

ZH_OBERGERICHT LE200064 vom 16. März 2021

ZH Obergericht, 2021-03-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE200064

FR: ZH_OBERGERICHT LE200064 du 16 mars 2021

IT: ZH_OBERGERICHT LE200064 del 16 marzo 2021

Erwägungen

E. 1

Die Parteien sind verheiratet. Ihr gemeinsamer Sohn, E._____, geboren am tt. März 2000, ist bereits volljährig. Die Gesuchsgegnerin und Berufungsklagte (fortan Gesuchsgegnerin) hat einen weiteren – ebenfalls volljährigen – vorehelichen Sohn. Zusammen mit den beiden Söhnen bewohnen die Parteien die Liegenschaft an der C._____-Strasse 1 in D._____. Sie standen sich bereits zweimal in einem Eheschutzverfahren gegenüber; beide Verfahren wurden als durch Vergleich erledigt abgeschlossen (Urk. 14/1, Urk. 14/23 [EE120016-G]; Urk. 15/1, Urk. 15/16 [EE150011-G]).

E. 2

Mit Eingabe vom 14. März 2020 machte der Gesuchsteller und Berufungskläger (fortan Gesuchsteller) bei der Vorinstanz ein weiteres Eheschutzverfahren anhängig und ersuchte um Abänderung der im Verfahren EE150011-G abgeschlossenen Vereinbarung vom 4. Mai 2015 (Urk. 1). An der Verhandlung vom 15. Oktober 2020 erstatteten die Parteivertreterinnen ihre Parteivorträge und erhielten Gelegenheit, zu Noven Stellung zu nehmen (Urk. 33 S. 2-6, S. 11 f. und S. 16 f.). Im Weiteren wurden die Parteien persönlich befragt (Urk. 33 S. 6-16). Die anschliessenden Vergleichsgespräche blieben erfolglos (vgl. Urk. 33 S. 17). Am 12. November 2020 erliess die Vorinstanz das eingangs wiedergegebene Ur-

- 5 - teil und bewilligte beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege einschliesslich unentgeltlicher Rechtsverbeiständung (Urk. 40 S. 9 ff.).

E. 2.1

Gemäss Art. 272 ZPO gilt in eherechtlichen Summarverfahren die eingeschränkte Untersuchungsmaxime. Im Geltungsbereich des Eheschutzverfahrens hat das Gericht den Sachverhalt nicht von Amtes wegen zu erforschen, sondern lediglich festzustellen. Auch unter der Herrschaft der eingeschränkten Untersuchungsmaxime sind die Parteien nicht davon befreit, bei der Feststellung des entscheidwesentlichen Sachverhalts aktiv mitzuwirken und die allenfalls zu erhebenden Beweise zu bezeichnen. Sie tragen auch in diesem Bereich die Verantwortung für die Sachverhaltsermittlung. Das Gericht hat den Sachverhalt nicht von sich aus zu erforschen oder nicht vorgetragene Tatsachen nachzugehen; es

- 6 - stellt mithin keine eigenen Ermittlungen an (ZK ZPO-Sutter-Somm/Hostettler, Art. 272 N 10-12; Pfänder, DIKE-Komm-ZPO, Art. 272 N 2 ff.; OGer ZH LE120073 vom 19. November 2012, E. 2c, S. 9 ff.).

E. 2.2

Mit Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung, BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintretensvoraussetzung) voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anführt, sich argumentativ mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2; 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4; BGer 5A_111/2016 vom 6. September 2016, E. 5.3; 4A_290/2014 vom 1. September 2014, E. 3.1 und E. 5). In diesem Rahmen ist insoweit auf die Parteivorbringen einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 134 I 83 E. 4.1).

E. 2.3

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

- 7 - 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 eingeschränkten 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). Es gilt demnach ein Novenrecht, das nur unter restriktiven Voraussetzungen ausnahmsweise Noven zulässt. Das Berufungsverfahren dient nicht der Vervollständigung des vorinstanzlichen Verfahrens (BGE 142 III 413 E. 2.2.2). Das Nachbringen von Behauptungen, welche im erstinstanzlichen Verfahren unsubstantiiert geblieben waren, ist im Berufungsverfahren ausgeschlossen (ZK ZPO-Reetz, Vorbemerkungen zu Art. 308-318 N 44).

E. 2.4

Wie nachfolgend noch im Detail aufzuzeigen sein wird, genügt die Berufungsschrift diesen formellen Anforderungen in mehrfacher Hinsicht und in weiten Teilen nicht. Die Ausführungen in der Berufungsschrift erfolgen ohne konkrete Bezugnahme auf den vorinstanzlichen Entscheid. Konkrete Rügen und eine argumentative Auseinandersetzung mit den Entscheidungsgründen der Vorinstanz lässt der anwaltlich vertretene Gesuchsteller vermissen. Auch wird nicht aufgezeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden vor Vorinstanz erhoben wurden; Verweisungen auf die vorinstanzlichen Akten fehlen gänzlich. Weitgehend begnügt sich der Gesuchsteller damit, seine Standpunkte neu darzulegen und den Sachverhalt aus seiner Sicht neu wiederzugeben, wobei aufgrund der Übersichtlichkeit der Akten sofort erkennbar ist, dass es sich bei diversen Ausführungen um unzulässige Noven handelt. Zahlreiche Parteivorbringen

- 8 - haben daher vorliegend unberücksichtigt zu bleiben (vgl. im Einzelnen unten E. 3.4 und E. 3.6).

E. 3

Zuweisung der ehelichen Liegenschaft

E. 3.1

Der Gesuchsteller ersucht um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren (Urk. 39 S. 2).

E. 3.2

Da sich die Berufung des Gesuchstellers – wie gesehen – als offensichtlich unbegründet erweist, ist sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zufolge Aussichtslosigkeit abzuweisen (Art. 117 lit. b ZPO). Ausserdem ist darauf hinzuweisen, dass eine diesbezügliche Begründung in der Berufungsschrift fehlt (vgl. Urk. 39), weshalb das Gesuch auch zufolge Verletzung der Mitwirkungspflicht abzuweisen ist (Art. 119 Abs. 2 ZPO). Es wird beschlossen:

E. 3.3

Bereits vorinstanzlich verlangte der Gesuchsteller die Zuweisung der ehelichen Wohnung an sich. Diesen Antrag begründete seine Rechtsvertreterin im Rahmen der Gesuchsbegründung allerdings lediglich damit, die Gesuchsgegnerin habe im letzten Jahr rund zehn Monate ausserhalb der ehelichen Wohnung gelebt. Sie habe einen Freund, bei dem sie normalerweise sei. Zudem habe sie längere Zeit in Afrika gewohnt, dies offenbar wegen des Versterbens ihrer Mutter in Kamerun (Urk. 33 S. 2 f.). Nach dem Parteivortrag der Gegenseite und der persönlichen Befragung des Gesuchstellers ergänzte seine Rechtsvertreterin lediglich, es treffe nicht zu, dass der Gesuchsteller eine Freundin habe, bei der er wohnen könne. Das Haus gehöre seiner Mutter, welche sich nicht gut mit der Gesuchsgegnerin verstehe und ihr "morgen" kündigen würde (Urk. 33 S. 11).

E. 3.4

Die Ausführungen, mit welchen die gesuchstellerische Rechtsvertreterin vorinstanzlich ein überwiegendes Interesse des Gesuchstellers am Verbleiben in der ehelichen Liegenschaft geltend machen wollte, waren demnach sehr knapp. In der Berufungsschrift werden zu den obgenannten Punkten (a-d) zahlreiche Behauptungen aufgestellt, die über das hinausgehen, was vorinstanzlich ausgeführt wurde (vgl. Urk. 39 S. 4-6). Solche Nachsubstantiiierungen sind im Berufungsverfahren unzulässig. Ausführungen dazu,

weshalb all diese Umstände trotz zumutbarer Sorgfalt nicht bereits vor Vorinstanz dargelegt worden sind, lässt der Gesuchsteller vermissen. Die neuen Behauptungen gelten demnach als ver- spätet eingebracht und haben im Berufungsverfahren unberücksichtigt zu bleiben.

- 10 - Der (sinngemässe) Einwand der unangemessenen Interessenabwägung kann demnach einzig auf denjenigen Sachverhaltsgrundlagen überprüft werden, die vor Vorinstanz vorgetragen oder aber durch das Gericht im Rahmen der Be- fragung der Parteien gesammelt wurden.

E. 3.5

Wie die Vorinstanz zutreffend festhielt, ist entscheidendes Kriterium für die Zuteilung der ehelichen Liegenschaft die Zweckmässigkeit. Das Gericht hat die Interessen der Parteien gegeneinander abzuwägen und die Liegenschaft demjenigen Ehegatten zuzuweisen, dem sie besser dient und der ein grösseres Interesse daran glaubhaft machen kann (BSK ZGB I-Schwader, Art. 176 N 7; Gloor, Die Zuteilung der ehelichen Wohnung nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1987, S. 9 ff.). Als übergeordnet relevante Zuteilungskriterien im Sinne der Zweckmässigkeit gelten Gründe beruflicher und gesundheitlicher Art. Dies bedeu- tet, dass die eheliche Liegenschaft demjenigen Ehegatten zuzuteilen ist, der aus beruflichen oder gesundheitlichen Gründen eher auf sie angewiesen ist. Als un- tergeordnete Zuteilungskriterien werden schliesslich Affektionsinteressen berück- sichtigt wie zum Beispiel die Beziehungsnähe zur ehelichen Liegenschaft, deren höherer zeitlicher Nutzungswert, die Möglichkeit eines Ehegatten, den Unterhalt persönlich zu besorgen, oder sachenrechtliche sowie letztlich (und nur aus- nahmsweise) finanzielle Gründe. Auf diese Zuteilungskriterien wird erst abgestellt, wenn keiner der Ehegatten aus beruflichen oder gesundheitlichen Gründen auf die eheliche Wohnung angewiesen ist. Kann nicht ausgemacht werden, welcher Ehegatte eher auf die Liegenschaft angewiesen ist, so hat derjenige auszuziehen, dem ein Auszug unter Würdigung aller Umstände eher zuzumuten ist (BGer 5A_766/2008 vom 4. Februar 2009, E. 3.1 und E. 3.2; KassGer AA050002 vom 23. März 2005, E. II.3a).

E. 3.6

(a) Dass vorliegend einer der Ehegatten aus beruflichen oder ge- sundheitlichen Gründen auf die eheliche Liegenschaft eher angewiesen sei, wur- de vorinstanzlich von keiner Partei geltend gemacht, und war für die Vorinstanz auch nicht ohne weiteres erkennbar. Der Gesuchsteller führte im Rahmen der persönlichen Befragung selbst aus, er habe sein Büro ins Warenlager "gezügelt" (Urk. 33 S. 8). Vor diesem Hintergrund ist nicht zu beanstanden, dass die Vor-

- 11 - instanz annahm, der Gesuchsteller sei zur Ausübung seines Berufs nicht auf die eheliche Liegenschaft angewiesen. Soweit der Gesuchsteller im Berufungsverfahren anderes glaubhaft machen will (vgl. Urk. 39 S. 4, 2. Absatz), ist auf seine Aus- führungen zufolge Novenverbots nicht weiter einzugehen. (b) Entgegen der Ansicht des Gesuchstellers lässt sich aus seinen vor- instanzlichen Behauptungen betreffend Abwesenheiten der Gesuchsgegnerin nicht ohne weiteres ableiten, die eheliche Liegenschaft würde ihr keinen Nutzen bringen. Zudem lässt der Gesuchsteller ausser Acht, dass die Vorinstanz den Nutzen der Gesuchsgegnerin insbesondere darin sah, dass sie bei einem Ver- bleiben in der ehelichen Liegenschaft ihrem an psychischen Problemen leidenden Sohn Stabilität im gewohnten Umfeld bieten und diesen weiterhin dort betreuen kann. Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass dieser Umstand ein gewich- tiges Interesse der Gesuchsgegnerin an

der Zuweisung der ehelichen Liegenschaft begründet. Denn wie vor Vorinstanz unbestritten blieb (vgl. Urk. 33 S. 11 ff., S. 16), kann der voreheliche Sohn der Gesuchsgegnerin wegen seiner psychischen Erkrankung nur dann weiterhin in der ehelichen Liegenschaft wohnen, wenn die Gesuchsgegnerin dort verbleiben kann. Anerkanntermassen wird auch ein Teil der Wohnkosten der ehelichen Liegenschaft über die monatlichen Beiträge, welche das Sozialamt für den vorehelichen Sohn leistet, mitfinanziert (vgl. Urk. 33 S. 8, S. 11 und S. 16). Anhaltspunkte dafür, dass sich die Gesuchsgegnerin im Falle eines künftigen Verbleibens in der ehelichen Liegenschaft und Zusammenlebens mit ihrem Sohn nicht ausreichend um diesen kümmern würde, bestehen keine. Entsprechend vermag der Gesuchsteller auch nichts auszurichten, soweit er unter Verweis auf die häufigen Abwesenheiten der Gesuchsgegnerin in Frage stellt, ob diese ihrer Beistandspflicht gegenüber dem Sohn genügend nachkomme (vgl. Urk. 39 S. 5, 1. Absatz). (c) Das Vorbringen der Gesuchsgegnerin, dass sie nur wenig Deutsch spreche und nicht integriert sei, blieb vorinstanzlich unbestritten (Urk. 33 S. 12 ff.). Insofern sind die diesbezüglichen Bestreitungen und neuen Ausführungen in der Berufungsschrift (Urk. 39 S. 5, 3. und 4. Absatz) verspätet und haben unberücksichtigt zu bleiben. Es ist allerdings auch darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz

- 12 - in diesem Zusammenhang nicht nur auf die unbestrittenen Vorbringen der Gesuchsgegnerin abgestellt hat, sondern auch auf die eigenen Wahrnehmungen an der mündlichen Verhandlung und den Umstand, dass diese im Beisein einer Französisch-Dolmetscherin durchgeführt werden musste (Urk. 33 S. 1). (d) Vor Vorinstanz machte der Gesuchsteller geltend, er verdiene monatlich ca. Fr. 3'500.– (Urk. 33 S. 3). Auf die Frage, wie seine beruflichen Aussichten aussähen, gab er am 15. Oktober 2020 im Wesentlichen zur Antwort, das wirtschaftliche Umfeld für Marktfahrer sei aktuell schwierig. Auch nach dem Corona-Lockdown habe es kaum Märkte gegeben. Er habe aber private Verkaufsplätze organisiert, dies mit einigem Erfolg. Seine Umsätze habe er in den letzten vier Monaten im Vergleich zu den früheren Jahren halten können. Zum Investitionsschutz habe er im März einen Coronakredit in der Höhe von Fr. 17'000.– bezogen. Diesen habe er investiert, in der Zwischenzeit aber wieder erwirtschaftet und auf das Konto einbezahlt. Bis im März (gemeint wohl 2021) erhalte er noch "Betriebsabschlussgeld von der SVA". Aufgrund der Erfahrungen im Sommer, und wenn das Jahr 2021 ähnlich ablaufe, könne davon ausgegangen werden, dass sein Geschäft ab Frühling 2021 wieder laufe und er den Coronakredit bis Ende 2021 nicht beziehen müsse (Urk. 33 S. 10 f.). Dass die Vorinstanz annahm, der Gesuchsteller verfüge über ein stetes Einkommen, ist unter Berücksichtigung dieser Aussagen nicht zu beanstanden. Soweit der Gesuchsteller in der Berufungsschrift anderes behauptet, ist auf seine Vorbringen nicht weiter einzugehen, zumal er weder geltend macht, dass sich die Lage seit der vorinstanzlichen Verhandlung vom 15. Oktober 2020 verändert hätte, noch, dass sich seine damaligen Annahmen nicht verwirklicht hätten. Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass es dem erwerbstätigen Gesuchsteller leichter fallen dürfte, eine neue Unterkunft zu finden, als der erwerbs- und einkommenslosen Gesuchsgegnerin.

E. 3.7

Wie die vorstehenden Erwägungen zeigen, hat der Gesuchsteller vorinstanzlich kein überwiegendes Interesse an der Zuweisung der ehelichen Wohnung glaubhaft gemacht. Dass die Vorinstanz bei dieser Ausgangslage vor allem auf das Kriterium der Zumutbarkeit abgestellt hat, ist nach dem Gesagten genauso wenig zu beanstanden, wie ihre

diesbezüglichen Schlussfolgerungen. Die ge-

- 13 - suchstellerische Kritik in Bezug auf die Interessenabwägung zielt daher – soweit sie berücksichtigt werden kann – ins Leere. Die Berufung betreffend Zuweisung der ehelichen Wohnung ist unbegründet und abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Die Dispositiv-Ziffer 2 des angefochtenen Urteils ist demgemäss zu bestätigen.

E. 4

Unterhaltbeiträge

E. 4.1

Die Vorinstanz verpflichtete den Gesuchsteller in Abänderung der Vereinbarung vom 4. Mai 2015, der Gesuchsgegnerin persönliche Unterhaltsbeiträge wie folgt zu leisten (Urk. 40 Dispositiv-Ziffern 3 und 4; zu den Grundlagen der Unterhaltsberechnung vgl. Urk. 40 E. 4 und Dispositiv-Ziffer 5): - Fr. 750.– pro Monat zuzüglich Wohnkostenanteil der Gesuchsgegnerin von monatlich Fr. 558.– ab Vollstreckbarkeit des Entscheids bis zu seinem Auszug aus der ehelichen Wohnung; - Fr. 150.– pro Monat ab seinem Auszug aus der ehelichen Wohnung (für die weitere Dauer des Getrenntlebens).

E. 4.2

Der Gesuchsteller verlangt berufungsweise die Festsetzung der Unterhaltspflicht auf Fr. 654.– pro Monat ab Vollstreckbarkeit des obergerichtlichen Entscheids (Urk. 39 S. 2). Zur Begründung macht er geltend, wenn die Gesuchsgegnerin zu ihrem Freund ziehe, belaufe sich ihr monatliches Existenzminimum noch auf Fr. 1'281.–. Unter Berücksichtigung seines Einkommens von monatlich Fr. 3'500.– und seines Bedarfs von monatlich Fr. 2'846.– (bei Verbleib in der ehelichen Wohnung) sei er in der Lage, für die Gesuchsgegnerin monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 654.– zu bezahlen (Urk. 39 S. 6 f.).

E. 4.3

Da der gesuchstellerische Antrag betreffend Zuweisung der ehelichen Liegenschaft nicht gutgeheissen wird, ist der Argumentation des Gesuchstellers die Grundlage entzogen und verfängt diese nicht. Die Berufung erweist sich damit auch in diesem Punkt als unbegründet, weshalb die Dispositiv-Ziffern 3 bis 5 des angefochtenen Urteils zu bestätigen sind.

- 14 -

E. 5

Erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfolgen Da die Berufung abzuweisen ist, besteht kein Anlass, die unangefochten gebliebene Regelung der erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen abzuändern. Die Dispositiv-Ziffern 6 bis 8 des angefochtenen Urteils sind somit zu bestätigen. III. 1. Die Gerichtsgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und Abs. 2 in Verbindung mit § 2, § 5 und § 6 Abs. 2 lit. b der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) auf Fr. 2'000.– festzusetzen. Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten vollständig dem Gesuchsteller aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). 2. Parteientschädigungen für das zweitinstanzliche Verfahren sind keine zuzusprechen: Dem Gesuchsteller nicht, weil er unterliegt, und der Gesuchsgegnerin nicht, weil ihr keine Umtriebe entstanden sind, die zu entschädigen wären.

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