

# ZH\_OBERGERICHT LE120001 vom 19. September 2012

ZH Obergericht, 2012-09-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LE120001](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE120001)

FR: ZH\_OBERGERICHT LE120001 du 19 septembre 2012

IT: ZH\_OBERGERICHT LE120001 del 19 settembre 2012

## Erwägungen

### E. 1

Die Parteien stehen seit Ende Juli 2011 im Eheschutzverfahren (Urk. 1). Mit Urteil und Verfügung vom 22. Dezember 2011 bewilligte der Vorderrichter den Parteien das Getrenntleben und regelte dessen Folgen im eingangs wieder-

- 8 - gegebenen Sinne (Urk. 28 S. 29ff.). Ferner bewilligte er beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 28 S. 28).

### E. 1.1

Der Beklagte macht geltend, beim von der Klägerin an der Verhandlung vom 29. September 2011 neu gestellten Antrag auf Ermächtigung zur Veräusserung der Liegenschaft ohne seine Zustimmung handle es sich um eine unzulässige Klageänderung im Sinne von Art. 227 ZPO (Urk. 27 S. 4). Anlässlich der Klageeinleitung vom 27. Juli 2011 habe nämlich die Klägerin im Rahmen des Gesuchs um Erlass von Eheschutzmassnahmen den Antrag gestellt, es sei ihr die eheliche Liegenschaft zur alleinigen Benutzung zuzuweisen. Anlässlich der Hauptverhandlung habe sie dieses Begehren unzulässigerweise ergänzt, indem sie geltend gemacht habe, es sei ihr das Recht einzuräumen, die Liegenschaft ohne seine Zustimmung zu veräussern. Dabei handle es sich um einen neuen Antrag, welcher mit dem ursprünglichen Antrag auf Zuteilung der Liegenschaft nicht in Zusammenhang stehe, sondern diesem vielmehr widerspreche (Urk. 27 S. 5).

### E. 1.2

Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, dass sie bereits bei Einreichung des Eheschutzbegehrens das Gericht darum ersucht habe, die Parteien zur Hauptverhandlung vorzuladen und sich das Stellen von weiteren Anträgen anlässlich der Verhandlung ausdrücklich vorbehalten habe. Weder der Beklagte noch die Vorinstanz hätten dagegen opponiert. Sie habe mit dem neu gestellten Antrag das Klagefundament nicht geändert, sondern habe am Antrag auf Erlass von Eheschutzmassnahmen und der Regelung des Getrenntlebens festgehalten. Es liege daher keine Klageänderung vor (Urk. 39 S. 3f.).

### E. 1.3

Der Vorderrichter hat nicht geprüft, ob es sich beim neuen Antrag der Klägerin um eine Klageänderung handelt und wenn ja, ob diese zulässig sei. Ob die Voraussetzungen für eine Klageänderung gegeben sind, ist indes eine Pro-

- 15 - zessvoraussetzung und von Amtes wegen und damit ohne entsprechenden Parteienantrag zu prüfen (Leuenberger in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 227 N 12). Vor diesem Hintergrund ist das Argument der Klägerin, der Beklagte habe den neu gestellten Antrag anlässlich der Hauptverhandlung nicht in Frage gestellt, weshalb

er zumindest konkludent seine Zustimmung erteilt habe, dass über diesen Antrag verhandelt werde (Urk. 39 S. 5), in diesem Zusammenhang nicht stichhaltig.

#### **E. 1.4**

Im Eheschutzverfahren ist zwar grundsätzlich schriftlich ein Gesuch einzureichen (Art. 252 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 130 ZPO), wobei das Gesuch ein Rechtsbegehren zu enthalten hat, welches in knapper Form umschreibt, was der Gesuchsteller vom Gericht zugesprochen erhalten will. Dieses ist so zu formulieren, dass es im Fall der Gutheissung ohne weitere Ergänzungen inhaltlicher Art zum Urteil erhoben werden kann (Chevalier in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 252 N. 6f.). Es findet indes im summarischen Verfahren kein vorgängiger Schriftenwechsel statt, vielmehr führt das Gericht eine mündliche Verhandlung durch (Art. 273 Abs. 1 ZPO). Eine Klageänderung ist daher gestützt auf Art. 227 Abs. 1 ZPO bis zu den ersten Parteivorträgen an der Hauptverhandlung zulässig, wenn der geänderte oder neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist und mit dem bisherigen Anspruch in sachlichem Zusammenhang steht oder die Gegenpartei zustimmt.

#### **E. 1.5**

Unbestrittenermassen sind sowohl die Zuweisung der Liegenschaft zur alleinigen Benützung als auch die Ermächtigung zum Verkauf der ehelichen Liegenschaft im summarischen Verfahren zu regeln (vgl. Art. 271 lit. a und c ZPO). Es ist zwar zutreffend, dass die Klägerin den Antrag betreffend Ermächtigung zum Verkauf der Liegenschaft ohne Zustimmung des Beklagten erst in der Verhandlung zum ersten Mal gestellt hat. Indes hat sie bereits in ihrem Eheschutzgesuch einen Antrag auf Zuteilung der ehelichen Liegenschaft zur alleinigen Benutzung gestellt (Urk. 1, Antrag Ziffer 2). Letztlich geht es in beiden Anträgen um das Schicksal der ehelichen Liegenschaft und im Begehren unter anderem um die infolge der Trennung neu zu regelnde finanzielle Situation der Parteien, macht doch die Klägerin geltend, die Liegenschaft sei nach der Trennung der Parteien längerfristig finanziell nicht tragbar (Urk. 10 S. 11, Urk. 39 S. 6). Der Sachzusammenhang zwischen dem neuen, anlässlich der Hauptverhandlung gestellten Begehren betreffend Ermächtigung zum Verkauf der Liegenschaft ohne Zustimmung des Beklagten und den Anträgen gemäss Eheschutzgesuch ist daher gegeben. Beim neuen Antrag handelt es sich daher um eine zulässige Klageänderung im Sinne von Art. 227 Abs. 1 lit. a ZPO. 2. Ermächtigung zum Verkauf der Liegenschaft

#### **E. 2**

Mit Eingabe vom 6. Januar 2012 erhob der Beklagte, Erstberufungskläger und Zweitberufungsbeklagte (fortan Beklagter) Berufung gegen den vorinstanzlichen Entscheid, wobei er - wie sich aus den eingangs wiedergegebenen Anträgen ergibt - lediglich die Ermächtigung der Klägerin, Erstberufungsbeklagten und Zweitberufungsklägerin (fortan Klägerin) zum Verkauf der ehelichen Liegenschaft anfecht. Nachdem dem Beklagten mit Präsidialverfügung vom 9. Januar 2012 Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt worden war (Urk. 31), stellte er mit Eingabe vom 12. Januar 2012 auch für das Berufungsverfahren ein Armenrechtsgesuch (Urk. 32). Daraufhin wurde ihm mit Präsidialverfügung vom 24. Februar 2012 die Frist zur Leistung des Kostenvorschusses wieder abgenommen (Urk. 33). Unter Hinweis auf den Liegenschaftsbesitz der Klägerin wurde sodann beiden Parteien Frist angesetzt, um den Verkehrswert der Liegenschaft ... in C.\_\_\_\_\_ zu belegen (Urk. 33, Dispositiv-Ziffer 2). Die

Stellungnahme der Klägerin hierzu datiert vom 8. März 2012 (Urk. 34), jene des Beklagten vom 15. März 2012 (Urk. 37). Unterm 10. April 2012 erstattete die Klägerin schliesslich die Erstberufungsantwort (Urk. 39).

### **E. 2.1**

Die Vorinstanz erwog mit Bezug auf die Ermächtigung zum Verkauf der Liegenschaft, dass es sich bei der Liegenschaft ... in C.\_\_\_\_\_ nicht mehr um die Familienwohnung handle, weil der Beklagte die Wohnung dauerhaft verlassen habe und eine Wiederaufnahme des Zusammenlebens eher unwahrscheinlich sein dürfte. Auch habe der Beklagte die klägerischen Ausführungen im Zusammenhang mit der Anordnung der Gütertrennung, die Parteien hätten das Zusammenleben dauerhaft aufgegeben, nicht bestritten. Mangels Qualifizierung als Familienwohnung komme Art. 169 ZGB nicht mehr zur Anwendung (Urk. 28 S. 18ff.). Da in Lehre und Rechtsprechung umstritten sei, inwiefern Art. 169 ZGB bei definitivem Verlassen der Familienwohnung zur Anwendung gelange, so die Vorinstanz weiter, sei der Vollständigkeit halber zu prüfen, wie sich die Anwendung von Art. 169 ZGB vorliegend auswirke. Aufgrund einer ausführlichen Interessenabwägung kam der Vorderrichter zum Schluss, die eheliche Liegenschaft sei auf Dauer finanziell nicht haltbar und es sei zumindest fraglich, ob die Klägerin als Alleineigentümerin der Liegenschaft finanzielle Unterstützung der Sozialhilfe oder im Rahmen der Alimentenbevorschussung erhalte. Auch das Interesse der Kinder, in einer möglichst stabilen Wohnsituation aufwachsen zu können, was angesichts der drohenden Zwangsverwertung der Liegenschaft nicht garantiert werden könnte, gewichtete die Vorinstanz zugunsten der Klägerin. Zusammenfassend kam die Vorinstanz zum Schluss, dass die Anwendung von Art. 169 ZGB zum gleichen Ergebnis führe wie die Nichtanwendung, weshalb der Klägerin der Klarheit halber die Ermächtigung zum Verkauf der ehelichen Liegenschaft ohne die Zustimmung des Beklagten zu erteilen sei (Urk. 28 S. 21ff.).

- 17 -

### **E. 2.2**

Der Beklagte macht mit seiner Berufung geltend, er habe seit dem Erwerb persönliche Arbeit und finanzielle Mittel in die eheliche Liegenschaft gesteckt und so einen erheblichen Mehrwert geschaffen. Diesen Mehrwert gelte es zu schützen, weshalb er sich gegen die Veräusserung der Liegenschaft stelle (Urk. 27 S. 6).

### **E. 2.3**

Hinsichtlich der Voraussetzungen, wann eine Wohnung als Familienwohnung zu gelten hat, kann auf die ausführlichen und zutreffenden Ausführungen des Vorderrichters verwiesen werden (Urk. 28 S. 18f.). Ergänzend ist lediglich auf den Schutzzweck von Art. 169 ZGB zu verweisen. Dieser besteht darin, zu verhindern, dass derjenige Ehegatte, welcher an der Familienwohnung die dinglichen oder obligatorischen Rechte inne hat, diese dem anderen Ehegatten, welcher zu Wohnzwecken auf diese Wohnung angewiesen ist, gegen dessen Willen entziehen kann, indem er beispielsweise den Mietvertrag kündigt oder die Liegenschaft veräussert (Schwander, BSK ZGB I, Art. 169 N 1; BGE 114 II 399). Vor dem Hintergrund dieses Schutzzwecks ist die vorinstanzliche Auffassung, wonach Art. 169 ZGB nicht zur Anwendung gelange, zu bestätigen: Die Klägerin ist unbestrittenermassen Alleineigentümerin der Liegenschaft, und sie bewohnt zusammen mit den fünf gemeinsamen Kindern die ehemalige Familienwohnung, während der Beklagte bereits ausgezogen ist. Letzterer macht nicht geltend, ein (berechtigtes) Interesse am

Bewohnen der ehelichen Liegenschaft zu haben, sondern lehnt die Veräusserung der Liegenschaft letztlich einzig wegen seinen (allfälligen) güterrechtlichen Ansprüchen ab, welchen er das Haftungssubstrat entzogen sieht, wenn die Klägerin die Liegenschaft noch während des Getrenntlebens veräussert (Urk. 27 S. 5f.). Der Sicherung allfälliger finanzieller Ansprüche dient indes die Bestimmung von Art. 169 ZGB wie gezeigt nicht, sondern lediglich dem Schutz des weder dinglich noch obligatorisch berechtigten Ehegatten vor dem Entzug der von ihm für Wohnzwecke benötigten Familienwohnung. Nachdem jedoch die Klägerin als Bewohnerin der ehelichen Liegenschaft auch deren Alleineigentümerin ist, benötigt sie den Schutz von Art. 169 ZGB nicht, während der Beklagte sich nicht auf die genannte Bestimmung berufen kann, weil er die eheliche Liegenschaft nicht mehr bewohnt und auch nicht bewohnen will,

- 18 - haben sich die Parteien doch auf die Zuweisung der ehelichen Wohnung an die Klägerin geeinigt (Urk. 14). Zudem macht der Beklagte auch in der Berufung nicht geltend, das Getrenntleben der Parteien sei nur vorübergehender Natur. Die Berufung des Beklagten ist daher abzuweisen. Der Vollständigkeit halber sei der Beklagte darauf hingewiesen, dass allfälligen güterrechtlichen Ansprüchen der laufende Unterhalt der Familie vorgeht. Wenn wie vorliegend die Klägerin ein monatliches Manko von rund Fr. 1'200.– zu tragen hat, besteht der Beitrag des Beklagten - neben der Leistung eines seiner Leistungsfähigkeit entsprechenden Unterhaltsbeitrags - an den laufenden Unterhalt darin, dass er eine stetige Reduktion seines (allfälligen) güterrechtlichen Anspruchs in Kauf nehmen muss.

#### **E. 2.4**

Vor diesem Hintergrund kann auch offen bleiben, ob die Klägerin als Alleineigentümerin Sozialleistungen erhält oder nicht. Der Entscheid, ob es wirtschaftlich sinnvoller ist, der Klägerin eine günstige (eigene) Wohnung zuzugestehen und dafür allenfalls gegen die Unterzeichnung einer grundbuchrechtlich abgesicherten Rückerstattungsverpflichtung (§ 20 SHG) einstweilen auf die Liquidation des Vermögens zu verzichten, bleibt einzig der Sozialbehörde vorbehalten.

#### **E. 2.5**

Zusammengefasst benötigt die Klägerin keine Zustimmung des Beklagten, um die eheliche Liegenschaft verkaufen zu können, weshalb sie kein Rechtsschutzinteresse an der Anwendung von Art. 169 ZGB hat. Dispositiv-Ziffer 9 des angefochtenen Urteils ist daher aufzuheben und auf den Antrag der Klägerin auf Ermächtigung zur Veräusserung der Liegenschaft ... in C.\_\_\_\_\_ ohne Zustimmung des Beklagten ist nicht einzutreten. III. 1. Ausgangsgemäss sind die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu regeln (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Die Klägerin obsiegt mit ihrer Berufung hinsichtlich der Unterhaltsbeiträge (fast) vollständig. Die Berufung des Beklagten wird abgewiesen. Es rechtfertigt sich, die Kosten des Berufungsverfahrens vollumfänglich

- 19 - dem Beklagten aufzuerlegen. Er hat der Klägerin eine Parteientschädigung zu bezahlen. Gestützt auf die § 6 Abs. 1 bis 3 i.V.m. § 5 Abs. 1, § 11 und 13 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 erscheint eine Entschädigung von Fr. 4'000.– zuzüglich Fr. 320.– MwSt, mithin Fr. 4'320.– als angemessen. 2. a) Beide Parteien stellen für das Berufungsverfahren ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 32 S. 2 und Urk. 42/27 S. 2). b) Die Vorinstanz hat die Voraussetzungen für die Gewährung des Armenrechts zutreffend dargelegt, weshalb auf deren Erwägungen

verwiesen werden kann (Urk. 28 S. 27f.). c) Das von der Klägerin gestellte Begehren um Befreiung von den Gerichtskosten wird gegenstandslos. Es ist abzuschreiben (Art. 242 ZPO). Wie oben dargestellt, verfügen beide Parteien über geringe Einkommen, so dass es ihnen nicht möglich ist, aus den laufenden Einkünften neben ihrem Lebensunterhalt auch noch für Gerichts- und Anwaltskosten aufzukommen. Allerdings verfügt die Klägerin über eine Liegenschaft, welche in ihrem Alleineigentum steht. Diese hat sie im Juni 2007 für Fr. 480'000.– erworben (Urk. 3/10). Gemäss Steuererklärung 2010 bestehen darauf Hypotheken im Umfang von total Fr. 928'300.–, während ein Steuerwert von Fr. 959'000.– ausgewiesen wird (Urk. 3/9). Der Steuerwert liegt erfahrungsgemäss unter dem Verkehrswert, weshalb die Parteien aufgefordert wurden, eine Verkehrswertschätzung einzureichen (Urk. 33). Daraufhin verwies die Klägerin auf die Schätzung des Betreibungsamtes C.\_\_\_\_\_, welches einen Verkehrswert von Fr. 1'200'000.– veranschlagte (Urk. 34 mit Verweis auf Urk. 3/11 S. 4), während der Beklagte in seiner Stellungnahme darauf verwies, dass seines Wissens eine Verkehrswertschätzung des Hauseigentümerversandes vorliege, diese Unterlagen befänden sich jedoch bei der Klägerin (Urk. 36). In seiner abschliessenden Stellungnahme schloss er sich sodann den Ausführungen der Klägerin an und erklärte, es lasse sich nicht mehr eruieren, wer die Liegenschaft geschätzt habe (Urk. 37). Die Liegenschaft ist ferner gepfändet für Steuerschulden im Umfang von rund Fr. 34'000.– (Urk. 3/11). Angesichts des Schätzwerts der Liegenschaft, welcher rund Fr. 270'000.– über der Belastung mit Hypotheken

- 20 - liegt, kann die Klägerin nicht als mittellos gelten. Vielmehr ist davon auszugehen, dass sie mit dem ohnehin ins Auge gefassten freihändigen Verkauf, für welchen sie zwar die Zustimmung des Betreibungsamtes braucht, der aber nicht a priori ausgeschlossen ist (Art. 96 Abs. 1 SchKG i.V.m. Art. 143b SchKG), einen genügend hohen Erlös erzielen können, um damit neben den Schulden auch noch für allfällige von ihr zu tragende Kosten dieses Prozesses aufkommen zu können. Zwar ist der Klägerin darin zuzustimmen, dass die Voraussetzungen zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Zeitpunkt der Gesuchstellung zu beurteilen sind und dabei nur Vermögen berücksichtigt werden darf, welches bereits bei Einreichung des Gesuchs vorhanden bzw. verfügbar war (Urk. 34 S. 2). Der von ihr zitierte Bundesgerichtsentscheid 5P.433.2005 ist indes vorliegend nicht einschlägig, da der einzige Vermögenswert jener Gesuchstellerin ein güterrechtlicher Anspruch auf Leistung eines Barbetrags war. Vorliegend war und ist die Klägerin indes Alleineigentümerin einer Liegenschaft und damit eines nicht unerheblichen Vermögenswerts, welcher ihr auch schon bei Einreichung des Armenrechts gehört hat und über welchen sie verfügen kann bzw. auch will. Parteien, welche ihr Vermögen in Immobilien angelegt haben, sollen in Bezug auf die Gewährung des Armenrechts nicht besser gestellt werden als solche, die ihr Vermögen auf ein Sparbuch gelegt oder in Wertschriften angelegt haben. Von diesen wird ohne Weiteres erwartet, dass sie zwecks Finanzierung des Prozesses das Geld sofort abheben oder die Wertschriften veräussern (BGE 119 Ia 11 = Pra 1995 Nr. 21; AJP 2/95 S. 181). Es ist davon auszugehen, dass die Klägerin die Liegenschaft innerhalb eines Jahres verkaufen können und damit innert angemessener Frist allfällige Kosten ihrer Rechtsvertreterin decken können. Das Gesuch der Klägerin um Zuspreehung einer unentgeltlichen Rechtsvertreterin ist daher ebenfalls abzuweisen. d) Was den Beklagten anbelangt, so ist er mittellos, da er über keinerlei Vermögenswerte verfügt. Allerdings geht die Pflicht des Staates zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege der Beistandspflicht aus Familienrecht nach (BGE 85 I 1 ff.; ZR 83 Nr. 21 und ZR 90 Nr. 82). In diesem Sinne kommt die Gewährung des

prozessualen Armenrechts nur in Frage, wenn der ansprechenden

- 21 - Partei kein Prozesskostenvorschuss zugesprochen oder die Gegenpartei nicht gestützt auf die eheliche Beistandspflicht zur Übernahme der Prozesskosten verpflichtet werden kann. Vorliegend verfügt die Klägerin über ausreichend Vermögen, welches es ihr erlaubt hätte, auch die Verfahrenskosten des Beklagten zu übernehmen. Die Voraussetzungen zur Gewährung des prozessualen Armenrechts sind seitens des Beklagten somit ebenfalls nicht gegeben, weshalb auch sein Gesuch abzuweisen ist. Es wird beschlossen: 1. Das Berufungsverfahren Geschäfts-Nr. LE120002 wird mit dem vorliegenden Berufungsverfahren Geschäfts-Nr. LE120001 vereinigt und unter dieser Nummer weitergeführt. 2. Das Berufungsverfahren Geschäfts-Nr. LE120002 wird als dadurch erledigt abgeschlossen. 3. Das Gesuch der Klägerin um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.

### **E. 3**

a) Auf Seiten des Beklagten moniert die Klägerin unter anderem die Wohnkosten. Sie will ihm lediglich Fr. 1'200.– für die Wohnung zugestehen, während der Vorderrichter für die zweite Unterhaltsphase Fr. 1'400.– in der Bedarfsberechnung des Beklagten berücksichtigt hat (Urk. 28 S. 8). Die Klägerin begründet dies damit, dass der Beklagte lediglich Wohnkosten von Fr. 1'070.– geltend gemacht habe, während sie ihm Fr. 1'200.– zugestanden habe. Der Beklagte habe das Besuchsrecht bisher nur tageweise ausgeübt und auch nicht immer alle Kinder zusammen auf Besuch genommen. Auch habe er weder geltend gemacht,

- 10 - dass er auf Wohnungssuche sei, noch sei seinen Ausführungen zu entnehmen, dass ihm tatsächlich daran gelegen sei, zu den Kindern künftig regelmässigeren und intensiveren Kontakt zu haben. In Anbetracht der engen finanziellen Verhältnisse sei daher die von der Vorinstanz ohne entsprechende Parteianträge vorgenommene Erhöhung der Wohnkosten auf Fr. 1'400.– nicht gerechtfertigt (Urk. 42/5f.). Der Vorderrichter argumentierte, aufgrund der Tatsache, dass der Beklagte in der zweiten Phase fünf Kinder jeweils über ein ganzes Wochenende zu betreuen haben werde, rechtfertige es sich, den von der Klägerin vorgebrachten Beitrag von Fr. 1'200.– angemessen zu erhöhen und für die Wohnkosten gerichtsüblich Fr. 1'400.– zu berücksichtigen (Urk. 28 S. 8). Die Klägerin wird zusammen mit den Kindern ein grosses Manko zu tragen haben, da der Beklagte aufgrund seiner mangelnden Leistungsfähigkeit nicht zu kostendeckenden Unterhaltsbeiträgen verpflichtet werden kann. Hinzu kommt, dass er sich im Berufungsverfahren nicht dazu vernehmen lässt, ob er tatsächlich auf Wohnungssuche ist und wie er sich zu einer Ausdehnung des Besuchsrechts gemäss der von den Parteien vor Vorinstanz abgeschlossenen Vereinbarung stellt. Er führte vor Vorinstanz indes aus, dass er angesichts seiner alles andere als rosigen finanziellen Situation sehr lange nach einer neuen Wohnung suchen müssen. Diese sei sehr klein, aus finanziellen Gründen könne er sich jedoch nicht mehr leisten (Urk. 12 S. 5). Überdies machte er keinen hypothetischen Mietzins geltend (Urk. 12 S. 8). Angesichts dieser Umstände rechtfertigt es auch die zu Gunsten des Unterhaltsschuldners geltende Officialmaxime nicht, mehr als die dem Beklagten von der Klägerin zugestandenen hypothetischen Wohnkosten von Fr. 1'200.– im Bedarf zu berücksichtigen, auch wenn es vor dem Hintergrund der Ausübung des Wochenendbesuchsrechts gemäss der Vereinbarung der Parteien sehr wünschenswert wäre, wenn der Beklagte eine grössere Wohnung zur Verfügung hätte. b) Weiter macht die Klägerin geltend, es sei dem Beklagten zumutbar, sich nach der Trennung von der Gemeinde neu einschätzen zu lassen

und gestützt darauf eine Prämienverbilligung zu beantragen. Eine solche werde bei einer Än-

- 11 - derung des Zivilstandes auch rückwirkend ausgerichtet. Es sei ihm für die Krankenkasse daher lediglich ein Betrag von Fr. 308.– in die Bedarfsberechnung einzusetzen (Urk. 42/27). Der Vorderrichter erwog, dass die Prämienverbilligung bei der Krankenkasse nur berücksichtigt werden könne, wenn eine solche auch tatsächlich bezogen werde. Der blosser Anspruch auf eine Prämienverbilligung genüge nicht. Da der Beklagte unbestrittenermassen keine Prämienverbilligung erhalte, sei der volle Betrag seiner Grundversicherung von Fr. 360.– in seiner Bedarfsberechnung zu berücksichtigen (Urk. 28 S. 10). Zu Recht hat der Vorderrichter darauf hingewiesen, dass eine Prämienverbilligung nur dann in der Bedarfsberechnung zu berücksichtigen ist, wenn eine solche auch tatsächlich ausgerichtet wird. Es handelt sich dabei jedoch um eine Regel, welche grundsätzlich verhindern soll, dass den Parteien rückwirkend ein hypothetischer Bedarf angerechnet wird. Zwar ist unbestritten, dass der Beklagte im Jahr 2011 keine Prämienverbilligung bezogen hat. Allerdings ist vorliegend darauf hinzuweisen, dass die Parteien - und insbesondere auch der Beklagte - bereits für das Jahr 2010 eine Prämienverbilligung bezogen hatten (Urk. 42/30/4). Spätestens seit der Verhandlung vor Vorinstanz vom 29. September 2011 musste dem Beklagten sodann bewusst sein, dass er eine solche bei der Wohnsitzgemeinde beantragen kann. Da sich die Parteien erst im Jahr 2011 getrennt haben, werden sie gestützt auf § 52 Abs. 3 StG für das gesamte Jahr 2011 separat besteuert, was dazu führen wird, dass für das Steuerjahr 2011 andere Grundlagen gelten werden. Hinzu kommt indes, dass vorliegend lediglich die Unterhaltsbeiträge ab März 2012 im Streit liegen, somit nicht rückwirkend eine Prämienverbilligung angerechnet wird, weil der Beklagte gemäss dem von der Klägerin eingereichten Merkblatt zur Prämienverbilligung nach der Trennung der Ehe und somit auch noch nach der Durchführung der erstinstanzlichen Eheschutzverhandlung bei der Behörde ein Gesuch um Ausrichtung der Individuellen Prämienverbilligung für die Zeit ab 1. Januar 2012 einreichen konnte (Urk. 42/30/3). Gestützt auf die vorliegenden finanziellen Verhältnisse und angesichts der vom Beklagten zu leistenden Unterhaltsbeiträge ist mit der Klägerin davon auszugehen, dass er eine

- 12 - Prämienverbilligung von Fr. 624.– pro Jahr, mithin Fr. 52.– monatlich erhalten wird. Es sind in seinem Bedarf daher Krankenkassenprämien von Fr. 308.– zu berücksichtigen.

c) Die Klägerin moniert weiter, die Vorinstanz habe zu Unrecht auf Seiten des Beklagten Mehrkosten für auswärtige Verpflegung von Fr. 300.– monatlich berücksichtigt. Es seien dafür lediglich Fr. 10.– pro Arbeitstag, also Fr. 220.– monatlich zu berücksichtigen, da Fr. 10.– für die Mittagsverpflegung bereits im Grundbetrag enthalten seien (Urk. 42/27 S. 7). Der Vorderrichter berücksichtigte für die auswärtige Verpflegung Fr. 300.– pro Monat und begründete dies damit, dass bei einer Tätigkeit als Sanitärinstallateur, welche der Berechnung des hypothetischen Einkommens ab März 2012 zugrunde gelegt worden sei, nicht davon auszugehen sei, dass ihm die Verpflegung wie bis anhin direkt vom Lohn abgezogen werde oder dass ihm eine Kantinenverpflegung zur Verfügung stehen werde (Urk. 28 S. 11). Wie die Klägerin zu Recht geltend macht, sind lediglich die Mehrkosten für die auswärtige Verpflegung in der Bedarfsberechnung zu berücksichtigen, wobei sich der Betrag auf Fr. 5.– bis 15.– für jede Hauptmahlzeit beläuft (vgl. Ziffer III.3.2. des Kreisschreibens der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich betreffend Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums

vom 16. September 2009 (fortan Kreisschreiben)). Nachdem der Beklagte weder im erstinstanzlichen noch im Berufungsverfahren Ausführungen zu den zu erwartenden Mehrkosten gemacht hat, ist angesichts der engen finanziellen Verhältnisse davon auszugehen, dass sich der Beklagte für Fr. 20.– pro Mittag angemessen verpflegen kann. Es ist ihm daher für die auswärtige Verpflegung ein Betrag von Fr. 220.– monatlich im Bedarf anzurechnen. d) Hinsichtlich der Kosten für den Arbeitsweg will die Klägerin dem Beklagten lediglich Fr. 80.– zugestehen und führt hierzu aus, der Beklagte könne sich damit ein ZVV-Abonnement für 2 bis 3 Zonen leisten. Zu berücksichtigen sei ferner, dass Sanitärinstallateuren häufig ein Geschäftswagen zur Verfügung gestellt

- 13 - werde, mit welchem sie von zu Hause aus direkt an den Ort ihrer Arbeitseinsätze fahren könnten (Urk. 42/27 S. 7). Der Vorderrichter erwog, dass vom Beklagten auch künftig die Nähe von Wohn- und Arbeitsort angestrebt werden sollte, indes könne dies angesichts des geringen Leerwohnungsbestands nicht ohne weiteres vorausgesetzt werden. Dem Beklagten seien daher in der Bedarfsberechnung Kosten für den Arbeitsweg zuzugestehen. Mangels konkreter Angaben sei dafür ein Betrag von Fr. 300.– sachgerecht und angemessen (Urk. 28 S. 11). Da der Beklagte auch im Berufungsverfahren keine Ausführungen zu seinen allfälligen (hypothetischen) Berufsauslagen machte, erscheint ein Betrag von Fr. 300.– angesichts des im Kreisschreiben vorgesehenen Betrags von Fr. 100.– bis Fr. 600.– monatlich für den Gebrauch eines Autos, welches überdies Kompetenzcharakter haben muss (vgl. Ziffer III.3.4. lit. e des Kreisschreibens), als überhöht, zumal lediglich die Betriebskosten berücksichtigt werden können. Es sind dem Beklagten daher lediglich die Kosten für den öffentlichen Verkehr zuzugestehen. Ein solches Abonnement kostet für drei Zonen - was aufgrund des Umstands, dass dem Beklagten ein hypothetisches Einkommen angerechnet wird, angemessen erscheint - Fr. 1'035.– pro Jahr (<http://www.zvv.ch/de/tickets/tickets-und-preise/netzpass/index.html>). Es sind in der Bedarfsberechnung des Beklagten daher Fr. 86.– für den öffentlichen Verkehr zu berücksichtigen. e) Die übrigen Bedarfspositionen blieben unangefochten. Zusammengefasst ist daher für die Zeit ab 1. März 2012 gestützt auf den vorinstanzlichen Entscheid (Urk. 28 S. 7) und die obigen Erwägungen von folgendem Bedarf des Beklagten auszugehen: Grundbetrag: Fr. 1'200.– Wohnkosten (inkl. NK): Fr. 1'200.– Hausrat/Haftpflicht: Fr. 30.– Krankenkasse: Fr. 308.– Telefon/Radio/Fernsehen: Fr. 120.– Berufsauslagen: Fr. 306.–

- 14 - Total: Fr. 3'164.–

#### **E. 4**

Das Gesuch des Beklagten um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.

#### **E. 5**

Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit nachfolgendem Erkenntnis.

#### **E. 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 (betreffend Vereinigung) im Sinne von Art. 90 BGG bzw. ein Zwischenentscheid (betreffend Abweisung unentgeltliche Rechtspflege) im Sinne von Art. 92 BGG. Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

- 22 - Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. und erkannt: 1. In teilweiser Gutheissung der Berufung der Klägerin wird die Dispositiv-Ziffer

#### **E. 7**

Abs. 2 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 22. Dezember 2011 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt: "Der Beklagte wird sodann verpflichtet, der Klägerin ab 1. März 2012 für die weitere Dauer des Getrenntlebens monatliche Unterhaltsbeiträge von total Fr. 1'875.–, nämlich Fr. 375.– für jedes Kind, zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen zu bezahlen, zahlbar im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats." 2. In Abweisung der Berufung des Beklagten wird Dispositiv-Ziffer 9 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 22. Dezember 2011 bestätigt 3. Es wird festgestellt, dass die Dispositiv-Ziffern 1 bis 7 Abs. 1, 8 und 10 bis

#### **E. 12**

des Urteils der Vorinstanz vom 22. Dezember 2011 unangefochten geblieben sind und am 22. Dezember 2011 in Rechtskraft erwachsen sind. 4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'000.– festgesetzt. 5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt. 6. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 4'320.– zu bezahlen. 7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster, je gegen Empfangsschein.

- 23 - Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück. 8. 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 mehr als Fr. 30'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 19. September 2012 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. P. Kunz Bucheli versandt am: se

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