

ZH_OBERGERICHT LE220047 vom 28. November 2022

ZH Obergericht, 2022-11-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE220047

FR: ZH_OBERGERICHT LE220047 du 28 novembre 2022

IT: ZH_OBERGERICHT LE220047 del 28 novembre 2022

Erwägungen

E. 1

Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes Die Parteien stellen fest, bereits seit 1. Juni 2021 getrennt zu leben und vereinbaren die Fortführung des Getrenntlebens auf unbestimmte Zeit.

E. 1.1

Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist die Berufung bei der Rechtsmittelinstanz schriftlich und begründet einzureichen. Die Berufungsschrift hat zudem Berufungsanträge zu enthalten. Aus einer Rechtsmittelschrift muss hervorgehen, dass und weshalb der Rechtsuchende einen Entscheid anfecht und inwieweit dieser geändert oder aufgehoben werden soll (BGE 137 III 617 E. 4.2 m.H.). Der Berufungskläger darf sich deshalb nicht darauf beschränken, lediglich die Aufhebung des angefochtenen erstinstanzlichen Entscheides zu beantragen, sondern er muss einen Antrag in der Sache stellen. Ein Rechtsbegehren muss so bestimmt sein, dass es im Falle der Gutheissung der Klage unverändert zum Urteil erhoben

- 6 - werden kann. Geht es um eine auf eine Geldleistung gerichtete Forderung, so ist eine Bezifferung erforderlich (ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N 34; Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 20; BGE 137 III 617 E. 4.3 m.w.H.). Allerdings ist auf ein nicht beziffertes Rechtsbegehren ausnahmsweise trotzdem einzutreten, wenn sich aus der Begründung (allenfalls in Verbindung mit dem angefochtenen Entscheid) ergibt, welcher Betrag zuzusprechen ist (vgl. BGE 137 III 617 E. 6.2 m.w.H.). An diesem Ergebnis für die Berufungseingabe ändert nichts, soweit für den Kinderunterhalt die Oficialmaxime anwendbar ist (BGE 137 III 617 E. 4.5; ZK ZPO-Reetz/Theiler Art. 311 N 34; Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 20; OGer ZH LE220035 vom 04.07.2022, E. 2a). Diese Anforderungen gelten auch für Laien (BGer 5A_510/2019 vom 31. Oktober 2019, E. 2 m.H.; ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N 34; OGer ZH LC210001 vom 03.03.2021, E. II.1; vgl. aber auch OGer ZH LF140079 vom 11.11.2014, E. 4, wonach die Anforderungen an von Laien gestellte Anträge und deren Begründung tiefer sein sollen und wonach eine Formulierung genüge, aus welcher sich "mit gutem Willen" herauslesen lasse, wie die Berufungsinstanz entscheiden soll, sowie BSK ZPO-Spühler, Art. 311 N 13). Fehlt es an genügenden Berufungsanträgen, ist auf die Berufung nicht einzutreten; eine Nachfrist darf nicht angesetzt werden (ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N 35 m.w.H.; BSK ZPO-Spühler, Art. 311 N 3).

E. 1.2

Vorliegend unterliess es der Gesuchsgegner, konkrete Berufungsanträge zu stellen; seiner Eingabe vom 24. August 2022 (Urk. 62) sind keine solchen zu entnehmen. Auch aus der Berufungsbegründung ergibt sich nicht eindeutig, was der Gesuchsgegner konkret will. Er beanstandet das ihm von der Vorinstanz ange-rechnete hypothetische Einkommen (Urk.

62). Gestützt auf diese Begründung erschiene es als möglich, dass der Gesuchsgegner die vollständige Aufhebung des Kinderunterhaltsbeitrages verlangen will. Jedoch hat er vor Vorinstanz beantragen lassen, er sei nach Ermessen des Gerichtes zu verpflichten, der Gesuchstellerin rückwirkend auf den 1. Juni 2021 einen angemessenen Unterhaltsbeitrag an den Unterhalt des Sohnes C._____ bis zur Volljährigkeit oder bis zum Abschluss einer angemessenen Erstausbildung zu bezahlen (Urk. 35 S. 1). Dazu kommt, dass sich der Gesuchsgegner in der Berufungsschrift weder zum ihm von der Vorinstanz angerechneten Bedarf, welcher unter Berücksichtigung des hypotheti-

- 7 - schen Einkommens bei einem anderen Arbeitgeber insbesondere auch einen Betrag von Fr. 220.– für die auswärtige Verpflegung enthält (Urk. 63 E. 3.5.7), noch zur vorinstanzlichen Überschussverteilung (Urk. 63 E. 3.6) äussert. Es bleibt insofern unklar, ob und in welcher Höhe sich der Gesuchsgegner im Rahmen des Berufungsverfahrens bereit erklärt, für C._____ monatliche Kinderunterhaltsbeiträge zu leisten. Mangels eines genügend eindeutigen und bezifferten Berufungsantrages des Gesuchsgegners ist nach dem vorstehend Gesagten (vgl. E. II.1.1) auf seine Berufung nicht einzutreten.

E. 2

Elterliche Sorge, Obhut und Besuchsrecht

E. 2.1

Selbst wenn aber in diesem Punkt auf die Berufung einzutreten wäre, wäre ihr kein Erfolg beschieden.

E. 2.2

Das Berufungsverfahren stellt keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern ist nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGE 142 III 413 E. 2.2.1 mit weiteren Hinweisen auf die Botschaft zur Schweizerischen ZPO, BBl 2006, S. 7374). Mit der 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 anfecht, 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. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Be-

- 8 - gründungsanforderungen entsprechender 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 mit weiteren Hinweisen; BGer 5A_111/2016 vom 6. September 2016, E. 5.3; BGer 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3; BGer 4A_290/2014 vom 1. September 2014, E. 3.1 und E. 5). Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Berufungsverfahren eine Relativierung (BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21 und N 39 ff.; Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 57 N 22). Die Vorinstanz führte zur Begründung, weshalb nicht auf das vom Gesuchsgegner behauptete und ausgewiesene Nettoeinkommen von Fr. 3'600.– abzustellen, sondern ihm ein hypothetisches Einkommen anzurechnen sei, insbesondere aus, bedeutsam erscheine der – nicht bestrittene – Umstand, dass die Parteien offenbar in der Lage gewesen seien, für den Erwerb einer Wohnung in Frankreich eine Anzahlung von Fr. 165'000.– zu leisten, wobei deren beabsichtigter Ausbau weitere Fr. 85'000.– gekostet hätte, trotz angeblich bestehender Schulden gegenüber Verwandten von EUR 45'000.–. Daneben besitze die Gesuchstellerin ein Haus in der Türkei, welches für rund Fr. 26'000.– erworben worden sei. Dass bei einem Familieneinkommen von rund Fr. 8'200.– einschliesslich Kinderzulage Ersparnisse gebildet werden könnten, sei plausibel, zumal die Parteien bis zur Trennung im Juni 2021 in einer preiswerten Wohnung (Miete von Fr. 1'881.–) gelebt hätten. Allerdings seien Ersparnisse in dieser Grössenordnung ausgeschlossen (Urk. 63 E. 3.5.4). Mit diesen Erwägungen der Vorinstanz setzt sich der Gesuchsgegner nicht argumentativ auseinander soweit er auf Seite 1 seiner Berufungsschrift (Urk. 62) lediglich pauschal rügt, es sei absurd, aufgrund der Ausgaben einen hypothetischen Lohn anzurechnen, wüsste doch jedermann, dass viele Menschen über ihren Verhältnissen lebten und angesichts ihrer Ausgaben viel mehr verdienen müssten. Auch private Reisen müssten nicht zwangsläufig vom erarbeiteten Lohn bezahlt werden. Das Geld könne man sich auch kurzfristig leihen (Urk. 62 S. 1). Lediglich vollständigkeithalber ist festzuhalten, dass der Gesuchsgegner sich im Berufungsverfahren, wie auch schon vor Vorinstanz (Urk. 46 S. 2; Urk. 54 S. 2; - 9 - vgl. auch Urk. 56 Rz. 7), nicht konkret dazu äussert, woher die entsprechenden Mittel stammen. Seiner Begründungspflicht kommt der Gesuchsgegner schliesslich auch nicht nach, wenn er im Zusammenhang mit den bereits geleisteten Kinderunterhaltsbeiträgen bloss seinen schon vor Vorinstanz vertretenen Standpunkt wiederholt, wonach er im Februar 2022 eine Barzahlung von Fr. 5'000.– an die Gesuchstellerin geleistet habe, worin ein Unterhaltsbeitrag von Fr. 650.– enthalten gewesen sei (Urk. 62 S. 2; vgl. Prot. I S. 18). Genau damit hat sich die Vorinstanz nämlich auseinandergesetzt und festgehalten, dass diese Behauptung bestritten sei und es dafür keine Belege gebe, weshalb diese Zahlung nicht erstellt sei (Urk. 63 E. 3.9). Weshalb diese Annahme unzutreffend sein soll, legt der Gesuchsgegner nicht dar. Vielmehr bestätigt er in seiner Berufungsschrift gerade, der Gesuchstellerin diesen Betrag bar ohne Beleg übergeben zu haben (Urk. 62 S. 2).

E. 2.3

Der Gesuchsgegner geht fehl in seiner Annahme, die Vorinstanz habe den Schluss gezogen, dass eine 10-jährige Berufserfahrung bei einer Selbständigkeit automatisch einen höheren Lohn mit sich bringe (vgl. Urk. 62 S. 1). Die Vorinstanz erwog im Wesentlichen vielmehr, ein gleichbleibender Lohn von Fr. 3'600.– für einen Geschäftsinhaber mit abgeschlossener Berufsausbildung in der Gastronomie, über 10-jähriger Berufserfahrung und der Kompetenz, einen Restaurantbetrieb an guter Lage in der Stadt Zürich zu führen, entspreche nicht den üblichen Lohnstandards. Sprachhindernisse beständen keine und der Arbeitsmarkt in der Gastronomie sei derzeit ausgetrocknet, es herrsche akuter Mangel an

geeignetem Personal, namentlich auch in der Stadt Zürich und Agglomeration. Dem Gesuchsgegner sei es daher nicht nur ohne Weiteres möglich, sondern auch zumutbar, eine anderweitige Beschäftigung in der Gastronomie mit einem weit höheren, den statistischen Durchschnittswerten entsprechendem Einkommen zu erzielen. Es rechtfertigt sich daher die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens von netto Fr. 5'400.– (Urk. 63 E. 3.5.4 ff.). Der Gesuchsgegner vermag mit seinen Ausführungen auf Seite 1 der Berufungsschrift (Urk. 62) die vorinstanzliche Feststellung, dass sich das von ihm betriebene Restaurant F._____ an der G._____ -strasse in ... Zürich an guter Lage befindet,

- 10 - det, nicht zu entkräften. Die Gesuchstellerin machte vor Vorinstanz geltend, das Restaurant sei sehr zentral in Zürich in einem wohlhabenden Quartier mit überdurchschnittlich verdienenden Bewohnern gelegen (Urk. 56 Rz. 7), was seitens des Gesuchsgegners unbestritten blieb. Der vom Gesuchsgegner behauptete Verlust von Stammkundschaft infolge Schliessung einer H._____ Filiale wird dadurch relativiert. Inwiefern die von ihm behaupteten, nicht erfolgten Instandsetzungen, insbesondere des Liftes, im Hotel respektive Restaurant sich konkret auf den Betrieb des Restaurants auswirken, legt der Gesuchsgegner sodann nicht dar. Dass sich in unmittelbarer Nähe noch weitere Restaurants befinden, ist in städtischen Regionen sodann keineswegs unüblich und deswegen allein büsst die Lage nicht an Attraktivität ein. Erstmals macht der Gesuchsgegner im Berufungsverfahren auch geltend, der Pachtvertrag zwischen der I._____ AG und ihm laufe spätestens im Dezember 2022 aus (Urk. 62 S. 1). Was daraus zu seinen Gunsten abgeleitet werden müsste, tut der Gesuchsgegner allerdings nicht dar und ist – vor dem Hintergrund, dass ihm die Vorinstanz ein hypothetisches Einkommen anrechnete – auch nicht ersichtlich. Ohnehin geht sein Vorbringen nicht über eine blosser Behauptung hinaus und wird die Möglichkeit einer Verlängerung des Pachtvertrages vom Gesuchsgegner nicht ausgeschlossen.

E. 2.4

Mit seinem berufsweisen Vorbringen, das von der Vorinstanz gestützt auf den statistischen Lohnrechner Salarium des Bundesamtes für Statistik und den Lohnrechner des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes für einen Koch bzw. Chefkoch ermittelte hypothetische Einkommen von Fr. 5'400.– netto beruhe auf völlig falschen Grundlagen, dringt der Gesuchsgegner nicht durch (Urk. 62 S. 2). Die Gesuchstellerin liess vor Vorinstanz ausführen, der Gesuchsgegner sei 54 Jahre alt und sei seit mehr als 10 Jahren in der Gastronomie tätig. Er sei der Inhaber des Restaurants und bezeichne sich auf dessen Homepage (www.F._____ .ch) als "Chef de Cuisine", Chefkoch (Urk. 56 S. 3). Nicht nur blieben diese Ausführungen vor Vorinstanz unbestritten (vgl. Urk. 58), sondern der Gesuchsgegner beantwortete auch die Frage des Vorderrichters, ob er eine Ausbildung als Koch oder eine andere entsprechende Ausbildung im Gastrobereich gemacht habe, ausdrücklich mit "Ja, ich habe eine Ausbildung gemacht" (Prot. I S. 14). Seine diesbezügliche Bestreitung im Berufungsverfahren steht damit im

- 11 - Widerspruch zu den Ausführungen vor Vorinstanz, wo er anwaltlich vertreten war, und ist demzufolge nicht glaubhaft. Daran ändert auch die Behauptung des Gesuchsgegners im Berufungsverfahren nichts, dass er nicht ohne Grund einen gelernten Chefkoch beschäftigte (Urk. 62 S. 2). So lässt dieser Umstand keinen Schluss auf die Qualifikationen des Gesuchsgegners zu, ist es doch nicht unüblich, dass zwischen dem Geschäftsführer und dem Chefkoch eines Restaurants keine Personalunion besteht. Nicht zu überzeugen vermag in diesem Zusammenhang im Weiteren die Behauptung des

Gesuchsgegners, seine Deutschkenntnis- se seien zum Teil derart lückenhaft, dass gewisse Sachverhalte von ihm erst nach mehrmaligen Erklärungen richtig verstanden würden (Urk. 62 S. 2). Die Deutsch- kenntnisse des Gesuchsgegners ermöglichten ihm immerhin, in den vergangenen zehn Jahren das Restaurant F._____ als Geschäftsführer zu betreiben. Es ist somit ohne Weiteres davon auszugehen, dass seine Sprachkenntnisse ausrei- chend sind, um in einem anderen Betrieb eine vergleichbare Funktion als Ge- schäftsführer respektive als Koch wahrzunehmen.

E. 2.5

Soweit auf die Berufung überhaupt eingetreten werden könnte, wäre sie da- her abzuweisen. Das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 16. August 2022 ist zu bestätigen. III.

E. 3

Kindesunterhalt Diesbezüglich ersuchen die Parteien um einen gerichtlichen Entscheid.

E. 4

Ehegattenunterhalt Beide Parteien verzichten auf persönliche Unterhaltsbeiträge.

E. 5

Es wird festgestellt, dass der Gesuchsgegner an den Unterhalt des Sohnes seit der Trennung der Parteien am 1. Juni 2021 bis zum Zeitpunkt der Haupt- verhandlung am 24. März 2021 den Betrag von insgesamt Fr. 5'200.– bezahlt hat.

E. 6

Der vorstehende Unterhaltsbeitrag für den Sohn ist indexgebunden und ba- siert auf dem Landesindex der Konsumentenpreise des Bundesamtes für Sta- tistik, Stand per Ende Juli 2022 (104,5 Punkte; Basis Dezember 2020 = 100 Punkte). Er wird jeweils jährlich auf den 1. Januar dem Indexstand vom vo- rangegangenen 30. November proportional angepasst. Eine Erhöhung der Unterhaltsbeiträge unterbleibt in dem Masse, als die unterhaltspflichtige Par- tei nachweist, dass sich ihr Einkommen nicht entsprechend der Teuerung er- höht hat. Demnach berechnen sich die Unterhaltsbeiträge wie folgt: alter Unterhaltsbeitrag x neuer Index Neuer Unterhaltsbeitrag = alter Index

E. 7

Bei der Festsetzung der Unterhaltsbeiträge wurde von folgenden finanziellen Verhältnissen der Parteien ausgegangen: a) Einkommen (netto x 12, ohne Familienzulagen) – Gesuchstellerin: Fr. 4'330.– – Gesuchsgegner: Fr. 5'400.– – Sohn: Fr. 200.– b) Vermögen – Gesuchstellerin: Fr. 0.– – Gesuchsgegner: Fr. 0.– – Sohn: Fr. 0.– c) Betreibungsrechtlicher Notbedarf – Gesuchstellerin: Fr. 3'139.–

- 5 - – Gesuchsgegner: Fr. 3'427.– – Sohn: Fr. 1'807.–

E. 8

Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf: Fr. 4'500.– ; die weiteren Auslagen betragen: Fr. 592.50 Dolmetscherkosten Fr. 5'092.50 Total Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

E. 9

Die Gerichtskosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.

E. 10

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

E. 11

(Mitteilungssatz)

E. 12

(Rechtsmittelbelehrung; Berufung, 10 Tage)

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