

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE160073-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichterin Dr. M. Schaffitz
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. F. Rieke

Beschluss und Urteil vom 22. Dezember 2016

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Winterthur vom 29. September 2016 (EE160096-K)**

Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 29. September 2016:

1. Die Gesuchstellerin wird zum Getrenntleben berechtigt.
2. Es wird festgestellt, dass die Parteien seit dem 20. Mai 2016 getrennt leben.
3. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für die Dauer des Getrenntlebens monatliche Unterhaltsbeiträge von CHF 3'390.– zuzüglich allfällige Kinderzulagen für den vorehelichen Sohn der Gesuchstellerin, C._____, geboren am tt.mm.2011, zu bezahlen. Die Unterhaltsbeiträge sind im Voraus zahlbar, und zwar jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals auf den 1. Juni 2016.

Diesem Entscheid liegt ein Einkommen des Gesuchstellers von CHF 7'660.– (inkl. 13. ML; zzgl. allfällige Kinderzulagen) bei einem Notbedarf von CHF 4'084.– zu Grunde. Die Gesuchstellerin ist ohne Einkommen und Vermögen und hat mit ihrem vorehelichen Sohn einen Notbedarf von CHF 3'405.–.

4. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 900.00 ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 190.00 Übersetzung
Fr. 1'090.00

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

Verzichten die Parteien auf eine Begründung des Entscheids, wird die Entscheidgebühr um einen Drittel reduziert.

5. Die Kosten des gerichtlichen Verfahrens werden dem Gesuchsgegner auferlegt.
Die Mehrkosten für einen begründeten Entscheid trägt diejenige Partei, die eine Begründung verlangt.
6. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 1'583.20 (inkl. 8% Mehrwertsteuer) zu bezahlen, wobei die Parteientschädigung infolge voraussichtlicher Uneinbringlichkeit direkt von der Gerichtskasse an die unentgeltliche Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin (Rechtsanwältin lic. iur. Y._____) ausbezahlt wird. Es wird festgehalten, dass mit der Zahlung der Gerichtskasse der Anspruch auf Parteientschädigung auf den Kanton Zürich übergeht.
7. [Schriftliche Mitteilung]
8. [Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 10 Tage, ohne Stillstand]

Berufungsanträge:

- "1. Es sei die Ziffer 3 des Urteils vom 29. September 2016 des Bezirksgerichts Winterthur aufzuheben.

2. Der Berufungskläger sei zu verpflichten, der Berufungsbeklagten für die Dauer des Getrenntlebens monatliche Unterhaltsbeiträge von CHF 2'968.00 zuzüglich allfällige Kinderzulagen für den vorehelichen Sohn der Berufungsbeklagten, C._____, geboren am tt.mm.2011, zu bezahlen. Die Unterhaltsbeiträge sind im Voraus zahlbar, und zwar jeweils auf den Ersten eines jeden Monats erstmals auf den 1. Juni 2016.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

1. a) Die Parteien sind seit tt. Februar 2016 verheiratet; die Gesuchstellerin hat einen vorehelichen, im Januar 2011 geborenen Sohn. Am 14. Juli 2016 stellte die Gesuchstellerin beim Bezirksgericht Winterthur (Vorinstanz) ein Gesuch um Anordnung von Eheschutzmassnahmen (Urk. 1). Am 22. Juli 2016 wurden die Parteien zur Hauptverhandlung auf den 20. September 2016 vorgeladen (Urk. 4). Zu dieser ist der Gesuchsgegner nicht erschienen (Vi-Prot. S. 3). Am 29. September 2016 erliess die Vorinstanz den Endentscheid (nachträglich begründet, Urk. 16 = Urk. 19; Entscheid eingangs wiedergegeben).

b) Hiergegen hat der Gesuchsgegner, nunmehr anwaltlich vertreten, am 25. November 2016 fristgerecht Berufung erhoben und die eingangs aufgeführten Berufungsanträge gestellt (Urk. 18 S. 2).

c) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Da sich die Berufung sogleich als unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

2. a) Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufung ist begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Zu dieser Begründungsanforderung gehört, dass in der Berufungsschrift dargelegt werden muss, weshalb der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten un-

richtig sein soll. Das Obergericht muss den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf weitere Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden und diese Fehlerhaftigkeiten würden klar zutage treten. Sodann sind im Berufungsverfahren neue Vorbringen und Beweismittel nur dann zulässig, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Dies gilt auch für Verfahren, welche – wie das vorliegende Eheschutzverfahren – erstinstanzlich der Untersuchungsmaxime unterstehen (BGE 138 III 625 E. 2.2). Das Berufungsverfahren dient nicht dazu, vor Erstinstanz begangene Versäumnisse zu beheben.

b) Im Berufungsverfahren umstritten sind die vom Gesuchsgegner zu leistenden Unterhaltsbeiträge; einzig umstritten ist dabei das Einkommen des Gesuchsgegners. Die Vorinstanz erwog hierzu, der Gesuchsgegner arbeite als Mechaniker in Winterthur. Aus dem Steuerregisterauszug ergebe sich für das Jahr 2015 ein Nettoeinkommen von Fr. 91'900.-- (inklusive 13. Monatslohn), mithin gerundet Fr. 7'660.-- netto pro Monat (Urk. 19 S. 6).

c) Der Gesuchsgegner macht in seiner Berufung geltend, sein Einkommen sei tiefer als von der Vorinstanz angenommen. In den neun Monaten Januar bis September 2016 habe er infolge unterschiedlich angefallener Überstunden unterschiedlich hohe Einkünfte zwischen Fr. 5'783.-- und Fr. 7'027.-- erzielt. Inklusive Anteil 13. Monatslohn und Bonus habe er so im Jahre 2016 ein massgebliches Nettoeinkommen von Fr. 7'052.-- erzielt (Urk. 18 S. 5 f.).

d) Das Berufungsvorbringen des tieferen Einkommens im Jahre 2016 beschränkt Tatsachen, welche schon vor dem Erlass des angefochtenen Urteils bestanden haben sollen; sie wurden jedoch im vorinstanzlichen Verfahren nicht vorgetragen. Sie sind daher nicht zu berücksichtigen, wenn deren Geltendmachung im vorinstanzlichen Verfahren bei zumutbarer Sorgfalt möglich gewesen wäre (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO; oben Erw. 2.a). Der Gesuchsgegner macht hierzu in seiner Berufung geltend, er sei aufgrund der durch die falschen Anschuldigungen der Gesuchstellerin eingeleiteten Strafuntersuchung unter einem solchen psychischen Druck gewesen, dass er nicht mehr in der Lage gewesen sei, sich mit der

Post auseinanderzusetzen; ausserdem sei er fälschlicherweise davon ausgegangen, dass seine amtliche Vertretung im Strafverfahren ihn in allen rechtlichen Angelegenheiten vertrete (Urk. 18 S. 3 f.). Diese Vorbringen stellen jedoch bloss Parteibehauptungen dar und werden – abgesehen von der tatsächlich erfolgten Anzeige der Gesuchsgegnerin und den entsprechenden Gewaltschutzmassnahmen (vgl. Urk. 5) – durch keine objektiven Anhaltspunkte oder Belege gestützt; sie sind daher nicht glaubhaft gemacht, weshalb von einer unentschuldigten Abwesenheit des Gesuchsgegners von der vorinstanzlichen Hauptverhandlung auszugehen ist. Die Tatsachenbehauptung des tieferen Einkommens im Jahre 2016 hätte daher schon im vorinstanzlichen Verfahren vorgebracht werden können und kann demnach im Berufungsverfahren nicht (mehr) berücksichtigt werden. Dass die Vorinstanz für das Jahr 2015 von einem zu hohen Einkommen des Gesuchsgegners ausgegangen wäre, macht der Gesuchsgegner in seiner Berufung nicht geltend. Damit bleibt es bezüglich des Einkommens des Gesuchsgegners bei den entsprechenden vorinstanzlichen Erwägungen. Die rechtlichen Folgerungen der Vorinstanz – insbesondere die von einem Einkommen des Gesuchsgegners von Fr. 7'660.-- ausgehende Berechnung der Höhe der Unterhaltsbeiträge – wird vom Gesuchsgegner nicht beanstandet.

e) Nach dem Gesagten erweist sich die Berufung des Gesuchsgegners als unbegründet; sie ist demgemäss abzuweisen und das angefochtene Urteil zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO)

3. a) Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 6 Abs. 2 lit. b in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 5, § 8, § 10 und § 12 der Gerichtsgebührenverordnung auf Fr. 1'000.-- festzusetzen.

b) Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss dem Gesuchsgegner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

c) Der Gesuchsgegner hat ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt (Urk. 18 S. 2 Ziff. 4, S. 7). Dieses ist jedoch zufolge Aussichtslosigkeit der Berufung (vgl. vorstehende Erwägungen) abzuweisen (Art. 117 lit. b ZPO).

d) Für das Berufungsverfahren sind keine Parteienschädigungen zuzusprechen, dem Gesuchsgegner zufolge seines Unterliegens, der Gesuchstellerin mangels relevanter Umtriebe (Art. 95 Abs. 3, Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Gesuchsgegners um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung erfolgen mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 29. September 2016 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden dem Gesuchsgegner auferlegt.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage der Doppel von Urk. 18, 21 und 22/3-5, an das Migrationsamt des Kantons Zürich und an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die vorinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt mehr als Fr. 30'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 22. Dezember 2016

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. F. Rieke

versandt am: jo