

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE130080-O/U

Mitwirkend: die Oberrichterinnen Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Dr. M. Schaffitz und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie
Gerichtsschreiber lic. iur. F. Rieke

Urteil vom 27. Januar 2014

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz (Unterhaltsbeiträge)**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Affoltern vom 21. August 2013 (EE120035-A)**

Urteil des Bezirksgerichts Affoltern vom 21. August 2013:

1. Den Parteien wird das Getrenntleben auf unbestimmte Zeit bewilligt.
2. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Parteien seit dem 1. Oktober 2010 getrennt leben.
3. Die noch minderjährige gemeinsame Tochter der Parteien, C._____, geboren am tt.mm.2008, wird für die Dauer des Getrenntlebens unter die elterliche Sorge der Gesuchstellerin gestellt.
4. Der Gesuchsgegner ist berechtigt, die gemeinsame Tochter C._____ wöchentlich jeweils am Sonntag zwischen 16.00 Uhr und 18.00 Uhr telefonisch oder elektronisch (z.B. per Skype) zu kontaktieren. Die Gesuchstellerin ist verpflichtet, die elektronische Kommunikation zu ermöglichen und sich während der Gespräche in einem anderen Raum aufzuhalten.
5. Es wird davon Vormerk genommen, dass der Gesuchsgegner aufgrund seines ausländischen Wohnsitzes momentan nicht in der Lage ist, ein regelmässiges Besuchsrecht wahrzunehmen.
Dem Gesuchsgegner wird einstweilen kein Besuchsrecht eingeräumt.
6. Es wird festgehalten, dass der Gesuchsgegner aufgrund seiner momentanen finanziellen Lage, nicht dazu in der Lage ist, der Gesuchstellerin monatliche Unterhaltsbeiträge für sich und für die gemeinsame Tochter C._____ zu bezahlen.
7. Die Entscheidegebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'000.00 ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 243.75 Dolmetscherkosten
Fr. 3'243.75 Total
Weitere Kosten bleiben vorbehalten.
8. Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch infolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege an beide Parteien einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung im Sinne von Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
9. [Schriftliche Mitteilung]
10. [Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 10 Tage, ohne Stillstand]

Berufungsantrag der Gesuchstellerin:

"Das angefochtene Urteil sei hinsichtlich Ziffer 6 aufzuheben, und der Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, der Berufungsklägerin für die gemeinsame Tochter C._____ Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 1'000.-- zu bezahlen, zahlbar monatlich zum Voraus auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals zwei Monate nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils,

unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

1. a) Die Parteien haben im Jahre 2003 in der Schweiz geheiratet und lebten seit dem Jahre 2004 in Spanien, wo auch ihre gemeinsame Tochter, geboren tt.mm.2008, zur Welt gekommen ist. Im September 2010 haben sich die Parteien getrennt und am 21. Juni 2012 ist die Gesuchstellerin mit der Tochter in die Schweiz gezogen (Urk. 1 S. 2, Urk. 75 S. 2 f.). Am 27. September 2012 stellte die Gesuchstellerin beim Bezirksgericht Affoltern (Vorinstanz) ein Eheschutzbegehren (Urk. 1). Für die weitere Prozessgeschichte kann auf die Erwägungen der Vorinstanz (Urk. 76 S. 4 f.) verwiesen werden. Am 21. August 2013 fällte die Vorinstanz das eingangs wiedergegebene Urteil (Urk. 64; auf Begehren der Gesuchstellerin nachträglich begründet: Urk. 69 = Urk. 76).

b) Hiergegen hat die Gesuchstellerin am 30. Dezember 2013 fristgerecht (vgl. Urk. 71) Berufung mit dem vorstehend wiedergegebenen Berufungsantrag erhoben (Urk. 75).

c) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Da sich die Berufung sogleich als unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 322 Abs. 1 ZPO).

2. a) Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Es ist darzulegen, weshalb der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten unrichtig sein soll; die Berufung hat sich demgemäss mit den Entscheidungsgründen der Vorinstanz im Einzelnen auseinanderzusetzen. Die Berufungsinstanz hat sodann die geltend gemachten Punkte zu prüfen; sie hat nicht von sich aus den erstinstanzlichen Entscheid auf Mängel zu untersuchen, wenn diese nicht gerügt werden, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt oder das Recht geradezu willkürlich angewandt worden und diese Fehlerhaftigkeiten träten klar zutage (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger

[Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2.A. 2013, N 36 zu Art. 311 ZPO).

b) Neue Vorbringen sind im Berufungsverfahren lediglich im Rahmen echter Noven zulässig. Dies sind neue Tatsachenvorbringen und Beweismittel, welche kumulativ ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Dies gilt auch für Verfahren, welche erstinstanzlich der Untersuchungsmaxime unterstehen, denn eine analoge Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO im Berufungsverfahren ist abzulehnen, da die im Gesetz eigens vorgesehene spezielle Regelung von Art. 317 ZPO vorgeht (BGE 138 III 626 f. E. 2.2; ZR 110/2011 Nr. 96; ZR 111/2012 Nr. 35).

3. a) Im Berufungsverfahren einzig umstritten ist das Einkommen des Gesuchsgegners. Dieser machte geltend, er lebe in Spanien, sei arbeitslos und erhalte Sozialhilfe noch bis Ende 2013; er sei damit finanziell nicht leistungsfähig und könne keine Unterhaltsbeiträge bezahlen (Urk. 62 S. 5 f.; Vi-Prot. S. 14 f.). Die Gesuchstellerin machte geltend, dem Gesuchsgegner sei zumutbar, in die Schweiz zu ziehen, wo er ein Einkommen von Fr. 4'000.-- bis Fr. 4'500.-- pro Monat erzielen und damit für die Tochter Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'000.-- bezahlen könne (Vi-Prot. S. 11, S. 13 f.).

b) Die Vorinstanz erwog dazu im Wesentlichen, in Anbetracht der schwierigen wirtschaftlichen Situation in Spanien, des Alters und der Berufserfahrung des Gesuchsgegners erscheine es nicht realistisch, dass dieser in Spanien ein Einkommen erzielen könne, welches ihm die Zahlung von Unterhaltsbeiträgen ermöglichen würde. In Anbetracht dessen, dass die Parteien zusammen nach Spanien gezogen seien und gemeinsam Spanien als ihren Lebensmittelpunkt gewählt hätten, sowie vor dem Hintergrund, dass die Gesuchstellerin Mitte 2012 alleine mit der Tochter in die Schweiz zurückgekehrt sei, erscheine es auch nicht zumutbar, den Gesuchsgegner zu verpflichten, in die Schweiz zu ziehen. Auch ein Besuch des Gesuchsgegners in der Schweiz im Herbst 2012 ändere an der Unzumutbarkeit nichts. Damit erscheine es nicht zumutbar und auch nicht möglich, dass der Gesuchsgegner bei gutem Willen eine Einkommenssteigerung er-

zielen könne. Der Gesuchsgegner erhalte in Spanien von der Sozialhilfe monatlich EUR 426.--. Mangels Leistungsfähigkeit könne er daher nicht zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen verpflichtet werden (Urk. 76 S. 10 f.).

c) Die Gesuchstellerin macht in ihrer Berufung geltend, der Gesuchsgegner habe nicht bestritten, dass es ihm grundsätzlich möglich wäre, in der Schweiz eine Anstellung zu finden; er habe bloss die Zumutbarkeit bestritten. Er habe sein Leben etwa zur Hälfte in Spanien und zur Hälfte in der Schweiz verbracht. Heute erscheine er wenig verwurzelt in Spanien; er habe dort weder Familie noch Arbeit, und das während der Ehe erworbene Haus werde er wohl demnächst verlieren, weil er die Hypothekarzinsen nicht bezahlen könne. In Spanien halte ihn daher nichts. Er habe den Plan der Gesuchstellerin, mit der Tochter im Juni 2012 in die Schweiz zu ziehen, gutgeheissen, und dies auch für sich selber erwogen, da er hier bessere Erwerbsmöglichkeiten gesehen habe. Eine Rückkehr in die Schweiz sei von ihm nicht nur in Erwägung gezogen, sondern teilweise auch umgesetzt worden, indem er im Juli 2012 ebenfalls in die Schweiz gereist sei und sich bei den spanischen Behörden per 10. September 2012 nach D. _____ ZH abgemeldet (dort allerdings nie angemeldet) habe. Dem Vernehmen nach habe er im Herbst 2012 am Zürcher Flughafen eine Stelle angetreten, eventuell auf Vermittlung seines Sohnes aus erster Ehe. Weshalb er sich in der Folge zu einer Rückkehr nach Spanien entschlossen habe, sei nicht bekannt. Vorliegend betreue die Gesuchstellerin das Kind und erziele dazu noch als Putzfrau ein, wenn auch minimales, Einkommen; sie leiste damit einiges mehr als ein 100%-Pensum. Entsprechend sei auch vom Gesuchsgegner ein angemessener Einsatz zu verlangen. Eine Rückkehr in die Schweiz erscheine damit zumutbar, zumal er in Spanien nicht einmal für sich selber aufkommen könne (Urk. 75 S.3 ff.).

d) Dass der Gesuchsgegner angeblich keine Familienangehörigen in Spanien, bessere Erwerbsmöglichkeiten in der Schweiz gesehen und sich bei den spanischen Behörden nach der Schweiz abgemeldet habe, sind Behauptungen, welche die Gesuchstellerin im vorinstanzlichen Verfahren nicht erhoben hatte (Urk. 1, Vi-Prot. S. 10 f., S. 13 f.). Da die Gesuchstellerin auch nicht darlegt, dass und wieso sie diese nicht schon im vorinstanzlichen Verfahren vortragen konnte,

bzw. dass diese von der Vorinstanz in Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes gemäss Art. 296 ZPO von Amtes wegen hätten ermittelt werden müssen, sind sie für das Berufungsverfahren unbeachtlich, ohne dass deren Relevanz geprüft werden müsste. Ebenso unbeachtlich ist das Vorbringen, dass der Gesuchsgegner das Haus in Spanien wohl demnächst verlieren werde; dies ist eine blosser Vermutung. Dass er dem Vernehmen nach im Herbst 2012 eine Arbeitsstelle am Zürcher Flughafen innegehabt habe, eventuell aufgrund der Vermittlung seines Sohnes, ist bestritten, aber nicht weiter von Bedeutung, da die Gesuchstellerin selber davon ausgeht, dass der Gesuchsgegner diese nur kurz versehen hat und nach Spanien zurückgekehrt ist.

e) Im Eheschutzverfahren ist grundsätzlich von den Verhältnissen auszugehen, welche die Parteien gemeinsam gewählt haben. Wie dies schon die Vorinstanz dargelegt hat (und was nicht beanstandet wurde), sind die Parteien im Jahr 2005, mithin im Jahr nach der Heirat, nach Spanien übersiedelt, haben dort ein Haus erworben und ist dort dann auch die gemeinsame Tochter zur Welt gekommen; die Parteien haben damit *gemeinsam* Spanien als Lebensmittelpunkt gewählt und dort die meiste Zeit ihrer Ehe verbracht. Insofern unterscheidet sich der vorliegende Fall auch vom Entscheid, auf den sich die Gesuchstellerin beruft (Urk. 75 S. 5 mit Hinweis auf FamPra 2007, S. 191 ff.), in welchem Fall sich der unterhaltspflichtige Vater *eigenmächtig und überraschend* nach der Einleitung eines Scheidungsverfahrens nach Griechenland absetzte. Die Gesuchstellerin ist sodann allein (bzw. mit der gemeinsamen Tochter) in die Schweiz gezogen; dies war ihre Entscheidung. Ob der Gesuchsgegner dazu schliesslich sein Einverständnis gegeben hat und ob der Gesuchsgegner daran anschliessend sich für kurze Zeit ebenfalls in der Schweiz aufgehalten und eventuell etwas gearbeitet hat, ist insofern irrelevant, als nicht behauptet – geschweige denn glaubhaft gemacht – wurde, dass er seinen Lebensmittelpunkt in die Schweiz verlegt hätte bzw. habe verlegen wollen. Angesichts dessen, dass die Parteien, wie erwähnt, gemeinsam ihren Lebensmittelpunkt in Spanien gewählt hatten, kann die Gesuchstellerin nun nicht verlangen, dass der Gesuchsgegner ihr aufgrund ihres Entschides in die Schweiz zu folgen hätte. Nachdem die Gesuchstellerin im vorinstanzlichen Verfahren (erfolgreich) geltend gemacht hatte, aufgrund des Wohn-

sitzes des Gesuchsgegners in Spanien sei eine gemeinsame elterliche Sorge nicht möglich und diese sei schon im Eheschutzverfahren ihr zuzuteilen (Vi-Prot. S. 10), erscheint es auch widersprüchlich, dann gleichwohl zur Erlangung von Unterhaltsbeiträgen einen Wohnsitz des Gesuchsgegners in der Schweiz zu fordern. Dass der Gesuchsgegner aktuell, mit Wohnsitz in Spanien, mangels Leistungsfähigkeit keine Unterhaltsbeiträge bezahlen kann, hat die Gesuchstellerin anerkannt (Urk. 75 S. 4).

f) Nach dem Gesagten erweist sich der angefochtene Entscheid, den Gesuchsgegner mangels Leistungsfähigkeit nicht zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen zu verpflichten, als korrekt. Die dagegen gerichtete Berufung ist abzuweisen und das angefochtene Urteil zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

4. a) Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist gestützt auf § 6 Abs. 2 lit. b i.V.m. § 6 Abs. 1, § 5 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 1'500.-- festzusetzen. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss der Gesuchstellerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

b) Der Gesuchstellerin wurde zwar von der Vorinstanz die unentgeltliche Rechtspflege gewährt (Urk. 76 S. 14). Diese dauert jedoch für das Berufungsverfahren nicht fort (Art. 119 Abs. 5 ZPO) und die Gesuchstellerin hat für dasselbe kein entsprechendes Gesuch gestellt (vgl. Urk. 75).

c) Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, dem Gesuchsgegner mangels relevanter Umtriebe (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO), der Gesuchstellerin zufolge ihres Unterliegens (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Affoltern vom 21. August 2013 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.-- festgesetzt.

3. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden der Gesuchstellerin auferlegt.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsgegner unter Beilage des Doppels von Urk. 75, sowie an das Bezirksgericht Affoltern, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. 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 Beschwerde 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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt über Fr. 30'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 27. Januar 2014

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. F. Rieke

versandt am: js