

ZH_OBERGERICHT LE220063 vom 1. Februar 2023

ZH Obergericht, 2023-02-01, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE220063

FR: ZH_OBERGERICHT LE220063 du 1 février 2023

IT: ZH_OBERGERICHT LE220063 del 1 febbraio 2023

Erwägungen

E. 1

Die Parteien sind verheiratet und haben zwei Töchter, C._____, geboren am tt.mm.2015, und D._____, geboren am tt.mm.2019. Mit Eingabe vom 17. Februar 2022 reichte die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchstellerin) ein Eheschutzbegehren bei der Vorinstanz ein. Für den weiteren Prozessverlauf ist auf den angefochtenen Entscheid zu verweisen (Urk. 90 S. 5 ff.). Am 9. November 2022 fällte die Vorinstanz das eingangs wiedergegebene Urteil (Urk. 87 S. 43 ff. = Urk. 90 S. 43 ff.).

E. 2

Der Gesuchsgegner und Berufungskläger (fortan Gesuchsgegner) erhob am 24. November 2022 Berufung und stellte die erwähnten Anträge (Urk. 89 S. 2 ff.). Mit Verfügung vom 5. Dezember 2022 wurde dem Gesuchsgegner Frist angesetzt, um den Kostenvorschuss zu leisten, und der Gesuchstellerin aufgegeben, eine Originalvollmacht nachzureichen (Urk. 93). Mit Eingabe vom 6. Dezember 2022 liess die Gesuchstellerin die Originalvollmacht einreichen und ersuchte um Anweisung eines Prozesskostenvorschusses, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 94). In Anwendung von Art. 101 Abs. 3 ZPO wurde dem Gesuchsgegner mit Verfügung vom 20. Dezember 2022 eine nicht erstreckbare Nachfrist angesetzt, um den Kostenvorschuss einzubezahlen. Dieser ging innert Nachfrist ein (Urk. 98 und 99).

E. 3

Umstritten sind im Wesentlichen die Unterhaltspflicht des Gesuchsgegners bzw. das Einkommen des Gesuchsgegners und dasjenige der Gesuchstellerin, die Indexierung der Unterhaltsbeiträge sowie die Kosten- und Entschädigungsfolgen. 4.1 Betreffend das Einkommen des Gesuchsgegners erwog die Vorinstanz, der Gesuchsgegner verdiene mit seiner Tätigkeit bei der Gemeinde E._____ Fr. 8'550.– pro Monat (exkl. Kinderzulagen, inkl. 13. Monatslohn). Zusätzlich zu seinem Einkommen bei der Gemeinde E._____ seien ihm die monatlichen Einnahmen in Höhe von Fr. 3'590.– aus der Vermietung der Liegenschaft in J._____ anzurechnen, wobei 7 % Umsatzsteuer bereits abgezogen seien und generell von einem Verhältnis des Euros zum Schweizerfranken von 1:1 ausgegangen werde. Einen höheren Betrag habe die Gesuchstellerin nicht glaubhaft machen können, habe sie doch selbst ausgeführt, dass im Jahr 2021 etwa € 47'000 an Mieteinkünften erzielt worden seien (Urk. 90 S. 26). 4.2 Der Gesuchsgegner macht geltend, die Vermietung der Ferienwohnung sei ursprünglich ins Auge gefasst worden, weil die Gesuchstellerin sich in einem Teilzeitpensum von ca. 20 - 30 % um dieses Geschäft habe kümmern wollen. Mit diesem Teilpensum wären die Betreuung der Internet-Plattformen, der Empfang und die Verabschiedung der Gäste, das Reinigen der Wohnungen, Waschen und Bügeln der Wäsche, Gartenunterhalt (inkl. Poolpflege) sowie die Schneeräumung erledigt worden. Da

die Gesuchsgegnerin diese Aufgaben nicht mehr wahrnehme, müsse nun der Gesuchsgegner diese übernehmen. Indem die Vorinstanz dem 60jährigen Gesuchsgegner neben dem Einkommen aus der Vollzeitstelle auch die Bruttoeinnahmen aus der Vermietung der Ferienwohnungen anrechne, mute sie ihm ein Arbeitspensum von mehr als 120 % zu, was notorisch unverhältnismässig sei. Dieses Vorgehen sei umso stossender, als die Ferienwohnungsvermietung bei gleichzeitiger Finanzierung der Wohnung in H. _____ ein Verlustgeschäft sei, das vom Gesuchsgegner getragen werde, was sich aus den Abschlüssen für die Jahre 2020 und 2021 ergebe. Richtig und angemessen sei, dem Gesuchsgegner entweder kein Einkommen aus der Vermietungstätigkeit oder aber eventualiter neben den Einnahmen aus der Vermietungstätigkeit nur ein Arbeitspensum von - 15 - höchstens 80 % anzurechnen, so dass sich das Nettoeinkommen nicht auf Fr. 12'140.-, sondern auf Fr. 8'550.- bzw. eventualiter auf Fr. 10'430.- belaufe (Urk. 89 S. 5 f.).

4.3 Gemäss Lehre und Praxis ist Einkommen aus einem bisherigen Nebenerwerb so lange weiterhin zu berücksichtigen, als die Ausübung der Nebenerwerbstätigkeit trotz neu eingetretenen Gegebenheiten noch als zumutbar erscheint (Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Aufl., 2010, Rz. 01.35 m.V.a. BGer 5P.469/2006 vom 4. Juli 2007, E. 3.2.1). Die Frage der Zumutbarkeit einer Nebenbeschäftigung über eine vollzeitliche Arbeitstätigkeit hinaus ist mithin eine solche des Ermessens (BGer 5A_722/2007 vom 7. April 2008, E. 6.2; 5A_901/2015 vom 13. Juli 2016, E. 3.4).

4.4 Laut angefochtenem Entscheid leben die Parteien seit dem 1. August 2021 getrennt. Der Gesuchsgegner behauptet nicht, dass er zufolge der Doppelbelastung (Vollzeitstelle/Vermietung Ferienwohnungen) sein Pensum bei der Gemeinde E. _____ reduziert hat. Er macht auch nicht geltend, dass die Bewältigung der Bewirtschaftung der Ferienwohnungen neben seinem Arbeitspensum nicht möglich gewesen wäre oder dass er aus gesundheitlichen Gründen nicht länger in der Lage sei, die Vermietung der Ferienwohnungen weiterzuführen. Für den Zeitraum bis zum vorliegenden Entscheid stellt sich die Frage, ob die Vermietungstätigkeit dem Gesuchsgegner zumutbar gewesen sei oder nicht, ohnehin nicht, da grundsätzlich vom tatsächlich erzielten Einkommen des Unterhaltspflichtigen auszugehen ist (BGE 137 III 118 E. 2.3) Der Gesuchsgegner geht von einem Aufwand von rund 20 % für die Vermietungstätigkeit aus. Diese Pauschale ist allerdings in keiner Weise stunden- oder be- tragsmässig substantiiert. Der Gesuchsgegner zeigt nicht auf, welchen konkreten Aufwand er für die Vermietung der Ferienwohnungen betreiben muss. Allein die Schlüsselübergaben lassen sich sehr wohl neben einer Vollzeitanzstellung erledigen, zumal der Gesuchsgegner in der betreffenden Liegenschaft wohnt und die Möglichkeit hat, im Homeoffice zu arbeiten (Prot. I S. 7, S. 43). Auch zum Aufwand für die Wohnungsreinigung (inklusive Wäsche), winters für die Schneeräumung und sommers für die Gartenpflege liegen keine detaillierten Angaben vor.

- 16 - Der Gesuchsgegner behauptet nicht, dass er für die besagten Arbeiten auf Drittpersonen zurückgreift und diese entsprechend entlönnen muss. Mit dem Hinweis in der Berufungsschrift, in den Jahren 2020 und 2021 habe ein Verlust resultiert, ohne sich substantiiert zu Aufwand und Ertrag zu äussern (Urk. 89 S. 6), kommt der Gesuchsgegner seiner Begründungspflicht nicht nach. Auch bei Geltung des Untersuchungsgrundsatzes sind die Parteien nicht davon befreit, bei der Feststellung des entscheiderelevanten Sachverhalts im Sinne einer prozessualen Obliegenheit aktiv mitzuwirken und die allenfalls zu erhebenden Beweise zu bezeichnen. Folglich tragen sie auch im Bereich der Untersuchungsmaxime die Verantwortung für die Sachverhaltsermittlung

(Sutter-Somm/Hostettler, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 272 N 11). Mit anderen Worten gilt auch im Bereich der Official- und Untersuchungsmaxime die Mitwirkungspflicht der Parteien (BGE 140 I 285 E. 6.3.1), aufgrund der spezifischen Begründungspflicht von Art. 310 und Art. 311 Abs. 1 ZPO insbesondere im Rechtsmittelverfahren (BGE 137 III 617 E. 4.2.2 und 4.5.1; BGer 5A_947/2021 vom 24. März 2022, E. 4). Schliesslich ist auf die Aussagen des Gesuchsgegners in der persönlichen Befragung anlässlich der Hauptverhandlung vom 17. Mai 2022 zu verweisen. Auf die Frage des Gerichts an den Gesuchsgegner, ob es realistisch sei, dass er weiterhin den Betrieb der Vermietungen der Ferienwohnungen aufrechterhalte, daneben arbeite und gleichzeitig die Kinder betreue, antwortete der Gesuchsgegner: "Ich arbeite ja von zu Hause aus. Ja, es ist realistisch. Ich habe auch Familie und Freunde, die mir helfen und mich unterstützen." (Prot. I S. 43). Selbst unter Mitberücksichtigung der Betreuung der beiden Töchter (er hatte vor Vorinstanz die Obhut über die Töchter unter Einräumung eines "gerichtsüblichen Besuchs- und Ferienrechts" beantragt) machte der Gesuchsgegner damit keinen Vorbehalt, dass er sein Arbeitspensum bei der Gemeinde E._____ aufgrund möglicher (Dreifach-)Belastung reduzieren müsste. Wie dem eingangs erwähnten Dispositiv entnommen werden kann, wurde die Obhut der Gesuchstellerin zugeteilt und der Gesuchsgegner betreut die zwei Töchter nun lediglich jedes zweite Wochenende. Angesichts dessen ist es dem Gesuchsgegner zumindest für die Dauer der Eheschutzmassnahmen zumutbar, die Vermietungstätigkeit neben seiner Vollzeitstelle auszuüben. Der

- 17 - Ermessensentscheid der Vorinstanz und das von ihr angerechnete monatliche Einkommen von Fr. 12'140.– netto sind daher zu bestätigen. 5.1 Zum Einkommen der Gesuchstellerin erwog die Vorinstanz unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum sog. Schulstufenmodell, dass der - zur Zeit nicht erwerbstätigen - Gesuchstellerin ab dem 1. November nach Eintritt von D._____ in die obligatorische Schulpflicht ein 50 %-Erwerbsspensum mit einem Einkommen von Fr. 1'900.– anzurechnen sei (Urk. 90 S. 33 f.). 5.2 Der Gesuchsgegner macht geltend, er habe anlässlich des Besuchswochenendes vom 19./20. November 2022 von der älteren Tochter erfahren, dass die Gesuchstellerin, nachdem C._____ zur Schule gegangen sei, D._____ jeweils zu einer Bekannten in der Nachbarschaft bringe und C._____ nach der Schule direkt zu dieser Nachbarin gehen müsse, wo beide Kinder dann am Abend von der Gesuchstellerin wieder abgeholt würden. Bei dieser neuen Ausgangslage, die einer umfassenden Fremdbetreuung entspreche, würden offensichtlich alle Betreuungsaufgaben seitens der Gesuchstellerin entfallen. Daher sei es der Gesuchstellerin zuzumuten, per sofort eine Vollzeitstelle anzunehmen und es sei ihr per sofort ein Nettoeinkommen von Fr. 3'800.– anzurechnen (Urk. 89 S. 6). 5.3 Die neue Behauptung des Gesuchsgegners beruht auf den Aussagen der siebenjährigen Tochter. Auf diese Äusserung kann nicht vorbehaltlos abgestellt werden, zumal Kinder durch die persönlichen Kontakte mit dem nicht obhutsberechtigten Elternteil in einen Loyalitätskonflikt geraten können, was bis zu einem gewissen Grad als dem Besuchsrecht inhärente Erscheinung hinzunehmen, bei der Bewertung kindlicher Äusserungen aber nicht auszublenden ist (vgl. BGE 131 III 209 E. 5). Aus eigener Wahrnehmung beziehen sich die Äusserungen der Tochter zudem nur auf einen sehr begrenzten Zeitabschnitt. Dazu kommt, dass der Gesuchsgegner selbst nicht vor Ort war und sich nicht aus eigener Anschauung und Beobachtungen oder Feststellungen zur sog. "umfassenden Fremdbetreuung" machen konnte. Er unterlässt es darzulegen, um wen es sich bei der Bekannten in der Nachbarschaft handelt, und bietet auch keine Beweismittel

an. Damit kommt er seiner Begründungspflicht nicht nach. Es bleibt also beim Einkommen gemäss Vorinstanz.

- 18 -

E. 6

Die Bedarfszahlen sind nicht angefochten (Urk. 89 S. 6). Da es nach dem Gesagten bei den von der Vorinstanz festgesetzten Einnahmen des Gesuchsgegners und der Gesuchstellerin bleibt, sind die vorinstanzlich verfügten Unterhaltsbeiträge, inklusive diejenigen für die Gesuchstellerin, zu bestätigen (Dispositiv-Ziffern 9 und 10). Dasselbe trifft für die Angaben gemäss Art. 301a ZPO zu (Dispositiv-Ziffer 11). Die Berufungsanträge Ziffern 1, 2, 3, 4 und 5 sind abzuweisen. 7.1 Die Vorinstanz hat die Unterhaltsbeiträge indexiert (Urk. 90 S. 46 Dispositiv-Ziffer 12). Sie erwog, angesichts der momentan unsicheren Lage betreffend Veränderung der Lebenshaltungskosten sei nicht von der Hand zu weisen, dass eine Indexierung nicht auch bereits über eine Dauer von rund zwei Jahren Auswirkungen auf die Höhe der Unterhaltsbeiträge hätte. Es rechtfertige sich daher, den Teuerungsausgleich bereits in diesem Verfahren vorzusehen (Urk. 90 S. 39 f.). 7.2 Der Gesuchsgegner macht geltend, eine solche Teuerung sei unzulässig. Aufgrund des vorläufigen Charakters von Eheschutzmassnahmen würden die dabei festgelegten Unterhaltsbeiträge grundsätzlich nicht indexiert (Urk. 89 S. 8 mit Verweis auf ZR 2002 Nr. 60). 7.3 Der Sachverhalt im genannten Entscheid ZR 2002 Nr. 60 unterscheidet sich insofern vom vorliegend zu beurteilenden, als damals (Beschluss vom 21. Februar 2001) die Teuerung sehr tief gewesen war, was unter anderem ein wesentliches Argument gegen die Indexierung war. Der Gesuchsgegner unterlässt es sodann, sich mit der entscheidungsrelevanten Erwägung, wonach angesichts der momentan unsicheren Lage betreffend Veränderung der Lebenshaltungskosten nicht von der Hand zu weisen sei, dass eine Indexierung nicht auch bereits über eine Dauer von rund zwei Jahren Auswirkungen auf die Höhe der Unterhaltsbeiträge hätte, auseinanderzusetzen und kommt der Rügepflicht nicht nach. Der Gesuchsgegner vermag den vorliegenden Entscheid somit nicht als rechtsfehlerhaft aufzuzeigen. Berufungsantrag Ziffer 6 ist abzuweisen. 8.1 Im Zusammenhang mit bereits erfolgten Zahlungen moniert der Gesuchsgegner, dass er neben den geleisteten Fr. 49'748.– weitere Zahlungen in Abzug

- 19 - bringen könne, sofern er diese hinreichend belege, was die Vorinstanz in den Erwägungen festgehalten habe. Leider habe dieser Satz keine Entsprechung im Dispositiv gefunden, weshalb Ziffer 13 neu zu formulieren sei (Urk. 89 S. 8). 8.2 Festzuhalten ist, dass der Gesuchsgegner im Berufungsverfahren keine weiteren Zahlungen belegt, welche ins Dispositiv aufzunehmen wären. Der bis anhin geleistete Betrag von Fr. 49'748.– blieb unwidersprochen. Die vom Gesuchsgegner beantragte Ergänzung "... sowie allfällige weitere geleistete und hinreichend belegte Zahlungen an den Bedarf der Gesuchstellerin und der Kinder in Abzug zu bringen" ist mangels Bestimmbarkeit nicht vollstreckbar. Bei einer rückwirkenden Verpflichtung zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen sind [nur] die tatsächlich bereits erbrachten Unterhaltsleistungen zu berücksichtigen bzw. anzurechnen (ZK-Bräm, Art. 163 ZGB N 150; BK-Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 173 ZGB N 23; ZR 107 Nr. 60). Das Eheschutzgericht darf den Unterhaltsschuldner nicht zur Zahlung einer zur Zeit der Festsetzung der Unterhaltsbeiträge bereits erfüllten Schuld verpflichten, da ein allfälliger Anspruch des Unterhaltsgläubigers im Umfang der bereits erfolgten Leistung untergegangen ist. Wird der Unterhaltsschuldner unter Vorbehalt von bereits beglichenen Unterhaltsleistungen zu rückwirkenden Unterhaltszahlungen verpflichtet, ohne dass aus

dem Eheschutzurteil hervor- geht, welche Unterhaltszahlungen bereits geleistet wurden, kann mangels einer klaren Zahlungsverpflichtung gestützt auf dieses Urteil in einem allfälligen Voll- streckungsverfahren keine definitive Rechtsöffnung erteilt werden. Das Vollstre- ckungsgericht hat davon auszugehen, dass die gerichtlich bezifferte Verpflichtung zur Zeit ihrer Festsetzung bestanden hat und dass dabei sämtliche Einwendun- gen gegen diese Verpflichtung berücksichtigt und bereinigt worden sind (ZR 107 Nr. 60, E. II.2.4; BGE 135 III 315 E. 2.5; BGE 138 III 583 E. 6.1.1). Wie erwähnt, sind keine weiteren, tatsächlich erfolgten Zahlungen belegt, welche von der rückwirkenden Verpflichtung zu Unterhaltsbeiträgen abzuziehen wären, weshalb es beim vorinstanzlich abgefassten Dispositiv bleibt. Der Berufungsan- trag Ziffer 7 ist deshalb abzuweisen. 9.1 Die Vorinstanz führte für die Verteilung der Verfahrenskosten die Bestim- mungen von Art. 106 Abs. 1 ZPO (Kostenaufgabe nach Unterliegerprinzip) und

- 20 - Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO (Kostenaufgabe nach Ermessen) an und schloss, dass mit Verweis auf die genannten Grundsätze die Kosten zu zwei Dritteln dem Ge- suchsgegner und zu einem Drittel der Gesuchstellerin aufzuerlegen seien (Urk. 90 S. 42). 9.2 Der Gesuchsgegner kritisiert, in familienrechtlichen Streitigkeiten sei die hälftige Teilung der Verfahrenskosten und das Wett schlagen der Parteikosten üb- lich. Zur Begründung der abweichenden Regelung verweise die Vorinstanz einzig auf Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO, wonach die Prozesskosten nach Ermessen verteilt werden könnten. Es sei nicht nachvollziehbar, inwiefern und aus welchen Grün- den die Vorinstanz ein Ermessen ausgeübt habe. Damit habe sie das rechtliche Gehör verletzt. Im Übrigen sei auch kein objektiver Grund ersichtlich, weshalb keine Hälfte Teilung der Verfahrenskosten und das Wett schlagen der Parteikosten vorgenommen worden sei (Urk. 89 S. 8 f.). 9.3 Die vorinstanzliche Begründung für die Kostenaufgabe ist zwar knapp, doch enthält sie die massgeblichen Bestimmungen. Die Vorinstanz hat nicht nur Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO, sondern auch den Verteilungsgrundsatz gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO angeführt. Selbst wenn eine Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz zu bejahen wäre, könnte dieser Mangel vor der Rechtsmittelin- stanz geheilt werden, da diese die gleiche Kognition in Tat- und Rechtsfragen hat wie die Vorinstanz (Sutter-Somm/Chevalier, in: Sutter-Somm et al., Art. 53 N 27 f.). Die Berufungsinstanz kann den angefochtenen Entscheid in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht frei überprüfen und fällt gestützt darauf einen neuen Entscheid (Art. 310 i.V. m. 318 ZPO). Der Mangel der Gehörsverletzung wäre somit geheilt. Grundsätzlich sind die Kosten der unterliegenden Partei aufzuerlegen, wobei von diesem Grundsatz namentlich in familienrechtlichen Verfahren abgewichen wer- den kann. Art. 107 ZPO räumt dem Gericht nicht nur Ermessen darüber ein, wie es die Kosten verteilen will, sondern zunächst und insbesondere auch bei der Frage, ob es überhaupt von den allgemeinen Verteilungsgrundsätzen nach Art. 106 ZPO abweichen will (BGE 145 III 153 E. 3.3.2; BGer 4A_626/2018 vom 17. April 2019 E. 6.1 je m.w.H.). Gemäss ständiger Rechtsprechung des Oberge-

- 21 - richtes sind die Kosten des Verfahrens mit Bezug auf Kinderbelange – unabhän- gig vom Ausgang – den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Prozessent- schädigungen wettzuschlagen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses gute Gründe zur Antragstellung hatten. In Bezug auf die Kin- derunterhaltsbeiträge richten sich die Kosten- und Entschädigungsfolgen jedoch nach Obsiegen und Unterliegen (ZR 111 Nr. 98 mit Verweis auf ZR 84 Nr. 41). Zudem kann das Gericht bei der Kostenverteilung der familienrechtlichen Verfah- ren u.a. auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit abstellen

(Jenny, in: Sutter- Somm et al., ZPO Komm., Art. 107 N 12; KUKO ZPO-Schmid/Jent-Sørensen, Art. 107 N 4b; Hausheer/Spycher, a.a.O., N 03.80). Für die Frage der Obhutsteilung und des Besuchsrechts ist daher eine hälftige Kostenverteilung angezeigt. Dasselbe trifft zu auf die nicht strittigen Punkte wie Getrenntleben, Wohnungsteilung, Mobiliar und Hausrat, Herausgabe persönlicher Gegenstände sowie die Anordnung der Gütertrennung. In Bezug auf den Unterhalt, welcher bedeutsamen Aufwand verursachte, beantragte der Gesuchsgegner die Abweisung der Begehren ("Soweit die Gesuchstellerin anderes oder mehr verlangt, seien ihre Begehren abzuweisen.") und gilt diesbezüglich als unterliegende Partei. Nach dem Ausgeführten ist die ermessensweise Festlegung der Prozesskosten im eingangs genannten Verhältnis vertretbar. Folglich bleibt es auch bei der Verpflichtung des Gesuchsgegners, eine auf einen Drittel reduzierte Parteienschädigung, deren Höhe unangefochten blieb, auszurichten. Die Berufungsanträge Ziffern 8 und 9 sind ebenfalls abzuweisen.

E. 10

Zusammenfassend erweisen sich die Rügen des Gesuchsgegners als unbegründet. Demgemäss ist die Berufung abzuweisen und das Urteil des Einzelrichters im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dietikon vom 9. November 2022 zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO). III.

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