

ZH_OBERGERICHT LE110003 vom 4. September 2011

ZH Obergericht, 2011-09-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE110003

FR: ZH_OBERGERICHT LE110003 du 4 septembre 2011

IT: ZH_OBERGERICHT LE110003 del 4 settembre 2011

Erwägungen

E. 1

Die Parteien stehen seit 17. Mai 2010 vor Erstinstanz in einem Eheschutzverfahren (Urk. 5/1 S. 1). Anlässlich der Fortsetzung der Hauptverhandlung am 2. Dezember 2010 schlossen die Parteien eine Vereinbarung betreffend das Getrenntleben und die Obhut über die gemeinsame Tochter, überdies kamen die Parteien überein, dass Unterhaltszahlungen geschuldet seien (Prot. I S. 35 ff., Urk. 5/51). Eine Einigung über die Höhe der Unterhaltszahlungen sowie über den persönlichen Verkehr des Beklagten und Berufungsklägers (fortan Beklagter) mit der gemeinsamen Tochter konnte jedoch nicht erzielt werden, die Parteien beantragten daher, die Vorinstanz solle in diesen Punkten eine Regelung für die Dauer des Eheschutzverfahrens treffen (Urk. 5/51 insbesondere S. 2).

- 5 - Mit Verfügung vom 6. Januar 2011 regelte die Vorinstanz den persönlichen Verkehr und die Unterhaltszahlungen. Der Beklagte wurde verpflichtet Fr. 2'650.– an die Klägerin und Berufungsbeklagte (fortan nur noch Klägerin) jeweils monatlich im Voraus ab 1. Januar 2011 zu bezahlen (Urk. 3 S. 14; vgl. S. 4 hiervor).

E. 1.1

Im vorliegenden Berufungsverfahren gelangt die am 1. Januar 2011 in Kraft getretene eidgenössische Zivilprozessordnung (ZPO) zur Anwendung, nachdem der angefochtene Entscheid am 13. Januar 2011 versandt wurde (Urk. 3 S. 15; Art. 405 Abs. 1 ZPO).

E. 1.2

Vorliegend handelt es sich um ein Verfahren summarischer Natur, in welchem die tatsächlichen Verhältnisse grundsätzlich nicht bis in alle Einzelheiten zu klären sind, sondern deren Glaubhaftmachung genügt. Dies bedeutet, dass das Gericht nicht von der Richtigkeit der aufgestellten Behauptungen überzeugt zu sein braucht. Vielmehr genügt es, dass aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die fraglichen Tatsachen besteht. Insbesondere gilt ein Sachverhalt als glaubhaft gemacht, wenn die entsprechenden Behauptungen in sich selbst, aber auch untereinander nicht widersprüchlich sind, mit den verfügbaren Belegen in Einklang stehen und so ein stimmiges und nachvollziehbares Gesamtbild entsteht. Nicht glaubhaft gemacht ist hingegen ein Sachverhalt, wenn bloss eine unbestimmte oder gar entfernte Möglichkeit besteht, dass dieser der Realität entspricht (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, § 110 N 5).

E. 1.3

Weiter ist zu beachten, dass im summarischen Verfahren zwangsläufig mit Schätzungen und Pauschalen gearbeitet werden muss. Dies bewirkt eine gewisse Unschärfe, bzw. gewisse Abweichungen; Berechnungen können nicht auf den Rappen genau durchgeführt

werden, die tatsächlichen Kosten werden immer etwas von den Entscheidungsgrundlagen abweichen. 2. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist der Unterhaltsbeitrag, welcher der Beklagte für die Klägerin und für die gemeinsame Tochter zu entrichten hat, im Streit steht insbesondere die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Beklagten. Die weiteren mit Verfügung vom 6. Januar 2011 der Vorinstanz getroffenen Anordnungen wurden nicht angefochten (Urk. 2 S. 2 f.).

- 8 -

E. 2

Mit fristgerechter Eingabe vom 24. Januar 2011 erhob der Beklagte Berufung gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 6. Januar 2011 und stellte die auf S. 4 f. hiervor aufgeführten Anträge (Urk. 2 S. 2 f.) Mit Datum vom 3. Februar 2011 reichte der Beklagte sodann eine aktuelle Lohnabrechnung für den Januar 2011 ein (Urk. 6 f.).

E. 2.1

Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (nachfolgend nur noch GebV) festzulegen. Auszugehen ist von § 2 GebV. Der Bemessung ist

- 20 - grundsätzlich das Streitinteresse, der Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falls zu Grunde zu legen. Dies gilt auch für das Rechtsmittelverfahren, wobei darauf abzustellen ist, was noch vor Rechtsmittelinstanz streitig ist (§ 12 Abs. 1 und 2 GebV). Gemäss der Praxis der Kammer ist die vorliegende Streitigkeit als nicht vermögensrechtlich im Sinne von § 5 Abs. 1 GebV zu qualifizieren und von einer Gebühr in der Höhe von Fr. 300.– bis Fr. 13'000.– auszugehen. Gemäss § 8 Abs. 1 GebV (summarisches Verfahren) kann eine Reduktion vorgenommen werden.

E. 2.2

Die Parteien haben vorliegend kein sehr hohes Streitinteresse, da die vorsorgliche Regelung von Unterhaltsbeiträgen im Eheschutzverfahren nur während eines überschaubaren Zeitraumes gilt. Auch ist der Fall nicht als sehr komplex zu qualifizieren. Es musste aber mit Verfügung vom 3. März 2011 über die aufschiebende Wirkung der Berufung (Urk. 9), mit Beschluss vom 29. Juni 2011 über das Armenrechtsgesuch des Beklagten und superprovisorische Massnahmen (Urk. 21) und mit Beschluss vom 21. Juli 2011 über provisorische Massnahmen (Urk. 28) befunden werden. Neben dem Endentscheid waren insgesamt drei weitere Entscheide zu treffen und zu redigieren. Diesem gegenüber anderen, vergleichbaren Verfahren deutlich erhöhten Aufwand ist bei der Bemessung der Gerichtsgebühr Rechnung zu tragen.

E. 2.3

Insgesamt unter Berücksichtigung aller soeben dargelegten Kriterien ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 3'600.– festzulegen. 3. Gemäss Art. 106 Abs. 2 ZPO werden die Prozesskosten den Parteien nach Massgabe des Obsiegens und Unterliegens auferlegt. Der Beklagte verlangte eine Senkung seiner monatlichen Unterhaltsverpflichtung um Fr. 1'300.– (Urk. 2 S. 2), während die Klägerin die vollumfängliche Abweisung der Berufung beantragte (Urk. 27 S. 2). Im Ergebnis wird nun die monatliche Unterhaltspflicht des Beklagten um Fr. 150.– gesenkt, der Beklagte unterliegt mithin zu rund 8/9, entsprechend sind ihm 8/9 und der Klägerin 1/9 der Kosten aufzuerlegen.

E. 3

Mit Beschluss vom 3. März 2011 wurde der Berufung die aufschiebende Wirkung teilweise erteilt, es wurde beschlossen was folgt (Urk. 9 S. 5 f.): " 1. a) Der Berufung des Beklagten wird in Bezug auf Dispositivziffer 4 der Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 6. Januar 2011 ab sofort im Umfang des monatlich Fr. 1'840.– (einschliesslich Familienzulage) übersteigenden Unterhaltsbeitrags die aufschiebende Wirkung erteilt. b) Entsprechend ist der Beklagte verpflichtet, der Klägerin ab sofort monatliche, im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats zahlbare Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'840.– (einschliesslich Familienzulage in der Höhe von Fr. 200.–), davon Fr. 850.– (einschliesslich Familienzulage in der Höhe von Fr. 200.–) für die Tochter C._____ und Fr. 990.– für die Klägerin persönlich zu bezahlen. (...)"

E. 3.1

Die Vorinstanz hielt fest, dass für die Regelung des Getrenntlebens im Eheschutzverfahren auf die während der Ehe gelebte Aufgabenteilung abzustellen sei. Während dieser Zeit sei weitgehend eine Hausgattenehe geführt worden. Die Klägerin habe sich hauptsächlich um Haushalt und Kind gekümmert, während die finanziellen Mittel mehrheitlich vom Beklagten erwirtschaftet worden seien. Daher sei es auch während des Getrenntlebens Aufgabe des Beklagten, die finanziellen Mittel für den Familienunterhalt zur Hauptsache zu erwirtschaften. Die von ihm veranlasste Reduktion seines Arbeitspensums von 100 % auf 80 % sei deshalb bei der Bemessung der Unterhaltsbeiträge unbeachtlich. Überdies sei auch das Sozialpädiatrische Zentrum in seiner Empfehlung zur Ausgestaltung des Besuchsrechtes von einem Vollpensum des Beklagten ausgegangen, weshalb diesem ein äusserst ausgedehntes Besuchsrecht zugestanden worden sei (Urk. 2 S. 9).

E. 3.2

Der Beklagte hält dem entgegen, er könne sein Besuchsrecht nur ausüben, wenn er sein Arbeitspensum von 100 % auf 80 % senke. Dies bewirke eine Verringerung seines Einkommens, was von der Vorinstanz fälschlicherweise nicht berücksichtigt worden sei. Dementsprechend sei die Vorinstanz von einer zu hohen Leistungsfähigkeit ausgegangen und habe ihm in der Folge zu hohe Unterhaltszahlungen von Fr. 2'650.– zuzüglich allfälliger Kinderzulagen pro Monat auferlegt. Richtig wäre es gewesen, vom tatsächlichen Verdienst auszugehen, von diesem den Notbedarf des Klägers abzuziehen und den verbleibenden Überschuss in der Höhe von Fr. 1'350.– als Unterhaltsbeitrag festzulegen (Urk. 2 S. 12 Rz. 16 ff.). Überdies führte er aus, dass die Klägerin ihrerseits in Hinblick auf das Scheidungsverfahren ihr Einkommen aus prozesstaktischen Gründen reduziert habe (Urk. 2 S. 9 Rz. 9 ff. insbesondere Rz. 12).

E. 3.3

Die Klägerin führte aus, dass der Beklagte sein Besuchsrecht auch mit einem Arbeitspensum von 100 % wahrnehmen könne. Die Besuchsrechtsregelung habe schliesslich seit dem 1. Oktober 2010 – dem Zeitpunkt der Auflösung des gemeinsamen Haushaltes – gut funktioniert, obwohl der Beklagte während dieser Zeit zu 100 % gearbeitet habe. Der Beklagte habe aufgrund eines innerfamiliären Konflikts gewollt eine Einkommensverminderung vorgenommen, welche nicht be-

- 9 - achtlich sei. Überdies habe die Vorinstanz mit unzutreffender Begründung Einkommen aus Liegenschaftenbesitz nicht berücksichtigt (Urk. 27 S. 9 Rz. 22 ff. insbesondere Rz. 24).

E. 3.4

Auf die einzelnen Ausführungen wird im Folgenden soweit zur Entscheidung nötig detailliert eingegangen.

E. 4

Einem allfälligen Rechtsmittel sei die aufschiebende Wirkung in je- dem Fall zu entziehen. (...)." Mit Beschluss vom 29. Juni 2011 wurden sowohl der Antrag um sofortige Einziehung der persönlichen Ausweise der Tochter C._____ ohne Anhörung der Klägerin als auch der mit Eingabe vom 24. Januar 2011 gestellte Antrag um un- entgeltliche Rechtspflege abgewiesen. Überdies wurde der Klägerin eine einmali- ge, nicht erstreckbare Frist bis zum 7. Juli 2011 angesetzt, um zu den Anträgen des Beklagten Stellung zu nehmen (Urk. 21 S. 7 f.). Die Klägerin erstattete so- dann rechtzeitig mit Eingabe vom 6. Juli 2011 ihre Stellungnahme und beantragte die vollumfängliche Abweisung der beklagtischen Begehren unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten. Ausserdem stellte sie ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung von Rechtsan- walt Dr. Z._____ als unentgeltlichen Rechtsvertreter (Urk. 23 S. 2). Mit Beschluss vom 21. Juli 2011 wurden die mit beklagtischer Eingabe vom 7. Juni 2011 gestell- ten Anträge (Urk. 19 S. 2 f.) abgewiesen, der Klägerin die unentgeltliche Rechts- pflege bewilligt und ihr in der Person von Rechtsanwalt Z._____ ein unentgeltli- cher Rechtsbeistand bestellt (Urk. 28 S. 10).

E. 4.1

Gemäss Art. 105 Abs. 2 ZPO spricht das Gericht nach den Tarifen im Sinne von Art. 96 ZPO eine Parteientschädigung zu und verlegt diese in Anwen-

- 21 - dung von Art. 106 Abs. 2 ZPO. Im Kanton Zürich ist bei anwaltlich vertretenen Parteien die Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (nachfolgend nur noch AnwGebV) der einschlägige Tarif. Die vorliegende Streit- sache ist gemäss der Praxis der Kammer als nicht vermögensrechtlich im Sinne von § 5 Abs. 1 AnwGebV zu qualifizieren. Die Entschädigung bemisst sich daher unter Berücksichtigung der Verantwortung, des Zeitaufwandes und der Schwie- rigkeit des Falles. Sie beträgt in der Regel zwischen Fr. 1'400.– und Fr. 16'000.–. Eine Reduktion kann gemäss § 9 AnwGebV (Summarverfahren) und § 13 Abs. 2 AnwGebV (endgültige Streiterledigung im Rechtsmittelverfahren) vorgenommen werden. Die Gebühr ist gemäss § 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV mit der Begründung oder Beantwortung des Rechtsmittels verdient, für weitere Rechtsschriften wird ein Einzelzuschlag von je höchstens der Hälfte der Gebühr gewährt. Gemäss § 13 Abs. 1 AnwGebV ist bei der Bemessung der Gebühr für das Rechtsmittelverfah- ren auf den Streitgegenstand vor der Rechtsmittelinstanz abzustellen.

E. 4.2

Wie hiervor unter Ziff. III. 2.2. ausgeführt war das vorliegende Verfah- ren weder von hohem Streitinteresse, noch von übermässiger Komplexität oder ausserordentlichem Zeitaufwand für die Parteivertreter geprägt, es war aber nicht nur eine Berufungsschrift (Urk. 2) bzw. -antwort (Urk. 27), sondern auch ein Be- gehren um (super-)provisorische Massnahmen (Urk. 19) bzw. eine entsprechende Stellungnahme (Urk. 23) zu erstatten, wofür ein Zuschlag zu gewähren ist.

E. 4.3

Insgesamt unter Berücksichtigung der soeben dargelegten Umstände ist die Prozessentschädigung auf Fr. 2'700.– festzulegen. 5. Wie unter Ziff. III. 3. hiervor dargelegt werden die Prozesskosten nach Massgabe des Obsiegens und Unterliegens verlegt. Entsprechend ist der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin eine auf 7/9 reduzierte Prozessentschädigung in der Höhe von Fr. 2'100.– (zuzüglich 8 % MwSt) zu bezahlen. 6. Da vorliegend betreffend der Unterhaltsbeiträge in der Sache materiell entschieden wird, ergeht der Endentscheid in Form des Urteils (§ 135 Abs. 1 GOG).

- 22 - Es wird erkannt:

E. 4.4

Liegen aber wichtige Gründe vor, muss von diesem Grundsatz abgewichen werden. Insbesondere das Kindeswohl, bzw. die vorrangige Pflicht der Eltern, für die Entwicklung gemeinsamer Kinder bestmögliche Voraussetzungen zu schaffen, kann durchaus eine Änderung der bisherigen Aufgabenteilung nötig machen.

E. 5

Mit Verfügung vom 29. Juni 2011 wurde der Klägerin eine Frist von

E. 5.1

Die Vorinstanz legte (den ersten Einschätzungen und der Empfehlung des Sozialpädiatrischen Zentrums am Kantonsspital E._____ folgend [Urk. 5/43 S 4 Ziff. 6]; vgl. auch Gutachten derselben Institution [Urk. 17 S. 20 Ziff. 6.6]) ein ausgedehntes Besuchsrecht fest: So ist der Beklagte insbesondere berechtigt, die gemeinsame Tochter während zwei Tagen (inkl. zweimaliger Übernachtung) unter der Woche sowie jedes zweite Wochenende von Freitag bis Sonntag zu sich zu nehmen (Urk. 3 S. 13 f. Dispositiv Ziff. 3 lit. b). Diese Regelung wurde nicht angefochten, sie ist demnach nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Anzumerken ist dennoch, dass sie aufgrund der Empfehlungen der Fachpersonen als durchaus angebracht erscheint. Gemäss der vorinstanzlichen Regelung kümmert sich der Beklagte während rund zwölf Tagen im Monat um die gemeinsame Tochter. Ein derartiges Besuchsrecht kommt einer gemeinsamen bzw. alternierenden Obhut nahe, sie unterscheidet

- 11 - sich in zeitlicher Hinsicht deutlich von den gerichtsüblichen Regelungen, welche normalerweise vorsehen, dass das Besuchsrecht am Wochenende und in den Ferien, allenfalls zusätzlich an einzelnen Abenden oder Nachmittagen ausgeübt wird. Die Vorinstanz sah mithin für das Getrenntleben in Bezug auf die Kinderbetreuung eine Aufgabenteilung vor, welche nicht einer reinen Hausgatten- bzw. Zuverdienerreihe entspricht, sondern dem Beklagten die Betreuung der Tochter in essentiell, deutlich über reine Besuche hinausgehendem Umfang ermöglicht. Ihm kommt nicht die Rolle eines "Ferien- oder Wochenendvaters" zu. Damit einhergehend wird der Beklagte aber auch stärker in die Pflicht genommen und ihm eine grössere zeitliche Belastung für die Kinderbetreuung auferlegt, als dies bei einem "reinen Verdiener" (vgl. Urk. 3 S. 9) mit nur gerichtsüblichem Besuchsrecht der Fall ist.

E. 5.2

Arbeitnehmer müssen im Normalfall bei einem Vollpensum durchschnittlich an 21 oder 22 Tagen im Monat arbeiten, entsprechend stehen durchschnittlich neun freie Tage zur Verfügung. Vor diesem Hintergrund erhellt, dass der Beklagte (bei einem Vollpensum) nicht genügend freie Tage zur Verfügung hat, um sein Besuchsrecht selbst auszuüben. Er

muss entweder die gemeinsame Tochter während der Besuchszeiten fremdbetreuen lassen oder aber auf sein Besuchsrecht verzichten. Vor dem Hintergrund, dass die Empfehlungen, bzw. das Gutachten ein dermassen ausgedehntes Besuchsrecht postulieren, damit der Beklagte Einfluss nehmen kann, bzw. da sie diesem in gewissen erzieherischen Belangen eine bessere Eignung als der Klägerin attestierten (Urk. 5/43 S.5 und Urk. 17 S. 19 Ziff. 6.2 ff.), kann es nicht Sinn und Zweck der Regelung sein, dass zu den dem Beklagten zugestanden Besuchszeiten die gemeinsame Tochter fremd betreut wird, zumal auch keine entsprechenden Kosten im Bedarf des Beklagten berücksichtigt wurden (Urk. 3 S. 12).

E. 5.3

Die Vorbringen des Beklagten, er könne mit einem Vollpensum seine Arbeitseinsätze nicht so organisieren, dass er sein Besuchsrecht stets wahrnehmen könne, muss daher als glaubhaft qualifiziert werden, stehen bei einem Vollpensum doch schlicht nicht genügend freie Tage zur Verfügung. Der Mangel an freien Tagen lässt sich überdies nicht durch wie auch immer geartete Organisati-

- 12 - onsbemühungen ändern. Die Glaubhaftigkeit dieser Ausführungen wird sodann durch die Argumentation der Klägerin, das Besuchsrecht habe seit dem Zeitpunkt des Auszuges des Beklagten auch bei einem Vollpensum gut funktioniert (Urk. 27 S. 9 Rz. 23), nicht erschüttert. So relativiert sie Ihre Aussage im Rahmen der Stellungnahme zu den vorsorglichen Massnahmen durch den Einschub " ... wenn der Dienstplan des Beklagten dies zulässt ..." doch selber (Urk. 23 S. 3 f. Rz. 4). Schliesslich ist zu beachten, dass während einer gewisse Dauer unter Umständen auch von Ferien- oder Überstundenguthaben gezehrt werden kann. Ein derartiges Vorgehen wird aber schon nach einigen wenigen Monaten – wenn das naturgemäss begrenzte Ferienguthaben aufgebraucht ist – unmöglich. Soweit angeführt wird, dass die Gutachter bei ihrer Empfehlung, wie das Besuchsrecht auszustalten sei, von einem Vollpensum des Beklagten ausgegangen seien, ist dem zu entgegen, dass sich dies dem Gutachten so nicht entnehmen lässt: Zum Einen war es nicht Aufgabe der Gutachter abzuklären, ob die von ihnen vorgeschlagene Regelung wirtschaftlich tragbar sei, zumal dies viel eher die Expertise des Gerichtes beschlägt. Zum anderen lässt sich weder der Korrespondenz, noch dem Gutachten und auch nicht den weiteren Akten entnehmen, dass konkrete Abklärungen bezüglich der wirtschaftlichen Tragbarkeit seitens der Gutachter getroffen worden wären.

E. 5.4

Gemäss der höchstrichterlichen Rechtsprechung wird dem Elternteil, welcher die Obhut über ein Kind inne hat und die Betreuung vollumfänglich selbst erbringt, die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit normalerweise nicht zugemutet, bis das Kind zehn Jahre alt ist. Dies da die Betreuungsaufgaben die wirtschaftliche Entfaltung hindert (Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 2010, S. 287, Rz 05.104 mit Verweis auf BGE 109 III 286 ff.). Mit anderen Worten ausgedrückt anerkennt die Rechtsprechung, dass der gesamte Betreuungsaufwand für ein Kind unter zehn Jahren einem vollen Arbeitspensum entspricht, bzw. den Obhutsberechtigten dergestalt in Anspruch nimmt, dass die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit nicht zumutbar ist.

E. 5.5

Wie unter Ziff. II. 5.1. hiervor ausgeführt wurde dem Beklagten ein Besuchrecht eingeräumt, welches bereits in die Nähe einer gemeinsa-

- 13 - men/alternierenden Obhut zu rücken ist, übernimmt der Beklagte doch deutlich mehr als einen Drittel der Betreuung der fünf Jahre alten Tochter. Entsprechend ist der Beklagte in seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit eingeschränkt, was eine Reduktion seines Arbeitspensums um einen Fünftel ohne weiteres rechtfertigt.

E. 5.6

Insgesamt kann somit festgehalten werden, dass der Beklagte sein Arbeitspensum aus beachtenswerten Gründen auf 80 % gesenkt hat, mithin keine Situation vorliegt, welche es rechtfertigen würde, ihm den Mehrverdienst, welchen er durch ein Vollpensum erzielen könnte, als hypothetisches Einkommen anzurechnen. Der vorinstanzliche Entscheid erscheint insofern inkonsequent bzw. nicht in sich selbst stimmig, als dieser zunächst davon ausgeht, die Parteien hätten in einer "klassischen" Hausgattenehe gelebt, hernach die Aufgabenteilung in Bezug auf die Kindbetreuung – mit guten Gründen – aber nicht im Sinne einer klassischen Hausgattenehe festlegt, sodann bei der Frage, wer die finanziellen Mittel für die Familie erwirtschaften muss, aber der Aufgabenteilung bezüglich der Kindbetreuung nicht Rechnung trägt.

E. 5.7

Im Rahmen vorsorglicher Massnahmen sind wie bereits dargelegt Regelungen nur für eine begrenzte Zeit zu treffen; längerfristige und differenzierte Regelungen sind dem Hauptverfahren vorbehalten. Daher ist im Massnahmeverfahren grundsätzlich von den aktuellen Verhältnissen auszugehen, eine Verpflichtung zur Aufnahme oder Ausdehnung einer Erwerbstätigkeit ist dagegen – auch wenn auf längere Zeit hinaus eine solche möglich und sinnvoll erscheint – nur sehr zurückhaltend anzunehmen. Soweit der Beklagte vorbringt, die Klägerin habe ihre Berufstätigkeit und damit ihr Einkommen böswillig gesenkt, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Berechnung des tatsächlichen Einkommens der Klägerin durch die Vorinstanz zu keinen Beanstandungen Anlass gibt (Urk. 3 S. 8 Ziff. 2a). Ergänzend ist anzufügen, dass aus den Akten erhellt, dass die Klägerin in den Monaten April 2010 bis Juni 2010 lediglich Fr. 1'097.16 verdiente (Urk. 5/9/6 zweite Seite). Bei ihrem jetzigen Arbeitgeber ist wie von der Vorinstanz zutreffend ausgeführt ein Einkommen in der Höhe von Fr. 1'300.– zu erwarten, mithin rund Fr. 200.– mehr als an ihrer alten Arbeitsstelle. Dieser Umstand rückt die

- 14 - Möglichkeit einer böswilligen Einkommensverminderung in den Hintergrund. Sodann ist zu beachten, dass auch die Klägerin beachtliche Betreuungspflichten hat, überdies nur leidlich Deutsch spricht und nicht über in der Schweiz anerkannte berufliche Qualifikationen verfügt. Vor diesem Hintergrund ist es dem Beklagten nicht geglückt, so glaubhaft darzutun, dass die Klägerin mit gutem Willen in Kürze ihr Einkommen derart steigern könnte, dass diese Steigerung vorliegend (im Massnahmeverfahren) beachtlich wäre. Im Hauptverfahren jedoch wird unter Umständen diese Problematik zu behandeln sein.

E. 5.8

Insgesamt muss für das vorliegende Verfahren der Schluss gezogen werden, dass das ausgedehnte Besuchsrecht und die damit einhergehenden umfangreichen Betreuungsaufgaben die Reduktion des Arbeitspensums des Beklagten zu rechtfertigen

vermögen, es kann mithin nicht davon ausgegangen werden, der Beklagte habe sein Einkommen böswillig in Hinblick auf das Verfahren reduziert, um sich seiner Unterhaltspflicht zu entziehen. Die daraus resultierende Lohneinbusse ist somit bei der Berechnung der Leistungsfähigkeit des Beklagten beachtlich. Ebenso ist nicht von einer böswilligen Einkommensreduktion der Klägerin auszugehen, ihr ist somit auch kein höheres Einkommen anzurechnen als dies die Vorinstanz getan hat. 6.1. Der Beklagte deklarierte in der Steuererklärung 2010 einen Ertrag aus seinem Liegenschaftsbesitz in der Höhe von Fr. 5'463.– pro Jahr, also Fr. 455.25 pro Monat (Urk. 11/1 S. 2 Ziff. 6.4). Einer Aufstellung des Beklagten lässt sich entnehmen, dass ihm Mietzinseinnahmen in der Höhe von Fr. 14'760.– zufließen, er aber für den Unterhalt der vermieteten Liegenschaft den doch recht stattlichen Betrag von Fr. 9'297.– aufwenden musste, woraus der erwähnte Ertrag resultiert. Die genaue Zusammensetzung der Unterhaltsaufwendungen lässt sich aber weder der Aufstellung noch den weiteren Akten entnehmen (Urk. 11/3). Die Vorinstanz berücksichtigte den Liegenschaftenertrag nicht, mit der Begründung, dass es dem Beklagten gelungen sei, glaubhaft zu machen, die Liegenschaft sei während der letzten 30 Jahre mangelhaft unterhalten worden und in den nächsten Jahren stünden kostspielige Renovationen an (Urk. 3 S. 10).

- 15 - Dem hielt die Klägerin entgegen, dass der Beklagte nicht behauptet hätte, die Investitionen stünden in den nächsten Monaten an (Urk. 27 S. 13 Rz 35). Sinngemäss macht die Klägerin somit geltend, dem Beklagten stünden im Moment und zumindest für die Dauer des Eheschutzverfahrens der Mietertrag durchaus zur Begleichung seiner Unterhaltsverpflichtungen zur Verfügung. 6.2. In wirtschaftlich knappen Verhältnissen wie den vorliegenden müssen im Trennungsfall stets von allen Beteiligten Opfer erbracht werden. Sodann sind im Fall, dass minderjährige Kinder zu versorgen sind, von den Eltern grosse Anstrengungen sowie unter Umständen auch ein Vermögensverzehr zu verlangen, um den Familienunterhalt aufzubringen. Es sind mithin nicht nur die Einkünfte aus Berufstätigkeit zu berücksichtigen. Der Vorinstanz ist insofern zuzustimmen, dass es sinnvoll ist, Liegenschaften gut zu unterhalten, hilft dies doch den Wert zu erhalten sowie regelmässigen und sicheren Mietertrag zu erzielen. Andererseits geht aber die Vermögenserhaltung oder gar Vermögensbildung den Familienunterhaltspflichten nach. Es ist deshalb zunächst sicher zu stellen, dass der Familiennotbedarf gedeckt ist und erst hernach können einzelne Familienmitglieder aus einem allfälligen, ihnen zugewiesenen Überschuss Vermögen äufnen bzw. langfristig sinnvolle vermögenserhaltende Investitionen tätigen. 6.3. Vorliegend ist glaubhaft, dass beachtliche Investitionen (insbesondere eine Dachsanierung [Urk. 5/50/2]) in die Liegenschaft in F. _____ nötig sind. Weder behauptet noch ersichtlich ist aber, dass sofortiger und dringender Handlungsbedarf zur Erhaltung der Liegenschaft nötig ist. Überdies handelt es sich nicht um eine sehr gut unterhaltene Liegenschaft mit anspruchsvoller Mieterschaft – wurde doch die letzten dreissig Jahre gar nichts investiert (Prot. I S. 53) – es ist daher auch nicht mit einem baldigen Rückgang des Ertrages zu rechnen, wenn Investitionen weiter hinausgeschoben werden. Nachdem offenbar in der Zeit vor dem Jahr 2010 der Liegenschaftenertrag von fast Fr. 20'000.– falsch, bzw. zu hoch deklariert worden war (Urk. 5/11/1 S. 2 Ziff. 6.4 sowie Urk. 5/11/5 S. 2 Ziff. 6.4), worauf der beklagtische Vertreter anläss-

- 16 - lich der Verhandlung vom 12. August 2010 hinwies (Urk. 5/10 S. 13 f.), deklarierte der Beklagte in der Steuererklärung für das Jahr 2010 am 11. März 2011 einen Liegenschaftenertrag in der Höhe von Fr. 5'463.– (Urk. 11 S. 2 Ziff. 6.4.). Der Beklagte

muss sich auf seiner eigenen Deklaration behaften lassen. Überdies erlaubt der beachtliche Abzug vom Mietzinsertrag in der Höhe von Fr. 9'297.– (Urk. 11/3) doch einiges an Unterhalt. Dabei ist auch zu beachten, dass zumindest der kleine Unterhalt gemäss Art. 259 OR der Mieterschaft obliegt und beispielsweise in Bezug auf steuerliche Abzüge je nach Kanton eine Pauschale von lediglich

E. 10

20 % des Ertrages (vorliegend wären dies max. Fr. 2'952.–) vorgesehen ist. Selbst wenn man davon ausgeht, dass der Beklagte aus betreffendem Betrag noch Grundstücks- und Vermögenssteuern (vgl. Urk. 11/6) sowie Hypozinsen bezahlen muss, sollte zumindest für die Dauer des Eheschutzverfahrens die allernötigsten Unterhaltsarbeiten bewältigt werden können. Schliesslich geht aus den Akten hervor, dass für die Dachsanierung offenbar eine Aufstockung der Hypothek bewilligt wurde, diese somit nicht aus Liegenschaftenertrag vorfinanziert werden muss (Urk. 11/8). Es rechtfertigt sich daher, dem Beklagten zuzumuten, sich in Bezug auf den Unterhalt seiner Liegenschaft für die Dauer der Eheschutzmassnahmen soweit einzuschränken, als der Liegenschaftenertrag zur Deckung des Familiennotbedarfes dringend notwendig ist. 6.4. Als Fazit ist festzuhalten, dass dem Beklagten der Betrag von Fr. 455.25 pro Monat (Urk. 11/1 S. 2 Ziff. 6.4) als zusätzliches Einkommen anzurechnen ist. 7. Aus dem Lohnausweis des Beklagten vom 21. Januar 2011 geht hervor, dass dieser bei einem Pensum von 80 % Fr. 4'930.75 pro Monat verdient (Nettoauszahlung Fr. 5'130.75 ./. Kinderzulagen Fr. 200.– = Fr. 4'930.75). Der Beklagte erhält als Angestellter der G._____ einen 13. Monatslohn. Entgegen der Berechnungsart des Beklagten (Urk. 3 S. 14 Rz. 19) ist dieser zu berücksichtigen, es resultiert daher ein Einkommen von Fr. 5'341.65 (Fr. 4'930.75 x 13 / 12 = Fr. 5'341.65). Dazu ist der Liegenschaftenertrag in der Höhe von Fr. 455.25 zu addie-

- 17 - ren (vgl. Ziff. II. 6.4. hiervor), insgesamt stehen dem Beklagten somit Fr. 5'796.90 pro Monat zur Verfügung. 8.1. Das Gericht hat den familienrechtlichen Notbedarf in Ausübung richterlichen Ermessens nach Massgabe der bisherigen Lebenshaltung, der durchschnittlich laufenden ordentlichen Ausgaben, der wirtschaftlichen Verhältnisse und der diesen Verhältnissen angemessenen Bedürfnisse der Ehegatten zu bestimmen (ZR 99 Nr. 25, E. 2.6.2; ZR 90 Nr. 95). Diese Bestimmung hat das Gericht unabhängig davon vorzunehmen, ob die zu bestimmenden Unterhaltsleistungen unter Anwendung der Dispositions- (Ehegattenunterhalt) oder Offizialmaxime (Kinderunterhalt) stehen. Dies, da die Frage, welche Einkünfte und Ausgaben der Ehegatten im Rahmen der Berechnung des Unterhaltsbeitrags im Sinne von Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB zu berücksichtigen sind, nicht tatsächlicher, sondern materiellrechtlicher Natur ist (vgl. Entscheid des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 13. Juli 2006, Kass-Nr. AA050192, E. II./1.2). Der Entscheid, ob bzw. in welchem Umfang Auslagen einer Partei, welche von der Gegenseite anerkannt wurden, in die Berechnung des Unterhaltsbeitrags einzusetzen sind, ist daher eine Frage der Rechtsanwendung, und diese erfolgt von Amtes wegen (§ 57 ZPO). 8.2. a) Die Vorinstanz hat ausgehend von einem Einkommen in der Höhe von Fr. 6'575.– festgestellt, dass ein Manko besteht. Entsprechend ist bei Zugrundelegung eines beklagteschen Einkommens von nur Fr. 5'796.90 auch weiterhin ein Manko zu befürchten. b) Sodann hat die Vorinstanz im Bedarf der Parteien – in erklärter Abweichung von der höchstrichterlichen Rechtsprechung – die Steuerlast berücksichtigt (Urk. 3 S. 13). Aufgrund der klaren und konstanten höchstrichterlichen Rechtsprechung, kann diesem Vorgehen nicht zugestimmt werden, sondern es sind vielmehr die Existenzminima strikt nach betriebsrechtlichen

Grundsätzen, welche die Steuern nicht einschliessen, zu berechnen (Bähler, Handbuch des Unterhaltsrechts,

- 18 - Bern 2010, S. 719, Rz 12.71 m. H. a. BGE 126 III 353, 356 E. 1a/aa ff. ausdrücklich bestätigt zuletzt in BGer 5A_525/2007, E. 7). c) Folgerichtig, aufgrund der Berücksichtigung der Steuerlast, teilte die Vorinstanz sodann das Manko – wiederum in Abweichung von der bundesgerichtlichen Praxis – auf die beiden Parteien auf (Urk. 3 S. 13). Die höchstrichterliche Praxis, dass nur die unterhaltsberechtigende Partei alleine ein allfälliges Manko zu tragen hat, erwuchs aus der Lehre gegründete Kritik, welche das Bundesgericht in einem jüngeren Entscheid aufnahm. Nach ausführlicher Diskussion wurde aber an der bisherigen Praxis ausdrücklich festgehalten. Das Bundesgericht stellte sich auf den Standpunkt, dass diesbezüglich der Gesetzgeber gefordert sei (BGE 135 III 66 E. 10). Es bleibt daher kein Raum für andere Lösungen, das Manko ist alleine der unterhaltsberechtigenden Partei aufzuerlegen. d) Aufgrund der äusserst angespannten finanziellen Verhältnisse, bzw. da selbst bei Nichtberücksichtigung der Steuerlast und Berücksichtigung der Familienzulagen ein Mangelfall vorliegt, sind die Steuern nicht im Existenzminimum einzurechnen, es ist dem Beklagten also nur das enge, rein betriebsrechtliche Existenzminimum zu belassen, in der Folge ist er aber nicht mit dem Manko zu belasten. e) Weiter ist zu beachten, dass in derart knappen Verhältnissen kein Raum besteht, Beträge zu berücksichtigen, die nicht zum betriebsrechtlichen (strikten/engen) Existenzminimum gehören. So sind die Kosten für Energie (ausser Heizenergie) aus dem Grundbetrag zu bezahlen (Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 16. September 2009, Ziff. II. und Ziff. III. 1.1. f.). Überdies ist im Mietzins von Fr. 1'440.– bzw. 1'420.– bereits eine monatliche Akontozahlung für Heiz- und Warmwasserkosten, Wasserversorgung, Allgemestrom, etc. enthalten (Urk. 5/11/11 und Urk. 5/50/3). Für Strom, Gas und Wasser kann somit bei beiden Parteien keine gesonderte Position berücksichtigt werden.

- 19 - 8.3. Die Bedarfsberechnung der Parteien präsentiert sich somit wie folgt: Klägerin [Fr.] Beklagter [Fr.] 1'350.00 Grundbetrag 1'200.00 400.00 Kinderzuschlag 1'440.00 Mietzins 1'420.00 158.00 Telefon, Radio, TV 158.00 45.00 Hausrat / Haftpflicht 45.00 267.00 Krankenkasse 269.00 62.00 Krankenkasse Tochter Fahrtkosten / Auto 200.00 110.00 ausw. Verpflegung 377.00 Kinderbetreuung 4'209.00 Total 3'292.00 1'300.00 Einkommen 5'796.90 Einem Familienbedarf von Fr. 7501.– steht ein Familieneinkommen von Fr. 7'096.90 gegenüber, es besteht ein Manko von Fr. 404.10. Selbst bei Berücksichtigung der Familienzulagen bleibt ein Manko in der Höhe von Fr. 204.10 bestehen. 8.4. Zur Berechnung des Unterhaltsbeitrages ist vom Einkommen des Beklagten dessen Existenzminimum abzuziehen und der verbleibende Betrag als Unterhaltsbeitrag festzulegen. Daraus ergibt sich ein Unterhaltsbeitrag in der Höhe von gerundet Fr. 2'500.– (Fr. 5'796.– ./ Fr. 3'292.– = Fr. 2'504.–). III. 1. Die Vorinstanz hat in Anwendung von § 71 ZPO/ZH den Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen ausdrücklich dem Endentscheid vorbehalten, weshalb diesbezüglich keine weiteren Vorkehren zu treffen sind.

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