

ZH_OBERGERICHT LY130027 vom 11. Juni 2014

ZH Obergericht, 2014-06-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY130027

FR: ZH_OBERGERICHT LY130027 du 11 juin 2014

IT: ZH_OBERGERICHT LY130027 del 11 giugno 2014

Erwägungen

E. 1

a) Die Parteien stehen vor Vorinstanz in einem langwierigen Scheidungs- verfahren. Dem Scheidungsverfahren ging ein Eheschutzverfahren voran. Mit Verfügung vom 20. Dezember 2007 (Geschäfts-Nr. EE070070, Vi Urk. 40/63) re- gelte die Einzelrichterin im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil das Getrenntleben. Soweit hier interessierend ordnete sie Folgendes an: Sie stellte die beiden aus der Ehe der Parteien hervorgegangenen Kinder C._____, geboren am tt.mm.2004, und D._____, geboren am tt.mm.2007, unter die Obhut der Ehe- frau (Dispositivziff. 2). Dem Ehemann wurde ein (zunächst) begleitetes Besuchs- recht zugesprochen, und es wurde ihm befohlen, seine Reisedokumente vor Aus- übung des Besuchsrechts während dessen Dauer der Ehefrau auszuhändigen (Dispositivziff. 3). Ihm wurde ferner unter Strafandrohung verboten, die Kinder zu- sammen oder eines von beiden allein mit sich ins Ausland zu nehmen (Dispositiv- ziff. 4). Für die beiden Kinder wurde eine Besuchsrechtsbeistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 2 ZGB errichtet (Dispositivziff. 5), und es wurden die Aufgaben des Beistands festgelegt (Dispositivziff. 6). Des Weiteren verpflichtete die Einzelrichte- rin den Ehemann, der Ehefrau für die Dauer des Getrenntlebens monatlich und im Voraus für September 2007 Fr. 2'047.–, nämlich Fr. 747.– für die Ehefrau und je Fr. 650.– zuzüglich Kinderzulagen für die beiden Kinder, ferner ab Oktober 2007 Fr. 2'137.–, nämlich Fr. 837.– für die Ehefrau sowie je Fr. 650.– plus Kinderzula- gen für die beiden Kinder zu bezahlen (Dispositivziff. 8). b) Mit Beschluss vom 22. April 2009 (Geschäfts-Nr. LP080002, Vi Urk. 40/73) wies das Obergericht den vom Ehemann erhobenen Rekurs ab, so- weit darauf einzutreten war, hob die Dispositivziffern 3 und 4 der erstinstanzlichen Verfügung in teilweiser Gutheissung des Anschlussrekurses der Ehefrau auf und fasste diese Ziffern neu. Danach wurde der Ehemann neu berechtigt, die beiden Kinder für die Dauer von einem Jahr jeweils am ersten und dritten Sonntag eines jeden Monats für die Dauer von vier Stunden – aufbauend, je nach Verlauf – auf

- 3 - eigene Kosten im Besuchstreff E._____ zu besuchen (begleitetes Besuchsrecht); nach der einjährigen Übergangsfrist wurde der Ehemann berechtigt, die Kinder jeweils jeden ersten und dritten Sonntag pro Monat sowie an gewissen Feiertagen auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Dem Ehemann wurde aufgetragen, seine schweizerischen und tschechischen Reisedokumente vor Ausübung des (unbegleiteten) Besuchsrechts während dessen Dauer der Ehefrau auszuhändigen. Dem Ehemann wurde unter Hinweis auf die Strafen nach Art. 292 StGB für den Widerhandlungsfall mit sofortiger Wirkung verboten, die Kinder gegen den Willen der Ehefrau zusammen oder einzeln mit sich ins Aus- land zu nehmen. Das Kassationsgericht wies mit Zirkulationsbeschluss vom 13. November 2009 (Geschäfts-Nr. AA090082, Vi Urk. 40/76) die vom Ehemann dagegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde ab, soweit darauf eingetreten

werden konnte. Auch der anschliessenden Beschwerde des Ehemanns ans Bundesgericht war kein Erfolg beschieden (Geschäfts-Nr. 5A_876/2009 vom 16. Februar 2010, Vi Urk. 40/77). c) Ein von der Ehefrau angestregtes Verfahren betreffend Abänderung der Eheschutzmassnahmen wurde mit Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 16. November 2009 (Geschäfts-Nr. EE090037, Vi Urk. 59/26) in einem hier nicht interessierenden Punkt als durch Vergleich erledigt und im Übrigen als gegenstandslos geworden abgeschrieben.

E. 2

Der Antrag auf Einholung eines weiteren Gutachtens betreffend die Kinderbelange wird abgewiesen.

E. 3

Das Begehren um Abänderung der in Ziffer 8 der eheschutzrichterlichen Verfügung des Bezirksgerichts Hinwil vom 20. Dezember 2007 festgesetzten Unterhaltsbeiträge wird abgewiesen.

E. 4

Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird im Endentscheid befunden.

E. 5

... (Mitteilungssatz)

E. 6

Der zweite Hauptpunkt der Berufung betrifft die Unterhaltsbeiträge. Der Beklagte verlangt die Aufhebung seiner im Eheschutzverfahren festgesetzten Unterhaltsverpflichtung gegenüber der Klägerin und den Kindern. Die Voraussetzungen für eine Abänderung hat die Vorinstanz korrekt wiedergegeben. Es kann darauf verwiesen werden (Urk. 2 E. IV/2). Die Vorinstanz rechnete dem Beklagten dasselbe Einkommen an, wie im Eheschutzentscheid. Sie nahm jedoch an, dass sich das Einkommen der Klägerin erhöht habe, und sah darin einen Abände-

- 11 - rungsgrund. Nachdem die Vorinstanz den Bedarf der Parteien neu berechnet hatte, kam sie zum Schluss, dass sich eine Abänderung nicht rechtfertige. Der Beklagte moniert, ihm sei ein zu hohes Einkommen und ein zu geringer Bedarf angerechnet worden. Darauf ist nachfolgend einzugehen. Es gilt dabei auch zu prüfen, ob überhaupt ein Abänderungsgrund vorliegt.

E. 7

a) Im Zeitpunkt des Eheschutzentscheids bezog der Beklagte Taggelder der Arbeitslosenkasse in der Höhe von Fr. 5'170.– pro Monat. Zudem gab er an, er vertrete zwei bis dreimal pro Jahr Parteien vor Gericht und erziele daraus ein durchschnittliches Einkommen von Fr. 310.– pro Monat. Aus dem Betrieb des J._____ Bräunungsstudios in N._____, dessen Inhaber er sei, resultiere ein Verlust. Entsprechend wurde dem Beklagten ein monatliches Einkommen von Fr. 5'480.– angerechnet. Weiter ging die Eheschutzrichterin davon aus, dass dem Beklagten wohl bald eine Invalidenrente ausgerichtet würde (Vi Urk. 40/63 E. III/6.3.1). Heute ist der Beklagte ausgesteuert. Eine Invalidenrente erhält er nicht. Nach wie vor fungiert er als Inhaber und Betreiber des J._____ Bräunungsstudios. Im Handelsregister ist er als Gesellschafter und Vorsitzender der Geschäftsführung der K._____ GmbH eingetragen. Gemäss Angaben der Klägerin

betreibt er auf der Internetauktionsplattform Ricardo einen regen Handel. Er ist zudem Eigentümer einer Wohnung in Südfrankreich. b) Die Vorinstanz rechnete dem Beklagten weiterhin ein Einkommen von Fr. 5'480.– an. Sie erwog, dass der Beklagte mit seinen Ausführungen nicht einmal ansatzweise erklärt habe, weshalb er heute weniger verdienen solle. Trotz Editionsverfügung vom 25. April 2012 habe er sich standhaft geweigert, die verlangten und zumindest teilweise unbestrittenermassen vorhandenen Urkunden einzureichen. Es sei deshalb naheliegend, dass er Einkommen erziele und dieses verschweige. Selbst wenn der Beklagte heute ein Einkommen von weniger als Fr. 5'480.– erzielen würde, was wie dargelegt nicht glaubhaft sei, wäre im Übrigen – so die Vorinstanz weiter – trotzdem von einem Einkommen in dieser Höhe auszugehen. Die eingereichten Stellensuchbemühungen würden die Zeit vom Juni 2007 bis Juli 2009 betreffen. Seither habe der Beklagte während vier Jahren keine einzige Bewerbung gemacht, wie er selber ausgeführt habe. Damit habe er

- 12 - sein Einkommen freiwillig bzw. verschuldetermassen reduziert, womit kein Abänderungsgrund angenommen werden könne (Urk. 2 E. IV/3.3). c) Nachdem der Beklagte bis anhin stets erklärt hatte, mit seinem Bräunungsstudio nur Verluste einzufahren bzw. gerade soviel Einkommen zu erwirtschaften, um die Unkosten decken zu können (vgl. VI Urk. 180 S. 6), rechnet er im Berufungsverfahren erstmals vor, dass er mit dem Solarium ein monatliches Einkommen von Fr. 2'170.– erziele. Der Schluss der Vorinstanz, dass er freiwillig und verschuldetermassen sein Einkommen reduziert habe, sei willkürlich. Er arbeite, dies im Solarium. Ihm könne nicht vorgeworfen werden, dass er keiner Arbeit nachgehe (Urk. 1 S. 11 f.). Zudem reichte der Beklagte vor Obergericht neue Belege ein, aus denen hervorgeht, dass er für die Steuerperioden 2009 und 2010 nach pflichtgemäßem Ermessen im Sinne von § 139 Abs. 2 StG bzw. Art. 130 Abs. 2 DBG veranlagt wurde, da er es unterlassen hatte, eine Steuererklärung einzureichen (Urk. 3/3). Vor Vorinstanz hatte er noch angegeben, er habe Steuererklärungen eingereicht, davon aber keine Kopien erstellt (Prot. I S. 67). d) Damit legt der Beklagte seine Einkommensverhältnisse weiterhin nicht offen. Es hilft ihm nicht, dass er seinen steuerrechtlichen Verfahrenspflichten offenbar nicht nachkam und daher gar keine Steuererklärungen vorliegen. Die Behauptung, dass er mit seinem Solarium lediglich ein monatliches Einkommen von Fr. 2'170.– erwirtschaftete, beruht lediglich auf Annahmen des Beklagten und wird durch nichts belegt. Vor Vorinstanz erwähnte dieser mehrmals, dass bezüglich seines Bräunungsstudios (immerhin) eine "Milchbüchleinrechnung" bestehe (Prot. I S. 67 und 87). Eine solche reichte er aber nie zu den Akten. Dieses Prozessverhalten durfte die Vorinstanz zu Ungunsten des Beklagten würdigen (§ 148 ZPO/ZH). Es bleibt dabei, dass nicht glaubhaft gemacht wurde, dass der Beklagte heute weniger verdient als im Zeitpunkt des Eheschutzentscheides. e) Vorgeworfen werden kann dem Beklagten zudem, dass er seine Arbeitskraft nicht genügend ausnützt. Gerade im Verhältnis zu unmündigen Kindern und bei wirtschaftlich engen Verhältnissen sind besonders hohe Anforderungen an die Ausnützung der Erwerbskraft zu stellen (BGE 137 III 121 E. 3.1). Früher war der Beklagte im Rechtsdienst der L. _____ AG tätig und verdiente gemäss eigenen

- 13 - Angaben bis Ende Februar 2007 einen Jahreslohn von Fr. 120'000.– (Urk. 40 Prot. EE070070 S. 7). Dass er sich trotz Unterhaltsverpflichtung gegenüber Frau und Kindern nach seiner Aussteuerung mit den geringen Einkünften aus dem Betrieb seines Bräunungsstudios zufrieden gab, stellt eine freiwillige und einseitige Entscheidung des Beklagten dar. Eine solche Verschlechterung ist unbeachtlich; der Beklagte hat die Folgen

seines einseitig getroffenen Entscheides selber zu tragen und soll diese nicht auf Frau und Kinder abwälzen können (vgl. BGer 5C.163/2001 vom 18. Oktober 2001 E. 2.c). Es hilft dem Beklagten auch nicht, dass der Gutachter Dr. H._____ ihm eine paranoide Persönlichkeitsstörung, die die Erziehungsfähigkeit generell einschränke, attestierte. Seine Erwerbssaussichten müssen dadurch nicht zwingend beeinträchtigt sein. Im Übrigen legte der Beklagte nicht dar, inwiefern diesbezüglich eine Verhältnisänderung vorliegen sollte.

E. 8

a) Die Klägerin erzielte im Zeitpunkt des Eheschutzentscheids mit ihrem 40%-Pensum bei der Post ein monatliches Erwerbseinkommen von Fr. 2'950.–. Der Sohn der Parteien war damals noch nicht einmal ein Jahr alt. Ein höheres berufliches Engagement sei der Klägerin nicht zuzumuten, hielt die Eheschutzrichterin fest (Vi Urk. 40/63 E. III/6.3.2). Die Stelle der Klägerin wurde in der Folge aufgehoben. Sie fand eine neue Anstellung bei der M._____ [Bank] (Vi Urk. 155 S. 17). Dort erzielt sie mit einer 40%-Tätigkeit ein monatliches Erwerbseinkommen von Fr. 3'083.–. Diese geringe Erhöhung des Erwerbseinkommens stellt für sich alleine keine wesentliche Verhältnisänderung dar. b) Weiter verfügte die Klägerin per Ende 2005 über ein bewegliches Vermögen von rund Fr. 570'000.– (Vi Urk. 40/12/11, 40/16/12 und 40/16/14). Im Eheschutzentscheid wurden ihr daher Fr. 480.– pro Monat als Vermögensertrag angerechnet (Vi Urk. 40/63 E. III/6.3.2). In der Steuererklärung 2011 wies die Klägerin noch Wertschriften und Guthaben in der Höhe von rund Fr. 360'000.– aus. Der Ertrag belief sich auf Fr. 577.– pro Monat. In den beiden Vorjahren war der Ertrag noch etwas höher. Die Vorinstanz errechnete einen Durchschnittswert von Fr. 734.– (Urk. 2 E. IV/4.1). Vermögenserträge sind naturgemäss starken Schwankungen unterworfen, namentlich wenn das Vermögen – wie vorliegend – teilweise in Aktien angelegt wird. Zuletzt waren die Erträge wieder rückläufig. Hin-

- 14 - zu kommt, dass die Vermögenssubstanz merklich abgenommen hat. Die Veränderung kann daher nicht als nachhaltig bezeichnet werden. Anders, als die Vorinstanz angenommen hat, fehlt es bezüglich des Einkommens der Klägerin somit an einem nachhaltigen Abänderungsgrund.

E. 9

a) In Bezug auf die Bedarfsberechnung ist Folgendes festzuhalten: Die Vorinstanz nahm für die Klägerin und die Kinder einen gegenüber dem Eheschutzentscheid um Fr. 760.– reduzierten Bedarf an. Sie erklärte dies damit, dass im Eheschutzentscheid Kinderbetreuungskosten von Fr. 800.– angenommen worden seien, diese jedoch nicht angefallen seien, weil die Eltern der Klägerin die Kinder kostenlos betreuten (Urk. 2 E. IV/6.2). Beim Beklagten reduzierte die Vorinstanz die Wohnkosten um Fr. 300.–, da dieser seit der Trennung der Parteien keine Wohnung gemietet habe, sondern nach eigenen Angaben kostenlos bei seinen Eltern in F._____, in deren Ferienwohnung in ... sowie bei seinen Cousins und Cousinen wohne. Den Betrag von Fr. 50.– für die Hausrat- und Haftpflichtversicherung strich die Vorinstanz, weil der Beklagte keine solche habe und es letztlich in seinem Belieben stehe, eine solche Versicherung abzuschliessen oder nicht. Den Betrag für Krankenversicherungsprämien reduzierte die Vorinstanz um Fr. 220.–. Der Beklagte gab wiederholt zu Protokoll, er habe keine Krankenversicherung; ihm fehle das Geld dazu (Prot. I S. 31 und 72). Die Vorinstanz setzte ihm daher nur einen minimalen Betrag von Fr. 70.– im Bedarf ein (Urk. 2 E. IV/5.1.1-3). Insgesamt bezifferte die Vorinstanz den Notbedarf des Beklagten auf noch Fr. 2'740.– gegenüber Fr. 3'310.– im

Eheschutzverfahren. b) Derjenige Ehegatte, der sich bezüglich seines Komforts freiwillig einschränkt, hat grundsätzlich Anspruch darauf, den dadurch eingesparten Betrag anderweitig zu verwenden (vgl. ZR 87 Nr. 114). Die Vorinstanz war sich dieser Problematik bewusst, hat eine gewisse Kürzung im Bedarf des Beklagten aber dennoch vorgenommen, da dem Beklagten nie Wohnkosten im zugebilligten Betrag erwachsen sind und der zugebilligte Betrag in einem gewissen Missverhältnis zu den Wohnkosten der Klägerin und der Kinder steht (Urk. 2 E. IV/5.1.1). Dagegen wehrt sich der Beklagte. Er übersieht allerdings, dass der Bedarf der Klägerin ebenfalls erheblich gekürzt wurde, weil diese freiwillig Kosten spart und auf die

- 15 - zugebilligte externe Kinderbetreuung im Umfang von Fr. 800.– verzichtet. Die Einsparungen sind entweder auf beiden Seiten nicht zu berücksichtigen oder sie heben sich betraglich gegenseitig in etwa auf. Auch damit lässt sich eine Abänderung nicht begründen.

E. 10

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass kein Grund für eine Abänderung der im Eheschutzverfahren festgesetzten Unterhaltsbeiträge besteht. Das Begehren des Beklagten wurde zu Recht abgewiesen. Die Berufung erweist sich insgesamt als unbegründet. III. 1. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit §§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 1 und 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 3'000.– festzusetzen und ausgangsgemäss dem Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Mangels relevanten Aufwandes ist der Klägerin für das Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen. 2. a) Der Beklagte ersucht um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsbeistandung für das Berufungsverfahren. Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Wer diese Bedingungen erfüllt, hat ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand, soweit dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Nach der Rechtsprechung zu Art. 29 Abs. 3 BV, welche auch unter der ZPO ihre Gültigkeit behält (BGer 4A_459/2011 vom 5. Oktober 2011 E. 1.2 mit Hinweis), gilt eine Person als bedürftig, wenn sie die Kosten eines Prozesses nicht aufzubringen vermag, ohne jene Mittel anzugreifen, die für die Deckung des eigenen notwendigen Lebensunterhalts und desjenigen ihrer Familie erforderlich sind. Die Bedürftigkeit beurteilt sich nach der gesamten wirtschaftlichen Situation der gesuchstellenden Person im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs. Dazu gehören einerseits sämtliche finanziellen Verpflichtungen, andererseits die Einkommens- und Vermögensverhältnisse (BGE 135 I 223 E. 5.1 mit Hinweisen). Ei-

- 16 - nem Grundeigentümer sind alle Möglichkeiten der Mittelbeschaffung durch Veräusserung von selbstgenutztem Wohneigentum, durch Vermietung oder durch Aufnahme eines zusätzlichen Hypothekendarlehens zumutbar, und sie gehen dem Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege vor (Bühler, Die Prozessarmut, in: Schöbi, Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung, Bern 2001, S. 149; vgl. auch BGE 119 Ia 12 E. 5; BGer 5P.329/2000 vom 1. Dezember 2000 E. 3). Erst wenn der Nachweis erbracht wird, dass eine weitere Belehnung nicht möglich ist, gilt die Mittellosigkeit als erstellt. Massgebend ist dabei nach ständiger Rechtsprechung der Kammer die Überlegung, dass Parteien, welche ihr Vermögen in Immobilien angelegt haben, in Bezug auf die Beurteilung der Bedürftigkeit nicht besser gestellt werden sollen als solche, die ihr Vermögen auf ein Sparbuch oder in Wertschriften angelegt haben. Von ihnen

wird ohne weiteres erwartet, dass sie zwecks Finanzierung des Prozesses das Geld sofort abheben oder die Wertschriften veräussern (vgl. statt vieler OGer ZH LE120055 vom 24. Januar 2013 E. IV/4a). b) Der Beklagte ist Eigentümer einer 2.5-Zimmerwohnung mit Küche, Bad und grosser Balkon-Veranda in ..., Frankreich, an der Côte d'Azur. Er führt dazu aus, dass seine Eltern ihm die Wohnung im Rahmen der Initiative für die Nachlassbesteuerung überschrieben hätten. Die Nutzung erfolge weiterhin durch seine Eltern. Vermietet werden könne die Wohnung nicht; sie sei zu klein (Urk. 8 S. 3). Im Internet schreibt der Beklagte die Wohnung allerdings zu einem Mietpreis von Fr. 120.– pro Tag in der Hauptsaison aus (Vi Urk. 183/1b). Weiter wird behauptet, eine Hypothek könne nicht aufgenommen werden (Urk. 8 S. 3). Weshalb dem so sein soll, erklärt der Beklagte nicht; er äussert sich weder zum Wert des Grundstücks, noch zu einer allfällig bereits bestehenden Hypothekarbelastung. Damit ist nicht glaubhaft, dass keine Hypothek aufgenommen werden kann. Dem Beklagten wäre im Übrigen auch ein Verkauf der Ferienwohnung zuzumuten. Da er damit nicht sämtliche eigenen Mittel zur Finanzierung des Verfahrens erschöpft hat, ist die Mittellosigkeit des Beklagten zu verneinen. Sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung für das Berufungsverfahren ist demzufolge abzuweisen.

- 17 - Es wird beschlossen:

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