahlen.

E. 7

Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.

E. 8

Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt und mit dem vom Beklagten geleisteten Kostenvor- schuss in der Höhe von Fr. 3'000.– verrechnet. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten den geleisteten Vorschuss im Umfang von Fr. 1'500.– zu er- setzen.

E. 9

Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zuge- sprochen.

E. 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. 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 Be- schwerde 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 vorsorgli- che Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert liegt über Fr. 30'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

- 23 - Zürich, 11. Dezember 2018 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. M. Reuss Valentini versandt am: bz