

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE190010-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Oberrichter lic. iur. A. Huizinga
sowie Gerichtsschreiberin MLaw K. Peterhans

Beschluss und Urteil vom 30. August 2019

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

gegen

B. _____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Bülach vom 25. Oktober 2018 (EE180130-C)**

Rechtsbegehren:
(Urk. 1, sinngemäss)

Es sei der Klägerin das Getrenntleben zu bewilligen und es seien die Folgen des Getrenntlebens gerichtlich zu regeln.

**Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht
Bülach vom 25. Oktober 2018:**
(Urk. 18 = Urk. 21)

1. Der Klägerin wird das Getrenntleben bewilligt und es wird vorgemerkt, dass die Parteien bereits seit dem 1. August 2018 getrennt leben.
2. Die Obhut für die Kinder C._____, geb.tt.mm.2008, D._____, geb. tt.mm.2011 und E._____, geb. tt.mm.2011, wird der Klägerin zugeteilt.
3. Der Beklagte ist berechtigt, die Kinder an zwei Wochenenden pro Monat jeweils von Samstagmorgen, 10:00 Uhr, bis Sonntagabend, 18:00 Uhr, zu besuchen. Ausserdem ist er berechtigt, die Kinder für drei Wochen jährlich während der Schulferien auf eigene Kosten mit sich oder zu sich in die Ferien zu nehmen. Das Wochenendbesuchsrecht ist mindestens einen Monat im Voraus und das Ferienbesuchsrecht mindestens drei Monate im Voraus anzukündigen.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, für die Kinder monatliche Unterhaltsbeiträge von je Fr. 300.– zuzüglich allfällige von ihm bezogene gesetzliche oder vertragliche Familienzulagen zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus auf den Ersten jedes Monats.
5. Bei der Festsetzung der Unterhaltsbeiträge wurde von folgenden finanziellen Verhältnissen der Parteien ausgegangen:

Einkommen:

Ehemann*: Fr. 2'500.-

Ehefrau*: Fr. 0.-

C._____: Fr. 0.-

D._____: Fr. 0.-

E._____: Fr. 0.-

* Nettoeinkommen pro Monat (inkl. 13. Monatslohn, ohne Familienzulagen)

Vermögen:

Ehemann: Fr. 0.-

Ehefrau: Fr. 0.-

C._____: Fr. 0.-

D._____: Fr. 0.-

E._____: Fr. 0.-

Monatlicher Bedarf

Ehemann: Fr. 1'600.-

Ehefrau: Fr. 3'200.-

C._____: Fr. 845.-

D._____: Fr. 633.-

E._____: Fr. 645.-

6. Die Entscheidungsbüher wird festgesetzt auf:

Fr. 900.- ; die weiteren Auslagen betragen:

Fr. 150.- Dolmetscherkosten

Fr. 1'050.- Total

7. Die Kosten werden dem Beklagten auferlegt.

8. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

9. (Schriftliche Mitteilung).
10. (Rechtsmittelbelehrung: Berufung, 10 Tage Frist, Hinweis auf fehlenden Fristenstillstand gem. Art. 145 Abs. 2 ZPO).

Berufungsantrag:

des Beklagten und Berufungsklägers (Urk. 20, sinngemäss):

Es sei die Dispositivziffer 4 des angefochtenen Urteils aufzuheben und es sei festzustellen, dass der Beklagte mangels finanzieller Leistungsfähigkeit nicht in der Lage sei, Unterhaltsbeiträge zu bezahlen. Dispositivziffer 5 des angefochtenen Urteils sei entsprechend anzupassen.

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind seit dem tt. Mai 2001 miteinander verheiratet (Urk. 2/13). Aus der Ehe gingen die Tochter C._____, geboren am tt.mm.2008, und die Zwillinge E._____ und D._____, geboren am tt.mm.2011, hervor (Urk. 2/10 bis Urk. 2/12). Mit Eingabe vom 29. August 2018 (Datum des Poststempels, eingegangen am 30. August 2018) ersuchte die Klägerin und Berufungsbeklagte (fortan Klägerin) bei der Vorinstanz um Regelung des Getrenntlebens (Urk. 1). Nach der Durchführung der Hauptverhandlung - an welcher der in Deutschland wohnhafte Beklagte und Berufungskläger (fortan Beklagter) nicht erschien (Prot. I S. 5) - erliess die Vorinstanz am 25. Oktober 2018 das eingangs wiedergegebene Urteil (Urk. 21).
2. Hiergegen erhob der Beklagte mit Eingabe vom 21. Februar 2019 (Datum des Poststempels, eingegangen am 25. Februar 2019; Urk. 20) innert Frist (Urk. 19) Berufung, wobei er den oben angeführten Antrag stellte. Mit Verfügung vom 13. März 2019 wurde dem Beklagten Frist zur Bezeichnung eines Zustel-

lungsdomizils in der Schweiz und der Klägerin Frist zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt (Urk. 25 Dispositivziffern 1 und 2). Die vorgenannte Verfügung wurde dem Beklagten auf dem Weg der internationalen Rechtshilfe zugestellt (vgl. Urk. 25 Dispositivziffer 3 und Urk. 26 bis Urk. 28). Innert Frist liessen sich die Parteien nicht vernehmen.

3. Das Berufungsverfahren erweist sich als spruchreif.

II.

1. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine umfassende Überprüfungsbefugnis der Streitsache, d.h. 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 Berufungsbeurteilung (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 (BGE 142 I 93 E. 8.2; BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, ist – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – von der Rechtsmittelinstanz grundsätzlich nicht zu überprüfen (BGE 142 III 413 E. 2.2.4).

2. Bei Verfahren betreffend Kinderbelange ist der Sachverhalt nach Art. 296 ZPO von Amtes wegen zu erforschen. Infolgedessen können die Parteien im Berufungsverfahren auch dann neue Tatsachen und Beweismittel vorbringen, wenn die Voraussetzungen nach Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt sind (BGE 144 III 349 E. 4.2.1). Die vom Beklagten erstmals im Berufungsverfahren eingereichten Urkunden sowie die daraus abgeleiteten Tatsachenbehauptungen (Urk. 20 und Urk. 23/1-3) sind somit vorliegend zu berücksichtigen.

III.

1. Vorliegend ist die Höhe der vom Beklagten zu leistenden Kinderunterhaltsbeiträge umstritten. Der Beklagte bringt vor, ein geringeres Einkommen zu erzielen und künftig Wohnkosten von monatlich EUR 500.– zu haben.

2. Die Vorinstanz erwog hinsichtlich des Einkommens des Beklagten, er habe nach Angaben der Klägerin an seiner letzten Arbeitsstelle in der Schweiz Fr. 5'200.– brutto pro Monat verdient. Diese Arbeitsstelle habe er freiwillig aufgegeben und sich entschlossen, nach Deutschland auszuwandern. Da er sein Einkommen nicht böswillig vermindert habe, sei ihm kein hypothetischer Verdienst in der Höhe des zuletzt in der Schweiz erzielten Einkommens anzurechnen. Der Beklagte habe gegenüber der Klägerin geäußert, pro Monat bis zu EUR 2'100.– verdienen zu können. Entsprechend sei ihm ein Nettolohn in dieser Höhe anzurechnen. Hinsichtlich des Notbedarfs des Beklagten ging die Vorinstanz aufgrund seines Wohnsitzes in Deutschland von 37.5 % tieferen Lebenshaltungskosten als in der Schweiz und damit von einem Grundbetrag von Fr. 750.– aus. Für eine Wohnung im Raum F._____ [Deutschland] setzte sie einen monatlichen Betrag von Fr. 600.–, für Telekommunikationskosten Fr. 100.– sowie für den Arbeitsweg und die auswärtige Verpflegung gesamthaft weitere Fr. 150.– ein. Die Vorinstanz kam damit auf einen monatlichen Bedarf des Beklagten von Fr. 1'600.– (Urk. 21 S. 5 ff.).

3. Der Beklagte wendet ein, von August bis Oktober 2018 arbeitslos gewesen zu sein. Wie seinem Arbeitsvertrag entnommen werden könne, arbeite er seit November 2018 als "Fahrer" und verdiene monatlich EUR 1'424.59 netto. Überdies sei er auf der Suche nach einer Wohnung für EUR 500.–, weshalb es ihm nicht möglich sei "diesen Unterhalt von 900 Fr. zu bezahlen" (Urk. 20). Unklare Rechtsbegehren sind nach Treu und Glauben auszulegen. Es ist dabei nicht nur auf den Wortlaut des Begehrens, sondern auch auf die Begründung abzustellen (Leuenberger in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 221 N 38 mit Verweis auf BGer 4A_551/2008 vom 12. Mai 2009). Entsprechend ist

vorliegend davon auszugehen, der Beklagte beantrage eine gänzliche Aufhebung seiner Unterhaltsverpflichtung.

4.1 Der Beklagte legt einen Arbeitsvertrag vom 31. Oktober 2018 ins Recht, wonach er ab dem 1. November 2018 ein monatliches Bruttoeinkommen von EUR 2'000.– verdiene (Urk. 23/1). Überdies reichte er Abrechnungen der Brutto/Netto-Bezüge für November und Dezember 2018 sowie Januar 2019 ins Recht (Urk. 23/2-3). Gemäss Letzteren erzielte er bei 150 Stunden/Monat à EUR 13.50/Stunde im November und Dezember 2018 ein Nettoeinkommen von EUR 1'404.11 und im Januar 2019 EUR 1'424.59. Nachdem der Beklagte in seiner Eingabe (vgl. Urk. 20) keine Ausführungen zur geringfügigen Nettoeinkommensveränderung ab Januar 2019 macht, aus den eingereichten Abrechnungen jedoch hervorgeht, dass diese auf geringeren Sozialabzügen fusst, ist nachfolgend von einem monatlichen Nettoeinkommen des Beklagten von EUR 1'424.59 auszugehen.

4.2 Der vom Beklagten geltend gemachte Lohn erscheint für einen Lastwagenchauffeur in der Region F._____ glaubhaft: Gemäss dem Tarifregister des Bundeslandes Nordrhein-Westfalen beträgt die monatliche Grundvergütung eines Kraftfahrers ab Januar 2019 bei einer Tätigkeit von 160 Stunden/Monat je nach Ausbildung und Fahrpraxis zwischen EUR 12.82 und EUR 13.26 pro Stunde (http://www.tarifregister.nrw.de/tarifinformationen/grundverguetung_branchen, Branche: Speditions-, Logistik-, Transportwirtschaft, Beruf: Kraftfahrer/in, besucht am: 28. August 2019). Damit verdient ein Kraftfahrer eine monatliche Grundvergütung respektive ein monatliches Bruttoeinkommen (vgl. zur Definition der Grundvergütung: <http://www.tarifregister.nrw.de/service/faq/index.php>, Frage: Was ist unter einer Grundvergütung zu verstehen? besucht am: 28. August 2019) zwischen EUR 2'051.– und EUR 2'122.–. Das vom Beklagten vorgebrachte Bruttosalar von EUR 2'025.– für 150 Stunden ist damit im Rahmen dessen, was ein Lastwagenchauffeur im Raum F._____ verdient.

4.3 Indes stellt sich die Frage, weshalb die monatliche Arbeitszeit des Beklagten nicht - wie in § 5 seines Arbeitsvertrages (vgl. Urk. 23/1) vorgesehen - 40 Stunden pro Woche beträgt. Gemessen an der eingereichten Lohnabrechnung für Januar

2019 würde der Beklagte bei einer Tätigkeit von 160 Stunden pro Monat einen Bruttolohn von EUR 2'160.– und damit EUR 135.–/Monat mehr verdienen. Da der Beklagte auch bei diesem Lohn, nach Abzug der Sozialbeiträge, keinen über seinen Bedarf hinausgehenden Überschuss (vgl. nachfolgend E. 4.4) generieren würde, ist von der Anrechnung eines Bruttolohnes von EUR 2'160.– abzusehen. Die Vorbringen des Beklagten hinsichtlich seines Lohnes wurden im Übrigen von der Klägerin auch nicht bestritten. Von der Klägerin ebenfalls unbestritten blieb die durch die Auswanderung nach Deutschland veranlasste Einkommensverminderung des Beklagten. Die Vorinstanz erachtete diese als gerechtfertigt und verzichtete daher auf eine hypothetische Anrechnung des vom Beklagten zuletzt in der Schweiz erzielten Einkommens (vgl. Urk. 21 S. 6). Da der Beklagte in Deutschland zu seinem Bruder gezogen ist und damit zumindest einen Teil seiner engeren Verwandtschaft in Deutschland hat, ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass der Beklagte zum Wegzug berechtigt war und daher auf das deutsche Lohnniveau abzustellen und auf die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens zu verzichten ist.

4.4 Soweit der Beklagte sodann - ohne Beilage von Belegen - geltend macht, in Deutschland eine Wohnung für ungefähr EUR 500.– zu suchen (vgl. Urk. 20), ist ihm entgegenzuhalten, dass ihm die Vorinstanz in der Bedarfsberechnung bereits Wohnkosten von Fr. 600.– anrechnete. Dies entspricht einem Betrag von monatlich rund EUR 553.– (www1.oanda.com, besucht am: 28. August 2019) und geht damit gar über die vom Beklagten berufsweise beantragten EUR 500.– hinaus. Somit ist auf den diesbezüglichen Einwand nicht weiter einzugehen. Es bleibt damit bei den vorinstanzlich für Wohnkosten berücksichtigten Fr. 600.–. Die weiteren, von der Vorinstanz festgesetzten Bedarfspositionen wurden nicht beanstandet, weshalb es bei diesen bleibt.

4.5 Der Beklagte vermag mit seinem Nettoeinkommen von umgerechnet rund Fr. 1'550.– pro Monat seinen vorinstanzlich errechneten Notbedarf von Fr. 1'600.– (vgl. Urk. 21 S. 7) nicht zu decken. Entsprechend ist es ihm nicht möglich, Kinderunterhaltsbeiträge zu leisten. Damit ist die Berufung begründet und die Dispositivziffern 4 und 5 des vorinstanzlichen Urteils sind aufzuheben. Es ist festzustel-

len, dass der Beklagte mangels finanzieller Leistungsfähigkeit keine Unterhaltsbeiträge leisten kann.

IV.

1. Abschliessend ist über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens zu befinden.

2.1 Trifft die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Die erstinstanzlichen Gerichtskosten betragen Fr. 1'050.–, was unangefochten blieb (vgl. Urk. 20 und Urk. 21 Dispositivziffer 6). Diese Kosten auferlegte die Vorinstanz dem Beklagten (Urk. 21 Dispositivziffer 7). Parteientschädigungen sprach sie keine zu (Urk. 21 Dispositivziffer 8).

2.2 Der Beklagte hat mit dem unentschuldigtem Fernbleiben vor Vorinstanz den angefochtenen Entscheid und die entstandenen Weiterungen verursacht, weshalb sich eine Bestätigung der Regelung der erstinstanzlichen Gerichtskosten rechtfertigt.

3.1 Für das zweitinstanzliche Verfahren rechtfertigt es sich, in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 2 lit. b GebV OG eine Entscheidgebühr von Fr. 1'200.– festzusetzen. Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

3.2 Mangels relevanter Umtriebe sind für das Berufungsverfahren keine Entschädigungen zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO).

4. Nach den vorgenannten Ausführungen ist davon auszugehen, dass der Beklagte sinngemäss ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege stellt (vgl. Urk. 20). Das Gesuch des Beklagten für das Berufungsverfahren ist mangels Kostenauflegung gegenstandslos geworden und demzufolge abzuschreiben.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

und sodann erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung werden die Dispositivziffern 4 und 5 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 25. Oktober 2018 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"4. Es wird festgestellt, dass der Beklagte mangels finanzieller Leistungsfähigkeit derzeit nicht in der Lage ist, Kinderunterhaltsbeiträge zu leisten.

5. Bei der Festsetzung der Unterhaltsbeiträge wurde von folgenden finanziellen Verhältnissen der Parteien ausgegangen:

Einkommen:

Ehemann*: Fr. 1'550.-

Ehefrau*: Fr. 0.-

C.____: Fr. 0.-

D.____: Fr. 0.-

E.____: Fr. 0.-

* Nettoeinkommen pro Monat (inkl. 13. Monatslohn, ohne Familienzulagen)

Vermögen:

Ehemann: Fr. 0.-

Ehefrau: Fr. 0.-

C.____: Fr. 0.-

D.____: Fr. 0.000.-
E.____: Fr. 0.000.-

Monatlicher Bedarf

Ehemann: Fr. 1'600.-
Ehefrau: Fr. 3'200.-
C.____: Fr. 845.-
D.____: Fr. 633.-
E.____: Fr. 645.- "

2. Die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung (Dispositivziffern 6 - 8) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'200.- festgesetzt.
4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt.
5. Dem Beklagten wird für das Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten durch Publikation im Amtsblatt des Kantons Zürich mit dem Hinweis, dass der Entscheid auf der Gerichtskanzlei bezogen werden kann, sowie an die Vorinstanz und die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.
7. 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 und 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, 30. August 2019

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw K. Peterhans

versandt am:
am