

ZH_OBERGERICHT LE120027 vom 30. Januar 2013

ZH Obergericht, 2013-01-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE120027

FR: ZH_OBERGERICHT LE120027 du 30 janvier 2013

IT: ZH_OBERGERICHT LE120027 del 30 gennaio 2013

Erwägungen

E. 1

Die Parteien sind verheiratet und haben einen gemeinsamen Sohn: C._____, geboren am tt.mm.2009. Mit Eingabe vom 26. Juni 2011 gelangte die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan: Gesuchstellerin) an das Bezirks- gericht Dietikon und ersuchte um Anordnung von Eheschutzmassnahmen (Urk. 1). Betreffend den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 68 S. 3 ff.). Die Vorinstanz fällte am 25. April 2012 das eingangs wiedergegebene Urteil (Urk. 68).

- 5 -

E. 2

Was die allgemeinen Erwägungen der Vorinstanz zur Natur des summarischen Verfahrens und zum familienrechtlichen Unterhalt anbelangt, so sind diese zutreffend, und es kann darauf verwiesen werden (Urk. 68 S. 6 f. und S. 13 f.).

- 6 -

E. 2.1

Die Höhe der Gerichtsgebühr richtet sich für das Berufungsverfahren nach § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit §§ 2, 5 Abs. 1, 6 Abs. 2 lit. b der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG). Das vorliegende Berufungsverfahren erweist sich für ein summarisches Verfahren – insbesondere aufgrund des Umstands, dass auf beiden Seiten das Einkommen sowie diverse Bedarfspositionen zu beurteilen waren – als in mittlerem Masse aufwändig, obschon lediglich der Unterhalt und die Benützung eines Autos strittig waren. Unter Berücksichtigung des tatsächlichen Streitinteresses, dem Zeitaufwand des Gerichts und der Schwierigkeit des Falles erscheint eine Gerichtsgebühr von Fr. 5'500.– angemessen.

E. 2.2

Mit Bezug auf die Kinderbelange sind die Kosten des Verfahrens gemäss obergerichtlicher Praxis – unabhängig vom Ausgang – den Parteien grundsätzlich je zur Hälfte aufzuerlegen und die Prozessentschädigungen wettzuschlagen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt der Interessen des Kindes gute Gründe zur Antragstellung hatten. Diese Rechtsprechung beschlägt allerdings nur die Elternrechte sowie allfällige Kindesschutzmassnahmen, nicht jedoch die Kinderunterhaltsbeiträge (ZR 84 Nr. 41). Somit ist vorliegend für die gesamten strittigen Unterhaltsbeiträge auf das Obsiegen bzw. Unterliegen der Parteien abzustellen. Die Vorinstanz verpflichtete den Gesuchsgegner zu monatlichen Unterhaltsbeiträgen von total Fr. 3'850.– (inkl. Kinderzulagen) für die Zeit ab dem 1. Juni 2011 (Urk. 68 Dispositiv-Ziffer 9). Der Gesuchsgegner wollte berufungshalber

insgesamt Fr. 2'766.– (inkl. Kinderzulagen) pro Monat bezahlen (Urk. 67 S. 2). Die Gesuchstellerin verlangte die Abweisung der Berufung (Urk. 75 S. 1 f.). Berufungshalber werden der Gesuchstellerin mit Kind für die Monate Juni und Juli 2011 je Fr. 2'750.–, für die Zeit vom 1. August 2011 bis 31. Mai 2012 je Fr. 3'450.– sowie ab dem 1. Juni 2012 je Fr. 3'650.– (jeweils zuzüglich Fr. 200.– Kinderzulagen) zugesprochen. Ausgehend von einer Gültigkeitsdauer der vorlie-

- 29 - genden Eheschutzmassnahmen von zwei Jahren ab Aufnahme des Getrenntlebens verpflichtete die Vorinstanz den Gesuchsgegner zur Bezahlung von total Fr. 92'400.–, berufungshalber werden der Gesuchstellerin total Fr. 88'600.– zugesprochen, was einer monatlichen Differenz von rund Fr. 160.– entspricht. Der Gesuchsgegner wollte eine Reduktion von monatlich rund Fr. 1'100.– erwirken. Die Gesuchstellerin obsiegt diesbezüglich damit zu rund 85 %. Was den Zeitpunkt der Festsetzung der Unterhaltsbeiträge und die Anrechnung bereits bezahlter Beiträge bzw. die Verrechnung mit den EUR 6'300.– anbelangt, obsiegt die Gesuchstellerin vollumfänglich. Dagegen obsiegt der Gesuchsgegner betreffend die Benutzung des Autos. Insgesamt obsiegt die Gesuchstellerin damit zu rund 80 %. Die Kosten für das Berufungsverfahren sind damit dem Gesuchsgegner zu 4/5 und der Gesuchstellerin zu 1/5 aufzuerlegen.

E. 3

Unterhaltsbeiträge

E. 3.1

Die für die Festsetzung der Parteientschädigung massgeblichen Bestimmungen finden sich in der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom

E. 3.1.1

Die Vorinstanz rechnete der Gesuchstellerin aus ihrem 40 %-Pensum bei der D. _____ einen Nettolohn von Fr. 2'010.– (zuzüglich Fr. 130.– Kinderzulagen) an (Urk. 68 S. 14 f.).

E. 3.1.2

Der Gesuchsgegner moniert, dass die Vorinstanz in aktenwidriger Weise davon ausgegangen sei, dass die Gesuchstellerin keinen 13. Monatslohn beziehe. Der Nettolohn der Gesuchstellerin betrage deshalb Fr. 2'175.– (exkl. Kinderzulage; Urk. 67 S. 4 mit Hinweis auf Urk. 42/1-2 und Urk. 51 S. 7). Mit Eingabe vom 19. Juli 2012 macht der Gesuchsgegner bei der Gesuchstellerin während deren Krankheit einen Lohn von Fr. 2'086.10 geltend (Urk. 83 S. 2). Mit Eingabe vom 18. Oktober 2012 erklärt der Gesuchsgegner, es bleibe unbekannt, welches die effektiv von der D. _____ geleistete monatliche Lohnfortzahlung sei, weil es die Gesuchstellerin unterlassen habe, ihre Lohnabrechnungen ab dem Datum der Kürzung ihrer Lohnzahlungen einzureichen. Der Gesuchsgegner müsse mit Nichtwissen bestreiten, dass die Gesuchstellerin weiterhin vollständig arbeitsunfähig sei. Das als Urk. 89/1 eingereichte (unbegründete) ärztliche Zeugnis vom 2. November 2011 taugte als Nachweis einer heute noch bestehenden Arbeitsunfähigkeit nicht, ebenso wenig das Schreiben der D. _____ vom 20. April 2012 (Urk. 80/1, Urk. 92 S. 3).

E. 3.1.3

Die Gesuchstellerin anerkennt, dass die Vorinstanz in aktenwidriger Weise einen 13. Monatslohn verneint habe. Der Nettolohn der Gesuchstellerin betrage Fr. 2'026.20 (inkl.

13. Monatslohn, zuzüglich Kinderzulage von Fr. 130.–). Zudem macht die Gesuchstellerin als Novum geltend, sie erhalte seit dem 23. Mai 2012 wegen Krankheit nur noch 80 % ihres ursprünglichen Lohnes. Es sei somit ab diesem Zeitpunkt von einem monatlichen Nettoeinkommen von Fr. 1'620.95 auszugehen (Urk. 75 S. 3 f.).

E. 3.1.4

Der Jahresbruttolohn (inkl. Arbeitsmarktzulage) der Gesuchstellerin beträgt Fr. 29'733.20 (40 % von Fr. 74'333.–). Daraus resultiert ein Nettomonats-

- 7 - lohn von Fr. 2'174.25 ([Fr. 29'733.20 : 12] ./ 7,498 % Sozialabzüge ./ Fr. 117.75 Pensionskassenbeitrag Arbeitnehmer), zuzüglich Fr. 130.– Kinderzulage (Urk. 18/1, 23/1a+b, 42/1+2). Gemäss Bestätigungsschreiben der Arbeitgeberin der Gesuchstellerin ist diese seit dem 23. Mai 2011 gänzlich arbeitsunfähig (Urk. 80/1). Sie erhielt jedoch gemäss Lohnabrechnungen den eben erwähnten Lohn während eines Jahres weiterhin (Urk. 18/1, 23/1a+b, 42/1+2). Aus dem gleichen Bestätigungsschreiben geht hervor, dass die Lohnfortzahlung nach einem Jahr Arbeitsunfähigkeit und somit ab dem 23. Mai 2012 von 100 % auf 80 % gekürzt wurde. Aufgrund einer im summarischen Verfahren zulässigen Pauschalisierung ist deshalb ab dem 1. Juni 2012 von einem Nettolohn von Fr. 1'739.40 (80 % von Fr. 2'174.25) auszugehen. Zwar geht aus dem Bestätigungsschreiben hervor, dass die Taggelder der Krankentaggeldversicherung gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. b AHVV nicht zum Erwerbseinkommen gehören und dadurch von der AHV- Beitragspflicht ausgenommen sind (Urk. 80/1 S. 2). Zudem macht der Gesuchsgegner geltend, bei der Pensionskasse gebe es normalerweise nach drei Monaten Arbeitsunfähigkeit eine Prämienbefreiung (Urk. 83 S. 2); die Gesuchstellerin bestreitet dies (Urk. 87 S. 2 unter Hinweis auf das im Internet abrufbare Pensionskassenreglement der D.____). Wie es sich damit bei der Pensionskasse der Gesuchstellerin verhält, kann offen bleiben. Die Gesuchstellerin wird, um Beitragslücken bei der AHV zu vermeiden, allenfalls AHV-Beiträge als Nichterwerbstätige zu entrichten haben und zusätzlich eventuell auch private Vorsorgelösungen treffen müssen, um keine Vorsorgelücken in der 1. und 2. Säule aufzuweisen. Es ist damit von oben errechnetem Nettolohn von Fr. 1'739.40 auszugehen. Die Gesuchstellerin macht nicht geltend, bei auf 80 % gekürztem Lohn keine Familienzulage mehr zu erhalten. Entsprechendes geht auch aus dem Bestätigungsschreiben der D.____ nicht hervor (Urk. 80/1). Es ist damit davon auszugehen, dass zum gekürzten Lohn weiterhin Kinderzulagen im Betrag von Fr. 130.– pro Monat ausgerichtet werden. Entgegen dem Gesuchsgegner wurde mit dem Schreiben der Arbeitgeberin der Gesuchstellerin glaubhaft gemacht, dass die Gesuchstellerin seit dem Mai 2011 voll arbeitsunfähig ist und dass diese Arbeitsunfähigkeit anhält. Die Parteien sind auf das Abänderungsverfahren zu verweisen, sollte die Gesuchstellerin einerseits wieder arbeitsfähig werden und mehr verdie-

- 8 - nen oder andererseits ihre Arbeitsstelle wegen ihrer Arbeitsunfähigkeit verlieren und gar kein Einkommen mehr erzielen. Zusammenfassend ist damit bei der Gesuchstellerin vom 1. Juni 2011 bis zum 31. Mai 2012 von einem Nettolohn von monatlich Fr. 2'304.25 (Fr. 2'174.25 zuzüglich Fr. 130.– Kinderzulage) und ab dem 1. Juni 2012 von einem Nettolohn von Fr. 1'869.40 (Fr. 1'739.40 zuzüglich Fr. 130.– Kinderzulage) auszugehen. Da es sich bei den Fr. 130.– nicht um die gesetzliche Kinderzulage handelt (Art. 5 Abs. 1 Familienzulagengesetz), und die Gesuchstellerin als Unterhaltsberechtigte die gesetzlichen Kinderzulagen vom Gesuchsgegner vergütet erhält (s. Ziff. 3.2.4 unten), sind die Fr. 130.– zum Nettolohn der Gesuchstellerin hinzuzurechnen.

E. 3.2

Ausgehend von der Auferlegung der Gerichtskosten im Umfang von 4/5 an den Gesuchsgegner und 1/5 an die Gesuchstellerin ist der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin eine auf 3/5 reduzierte Prozessentschädigung, d.h. Fr. 2'592.– (inkl. 8 % MwSt.), zu bezahlen. 4. Wie unter Ziff. III.3 oben ausgeführt, verfügt die Gesuchstellerin je nach Unterhaltsphase über Freibeträge zwischen Fr. 1'500.– und Fr. 2'800.–. Die Zuspreehung eines Prozesskostenbeitrages setzt voraus, dass der ansprechende Ehegatte für die Finanzierung des Prozesses auf den Beistand des anderen Teils angewiesen und der angesprochene Ehegatte zur Leistung eines solchen in der Lage ist (Bräm/Hasenböhler, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Art. 159, 163 – 168 ZGB, Zürich 1993, Art. 159 N 135). Die Beistandsbedürftigkeit ist gegeben, wenn der Ansprecher ohne Beeinträchtigung des angemessenen Lebensunterhalts nicht über eigene Mittel rechtlich oder tatsächlich und binnen nützlicher Frist verfügen kann, welche für die gehörige Prozessfüh-

- 30 - rung erforderlich sind. Bei reichlicher Bemessung der Unterhaltsbeiträge kann einem Ehegatten zugemutet werden, die Prozessaufwendungen aus diesen Beiträgen aufzubringen (BK-Bühler/Spühler, Art. 145 aZGB N 269). In Anbetracht der unter Ziff. 2.2 und 3.2 beschriebenen Kosten- und Entschädigungsfolgen für die Gesuchstellerin im Berufungsverfahren sind ihre Anträge auf Leistung eines Prozesskostenbeitrags von Fr. 2'500.– (zzgl. 8 % MwSt.) bzw. auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes abzuweisen (s. oben Ziff. III.1). Die Gesuchstellerin ist ohne Weiteres in der Lage, die sie treffenden Prozesskosten des Berufungsverfahrens aus dem nach Abzug der Steuern und der erstinstanzlichen Prozesskosten verbleibenden Freibetrag zu bezahlen. Es wird beschlossen:

E. 3.2.1

Die Vorinstanz rechnete dem Gesuchsgegner aus seiner Tätigkeit bei der Bank E._____ ein Nettoeinkommen von Fr. 8'951.– ([Fr. 8'032.– x 13 + Fr. 3'000.– Bonus] : 12) an. Es wurde erwogen, die Weigerung des Gesuchsgegners, die Steuererklärungen 2009 und 2010, die Kontounterlagen für die betreffenden Jahre oder sonstige, über sein Einkommen Aufschluss erteilende Dokumente zu edieren, müsse in dem Sinne gewürdigt werden, dass er seine tatsächlichen Einkommensverhältnisse nicht offen legen bzw. diese verschleiern wolle. Es erscheine deshalb glaubhaft, dass der Gesuchsgegner einen 13. Monatslohn ausbezahlt erhalte. Zudem sei mangels objektiver Anhaltspunkte, in welcher Höhe sich der effektive Bonus bewegt haben könnte, trotz Zweifeln auf die Behauptung des Gesuchsgegners abzustellen und von einem Bonus von Fr. 3'000.– auszugehen (Urk. 68 S. 15 f.).

E. 3.2.2

Der Gesuchsgegner rügt einen Widerspruch zwischen dem Urteilsdispositiv und den Erwägungen betreffend die Kinderzulagen. Das Urteilsdispositiv habe entweder auf Bezahlung von Fr. 3'650.– zuzüglich Kinderzulagen oder auf Fr. 3'850.– inklusive Kinderzulagen zu lauten (Urk. 67 S. 4). Zudem macht der Gesuchsgegner geltend, die Parteien seien in den Jahren 2009 und 2010 von den Steuerbehörden nach Ermessen eingeschätzt worden. Dies sei

- 9 - der Vorinstanz von der Gesuchstellerin mit Urk. 22 S. 2 vom 12. September 2011 mitgeteilt worden. Deshalb könne ihm nicht aus prozessualen Gründen ein inexistenter 13.

Monatslohn angerechnet werden (Urk. 67 S. 5). Der Gesuchsgegner habe zudem nicht erkannt, dass sich die Edition der Urkunden betreffend sein Konto bei der F. _____ [Bank] auf die Frage des 13. Monatslohnes bezogen habe (Urk. 67 S. 5 f.). Der Gesuchsgegner erklärte zuerst, keinen 13. Monatslohn sowie 2012 für 2011 keinen Bonus zu erhalten bzw. erhalten zu haben. Somit betrage sein massgeblicher Nettolohn Fr. 8'032.– (Urk. 67 S. 7 unter Hinweis auf Urk. 70/2+3, 21/2+3). Auf entsprechende Aufforderung hin (Urk. 90) reichte der Gesuchsgegner mit Eingabe vom 18. Oktober 2012 seinen Lohnausweis 2011 sowie die bis dahin vorliegenden Lohnabrechnungen 2012 ein (Urk. 94/1+2). Er habe entgegen den Behauptungen der Gesuchstellerin (auf welche unter Ziff. 3.2.3 zurückzukommen sein wird) keine neue Stelle mit höherem Lohn inne. Sein aktueller Lohn belaufe sich auf Fr. 7'941.95 netto, zuzüglich Fr. 200.– Kinderzulagen und Fr. 200.– Verpflegungszulagen. Im März 2012 seien ihm eine einmalige Jubiläumsprämie von Fr. 4'416.70 brutto (Fr. 4'140.– netto) und im Mai 2012 eine Überzeitentschädigung von insgesamt Fr. 4'685.30 brutto (Fr. 4'392.– netto) ausbezahlt worden. Die beiden Zahlungen seien ausserordentliche Leistungen, die sich in absehbarer Zukunft nicht wiederholen würden (Urk. 92 S. 1 f).

E. 3.2.3

Die Gesuchstellerin entgegnet, der Bonus gehe aus dem vor der Berufungsinstanz eingereichten Lohnausweis aus dem Jahr 2010 (Urk. 70/3) hervor. Aufgrund der Vorbringen der Gesuchstellerin vor der Vorinstanz sei klar, dass sich die Edition auch auf das Einkommen des Gesuchsgegners bezogen habe (Urk. 75 S. 4 unter Hinweis auf Urk. 51 S. 5). Die Gesuchstellerin macht zudem geltend, das Schreiben der Arbeitgeberin des Gesuchsgegners sowie dessen Lohnausweis 2010 (Urk. 70/2-3) seien verspätet eingereicht worden. Diese Dokumente und Tatsachen hätten bereits vor der Vorinstanz eingebracht werden können und müssen (Urk. 75 S. 6). Der Gesuchsgegner habe vor Vorinstanz wahrheitswidrig zu Protokoll gegeben, er habe einen Bonus von maximal Fr. 3'000.– erhalten (Urk. 75 S. 7 unter Hinweis

- 10 - auf Prot. I S. 11). Unter der Voraussetzung, dass der Lohnausweis und die Bestätigung der Arbeitgeberin als echte Noven zugelassen würden, wäre (unter Berücksichtigung einer monatlichen Essensentschädigung von Fr. 180.–) von einem Nettoeinkommen von Fr. 8'348.75 auszugehen (Urk. 75 S. 7 f.). Mit Eingabe vom 13. August 2012 macht die Gesuchstellerin geltend, der Gesuchsgegner habe ihr mitgeteilt, dass er im März 2012 befördert worden sei. Zudem habe sie erfahren, dass er am 1. August 2012 eine neue Stelle antreten könne und dabei ca. 50 % mehr verdiene (Urk. 87 S. 7 f.).

E. 3.2.4

Beim Lohnausweis 2010 des Gesuchsgegners (Urk. 70/3) handelt es sich um ein sog. unechtes Novum (d.h. eine Tatsache, die bereits zur Zeit des erstinstanzlichen Entscheids vom 25. April 2012 vorhanden war). Es fragt sich damit, ob der Lohnausweis (sowie die weiteren unechten Noven, z.B. Urk. 94/1) im Berufungsverfahren zu berücksichtigen sind. Neue Tatsachen und Beweismittel werden nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden; und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Vorliegend liegen auch Kinderunterhaltsbeiträge im Streit. Für diese gilt gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO der unbeschränkte Untersuchungsgrundsatz (BGE 137 III 617; BGer 5A_273/2012 vom 10. Mai 2012, E. 1). Im Rahmen der unbeschränkten Untersuchungsmaxime sind im

Berufungsverfah- ren echte und unechte Noven zulässig (Art. 296 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit 317 Abs. 1 lit. a ZPO; Schweighauser, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuen-berger, ZPO Komm., Art. 296 N 22). Die Urk. 70/3 ist somit in Anwendung obiger Ausführungen zu beachten, obschon sie verspätet eingereicht wurde. Dasselbe gilt für die Urk. 94/1, 94/2/1-9, welche erst auf entsprechende Aufforderung hin eingereicht wurden. Weiter ist festzuhalten, dass der Gesuchsgegner die Vorinstanz mit Schreiben vom 21. Februar 2012 darüber informierte, dass er und die Gesuchstellerin für die Steuerjahre 2009 und 2010 eingeschätzt worden seien, da sie fehlende Unterla- gen nicht rechtzeitig eingereicht hätten (Urk. 59/1). Aus den fehlenden Steuerer- klärungen 2009 und 2010 hätte die Vorinstanz nichts zuungunsten des Gesuchs- gegners ableiten dürfen (zudem waren diese Unterlagen für die Festsetzung von

- 11 - Unterhaltsbeiträgen am 1. Juni 2011 sowieso nur bedingt relevant). Zum Einwand des Gesuchsgegners, betreffend die Kontenunterlagen den Editions-zweck nicht erkannt zu haben, gibt es keine weiteren Ausführungen zu machen, nachdem aufgrund des umfassenden Novenrechts in Kinderbelangen die Lohnausweise 2010 und 2011 zu berücksichtigen sind, woraus der Lohn des Gesuchsgegners hervorgeht. Aus der Bestätigung der Arbeitgeberin des Gesuchsgegners vom 17. Oktober 2012 (Urk. 94/3) sowie den Lohnabrechnungen der Monate Januar bis September 2012 (Urk. 94/2/1-9) geht hervor, dass der Gesuchsgegner keine neue Stelle mit höherem Lohn inne hat. Der Lohn des Gesuchsgegners berechnet sich deshalb wie folgt: Gemäss dem Lohnausweis 2011 erzielte er einen Nettolohn von Fr. 101'137.– (Urk. 94/1; inkl. Bonus von brutto Fr. 6'000.–), was einem monatl- chen Nettolohn von Fr. 8'428.10 entspricht, davon sind Fr. 200.– Kinderzulagen abzuziehen (Urk. 21/1-3), womit Fr. 8'228.10 verbleiben. Spesen gehören dann nicht zum Einkommen, wenn damit reale Auslagen ersetzt werden, die dem Ar- beitnehmer-Ehegatten entstehen. Ist das nicht der Fall, so muss der Spesener- satz unabhängig von der arbeitsvertraglichen Regelung wie ein Lohnbestandteil behandelt werden (Bräm/Hasenböhler, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Art. 163 – 168 ZGB, Zürich 1993, Art. 163 N 72). Gemäss Lohn- ausweis 2011 wurden weder effektive Spesen noch Pauschal-spesen für Verpfle- gung vergütet, damit ist die in den Lohnabrechnungen des Jahres 2011 ersichtli- che "Essensentschädigung fix" (Urk. 21/1-3) als Lohnbestandteil zu betrachten. Gemäss Bestätigung der Arbeitgeberin des Gesuchsgegners erhielt er entgegen der vorinstanzlichen Annahme keinen 13. Monatslohn (Urk. 70/2). Für das Jahr 2012 ist beim Gesuchsgegner von einem ordentlichen Nettomonatslohn von Fr. 8'141.95 (zuzüglich Fr. 200.– Kinderzulagen) auszugehen (Urk. 94/2/1+2, 94/2/4, 92/2/6-9, vgl. Urk. 70/2). Zudem erhielt der Gesuchsgegner im März 2012 eine Jubiläumsprämie von Fr. 4'416.70 brutto bzw. nach Abzug von 6,25 % Sozi- alabzügen Fr. 4'140.65 netto (Urk. 94/2/3). Im Mai 2012 wurden ihm Überstun- den/-zeit im Betrag von Fr. 4'745.30 bzw. nach Abzug von 6,25 % Sozialabzügen Fr. 4'448.70 netto vergütet (Urk. 94/2/5). Sämtliches von den Ehegatten erzieltes Einkommen muss berücksichtigt werden, selbst wenn es sich um Vermögenser-

- 12 - trag oder Einkünfte aus einer Hobbytätigkeit, einem Nebenverdienst oder Überzeit handelt (Bachmann, Die Regelung des Getrenntlebens nach Art. 176 und Art. 179 ZGB sowie nach zürcherischen Verfahrensrecht, S. 127; Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, Rz. 01.31). Die beiden Sondervergütungen sind dem Einkommen des Gesuchstellers somit hinzuzurechnen, womit für das Jahr 2012 von einem monatlichen Nettolohn von Fr. 8'857.75 (Fr. 8'141.95 + [(Fr. 4'140.65 + Fr. 4'448.70) : 12]) (zuzüglich

Fr. 200.– Kinderzulagen) des Gesuchsgegners auszugehen ist. Gemäss Bestätigung der Arbeitgeberin des Gesuchsgegners wurden ihm in der regulären Bonusrunde vom März 2012 kein Bonus ausbezahlt (Urk. 70/2), weshalb seinem Nettolohn nichts weiter hinzuzurechnen ist. Nichts weist darauf hin, dass dem Gesuchsgegner auch im Jahr 2013 Überzeit vergütet werden wird. Ab dem 1. Januar 2013 ist deshalb von einem Lohn von Fr. 8'454.45 (Fr. 8'141.95 + 312.50 [durchschnittlicher Bonus der Jahre 2010 bis 2012 von Fr. 4'000.– abzüglich 6,25 % Sozialabzüge, geteilt durch 12]; Urk. 70/3) zuzüglich Fr. 200.– Kinderzulagen auszugehen. Aufgrund der voraussichtlichen Dauer der vorliegenden eheschutzrichterlichen Anordnungen rechtfertigt es sich, beim Gesuchsgegner von einem durchschnittlichen Nettoeinkommen von Fr. 8'513.– ($(\text{Fr. } 8'228.10 + \text{Fr. } 8'857.75 + \text{Fr. } 8'454.45) : 3$) zuzüglich Kinderzulagen auszugehen.

E. 3.3

Bedarf des Gesuchsgegners

E. 3.3.1

Auswärtige Verpflegung Der Gesuchsgegner erklärt, es sei unzulässig, einerseits die Essensentschädigung des Arbeitgebers im Betrag von Fr. 180.– voll als Einkommen anzurechnen, andererseits dann aber im Notbedarf nur Fr. 157.50 zu berücksichtigen. Darüber hinaus sei es gerechtfertigt, die auswärtige Verpflegung mit Fr. 330.– pro Monat im Notbedarf zu veranschlagen (22 x Fr. 15.–, Urk. 67 S. 7 f.). Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die üblichen Kosten für Nahrung bereits im Grundbetrag enthalten sind, weshalb bei der Position auswärtige Verpflegung nur Mehrkosten berücksichtigt werden können (vgl. Ziffer III.3.2. des Kreisschreibens

- 13 - der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich zur Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009; nachfolgend: Kreisschreiben; publiziert in ZR 108 Nr. 62). Dabei sind 50 % des Grundbetrags für die Nahrungskosten vorgesehen (Kreisschreiben, Ziffer V.), vorliegend somit Fr. 600.--. Davon sind ca. 55 %, mithin pro Tag ca. Fr. 11.– für das Mittagessen zu verwenden (Fr. 600.– : 30,5 x 0,55; vgl. ZR 84 Nr. 68). Wer den Zuschlag beanspruchen will, hat darzutun, dass er auf auswärtige Verpflegung angewiesen ist und dass ihm entsprechende Mehrkosten erwachsen (z.B. sind Verbilligungen durch den Arbeitgeber zu berücksichtigen; ZR 84 Nr. 68). Die Vorinstanz rechnete dem Gesuchsgegner Mehrkosten von Fr. 157.50 im Bedarf an (21 Tage à Fr. 7.50 = Fr. 157.50, Urk. 68 S. 20). Der Gesuchsgegner hat Fr. 18.50 übersteigende Mittagessenskosten durch die blossе und pauschale Behauptung von Mehrkosten nicht glaubhaft gemacht, womit es bei dem von der Vorinstanz angerechneten Betrag zu bleiben hat. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass die Essensentschädigung von Fr. 180.– bzw. 200.– (vgl. Urk. 21/1 und 94/2/1) in vollem Umfang zum Einkommen des Gesuchsgegners gerechnet wurde (vgl. dazu die Ausführungen unter Ziff. 3.2.4 oben).

E. 3.3.2

Wohnkosten Der Gesuchsgegner macht geltend, sein Mietzins (ohne Parkplatz) habe bis 1. Mai 2012 Fr. 1'236.– und ab diesem Zeitpunkt Fr. 1'286.– betragen. Hinzu kämen Nebenkosten von Fr. 104.90 pro Monat (Urk. 67 S. 8 unter Hinweis auf Urk. 70/4+5). Die Gesuchstellerin beanstandet, dass der Gesuchsgegner infolge Senkung des Referenzzinssatzes eine Mietzinsherabsetzung verlangen könne. Zudem sei die eingereichte Mietvertragsänderung auf Wunsch des Gesuchsgegners erfolgt. Es seien lediglich die

Betriebs- und Heizkostenakontozahlungen um insgesamt Fr. 50.– erhöht worden, der Nettomietzins sei davon nicht tangiert. Insgesamt er- gebe sich ein monatlicher Mietzins inkl. Nebenkosten von Fr. 1'265.–. Im Übrigen handle es sich bei den eingereichten Beilagen (Urk. 70/4+5) um unzulässige No- ven, da diese Tatsachen und Unterlagen schon vor der vorinstanzlichen Verhand-

- 14 - lung bekannt gewesen seien und dort hätten vorgebracht werden können (Urk. 75 S. 8 f.). Was die Ausführungen der Gesuchstellerin zu den Noven anbelangt, so kann auf die Ausführungen unter Ziff. 3.2.4 verwiesen werden. Die neu eingereichten Bele- ge zu den Wohnkosten des Gesuchsgegners (Urk. 70/4+5) sind damit zu berück- sichtigen. Im Übrigen ist im Eheschutzverfahren auf den effektiv zu bezahlenden Mietzins abzustellen und nicht auf einen Mietzins, der nach einem Mietzinsherab- setzungsverfahren allenfalls resultieren wird. Zwar ist es richtig, dass die Heiz- und Betriebskostenakontozahlungen auf Wunsch des Gesuchsgegners erhöht wurden (Urk. 70/4). Die Heiz- und Betriebskostenabrechnung für die Periode vom 1. April 2010 bis 31. März 2011 zeigt jedoch, dass bei den bis zum 30. April 2012 geltenden Akontozahlungen eine Nachzahlung von Fr. 1'258.45 (monatlich Fr. 104.90) resultierte (Urk. 70/5). Damit erweist sich die Erhöhung der Akonto- zahlungen als berechtigt. Die neuen Akontozahlungen würden die gemäss Ne- benkostenabrechnung anfallenden Kosten noch immer nicht ganz decken. Es ist von einem Nettomietzins von Fr. 1'001.– und aufgrund der eben erwähnten Heiz- und Betriebskostenabrechnung von monatlichen Nebenkosten von Fr. 340.– (jähr- lich Fr. 4'078.45, Urk. 70/5) auszugehen.

E. 3.3.3

Gesundheitskosten (Zahnarzt) Der Gesuchsgegner macht geltend, ihm stehe eine teure Zahnreparatur bevor. Gemäss Kostenvoranschlag entstünden Kosten von Fr. 10'263.20. Dem Ge- suchsgegner seien deshalb monatlich Fr. 500.– in seinem Bedarf zu berücksichti- gen (Urk. 67 S. 8 unter Hinweis auf Urk. 70/6+7). Die Bestätigung seines Zahn- arztes vom 18. Juli 2012 (Urk. 83 S. 3, Urk. 84/1) zeige, dass er die Zähne nicht wie von der Gesuchstellerin behauptet bereits im G._____ [Staat in Südosteuro- pa] habe flicken lassen. Die Gesuchstellerin erklärt, es sei nach wie vor zweifelhaft, dass der Gesuchs- gegner die Zahnbehandlung in absehbarer Zeit durchführen werde. Im Gegenteil sei davon auszugehen, dass der Gesuchsgegner seine Zähne bereits im G._____ habe flicken lassen, als er sich dort von Mitte Mai bis Anfangs Juni 2012 ferien-

- 15 - halber aufgehalten habe. Die Kosten seien deshalb im Notbedarf des Gesuchs- gegners nicht zu berücksichtigen (Urk. 75 S. 9). Gemäss zahnärztlicher Bestätigung vom 18. Juli 2012 (Urk. 84/1) befindet sich der Gesuchsgegner in Behandlung gemäss Kostenvoranschlag vom 4. Mai 2012 (Urk. 70/6). Dass der Briefkopf der Bestätigung (Urk. 84/1) nicht mit dem Kosten- voranschlag und der Rechnung (Urk. 70/6-7) übereinstimmt (worauf die Gesuch- stellerin hinweist, Urk. 87 S. 1), vermag deren Inhalt nicht in Frage zu stellen. Der Hinweis des Gesuchsgegners, dass die Bestätigung mit einem anderen Compu- terprogramm erstellt wurde (Urk. 92 S. 2), ist plausibel. Damit ist glaubhaft ge- macht, dass dem Gesuchsgegner Zahnarztkosten von insgesamt Fr. 10'563.20 (Fr. 10'263.20 gemäss Kostenvoranschlag und Fr. 300.– für eine Behandlung, Urk. 70/6+7) anfallen. Werden diese Kosten auf zwei Jahre verteilt (mutmassliche Dauer der eheschutzrichterlichen Anordnungen), sind im Notbedarf des Gesuchs- gegners Fr. 440.– pro Monat zu berücksichtigen.

E. 3.3.4

Einschliesslich der im Berufungsverfahren nicht umstrittenen Ausgabenspositionen ergibt sich für den vorliegend relevanten Zeitraum zusammenfassend der nachfolgende zu deckende Bedarf des Gesuchsgegners: Bedarf des Gesuchsgegners ab 1.6.2011 Grundbetrag Fr. 1'200.– Mietkosten inkl. Nebenkosten Fr. 1'341.– Krankenkasse KVG Fr. 297.– Zahnarztkosten Fr. 440.– Telefon/Internet Fr. 150.– Radio-/TV-Gebühren Fr. 39.– Hausrat-/Haftpflichtversicherung Fr. 30.– Arbeitsweg/Autokosten Fr. 115.– Parkplatz Fr. 90.– auswärtige Verpflegung Fr. 157.50 Total Bedarf Fr. 3'859.50

- 16 -

E. 3.4

Bedarf der Gesuchstellerin

E. 3.4.1

Wohnkosten Der Gesuchsgegner erklärt, die Gesuchstellerin habe in den Monaten Juni und Juli 2011 keine eigene Wohnung finanzieren müssen, da sie bei ihren Eltern gewohnt habe. Damit reduziere sich ihr Notbedarf in diesen Monaten um insgesamt Fr. 1'679.– (Grundbetrag Fr. 100.–, Miete Fr. 1'510.–, Radio-/TV-Gebühren Fr. 39.–, Hausratversicherung Fr. 30.–; Urk. 67 S. 9). Die Gesuchstellerin macht geltend, bei diesem Vorbringen handle es sich um ein im Rechtsmittelverfahren nicht zu berücksichtigendes Novum (Art. 317 ZPO). Dem Gesuchsgegner sei bereits vor Vorinstanz bekannt gewesen, dass die Gesuchstellerin die ersten zwei Monate noch nicht in einer eigenen Wohnung gewohnt habe. Selbst wenn der Bedarf der Gesuchstellerin für diese zwei Monate um je Fr. 1'679.– reduziert würde, bliebe ein Überschuss, welcher zu zwei Dritteln der Gesuchstellerin zuzuweisen wäre (Urk. 75 S. 12). Gemäss dem bei den vorinstanzlichen Akten liegenden Mietvertrag war der Mietbeginn der Wohnung der Gesuchstellerin am 1. August 2011 (Urk. 23/6 S. 1). Dabei handelt es sich nicht um ein Novum. Tatsachen, die sich aus den erstinstanzlichen Akten ergeben, sind auch dann nicht neu, wenn die Parteien im erstinstanzlichen Verfahren keine Ausführungen dazu gemacht haben (vgl. Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 317 N 32). Die Gesuchstellerin macht berufungshalber nicht geltend, sich bei ihren Eltern an den Wohnkosten beteiligt zu haben. Damit ist ihr Bedarf für die Monate Juli und August 2011 im vom Gesuchsgegner geforderten Umfang von je Fr. 1'679.– (Grundbetrag Fr. 100.–, Miete Fr. 1'510.–, Radio-/TV-Gebühren Fr. 39.–, Hausratversicherung Fr. 30.–) zu kürzen.

E. 3.4.2

Spielgruppe C._____ Die Gesuchstellerin macht in der Berufungsantwort geltend, neuerdings gehe C._____ für einen Tag in der Woche in die Spielgruppe. Es entstünden monatli-

- 17 - che Kosten von Fr. 128.35. Ab dem Sommer 2012 werde C._____ für zwei Tage in der Woche in die Spielgruppe gehen, woraus Kosten von Fr. 208.35 pro Monat entstünden (Urk. 75 S. 10 unter Hinweis auf Urk. 77/1/1+2). Der Gesuchsgegner beruft sich auf Urk. 80/1, aus der hervorgehe, dass die Gesuchstellerin seit dem 23. Mai 2011 nicht mehr arbeite. Die Gesuchstellerin brauche damit berufsbedingt keine Hilfe bei der Kinderbetreuung. Was die Spielgruppe betreffe, so sei nur eine effektive Rechnung/Abrechnung ein Nachweis für die Kosten der Spielgruppe, nicht jedoch eine blosser Überweisung (Urk. 83 S. 3). Zum Notbedarf gehörten nur die unbedingt

notwendigen Kosten. Weitere wünschbare Ausgaben seien aus dem Überschuss zu bezahlen (Urk. 92 S. 4). Besondere Auslagen für die Schulung der Kinder (Schuldgeld, Schulmaterial, Verpflegungs- und Fahrtauslagen) können gemäss Kreisschreiben im Notbedarf berücksichtigt werden (Kreisschreiben Ziff. III/5.1.). Der Besuch einer Spielgruppe stellt eine Förderungsmassnahme und damit im weiteren Sinn eine Schulung dar. Damit sind die Spielgruppenkosten entgegen der Ansicht des Gesuchsgegners grundsätzlich nicht aus dem Freibetrag zu bezahlen. Im Übrigen hat die Vorinstanz keine Steuern im Bedarf der Parteien berücksichtigt; die Gesuchstellerin muss deshalb die Steuern sowie die Prozesskosten des vorinstanzlichen Verfahrens (vgl. 68 S. 23) bereits aus dem Freibetrag bezahlen. Gemäss den Vertragsbedingungen der Spielgruppe betragen die Kosten für drei Monate ohne Schulferien: für drei Stunden Spielgruppe einmal pro Woche Fr. 345.–, für 3,5 Stunden Spielgruppe einmal pro Woche Fr. 402.50 sowie für zweimal Spielgruppe pro Woche Fr. 710.10 (Urk. 89/4). Die Online...-Überweisungen der Gesuchstellerin für die Spielgruppe C.____s (März bis April 2012 bzw. 2012) entsprechen keinem dieser Beträge (Urk. 77/1/1+2). Es ist aufgrund der Überweisungen davon auszugehen, dass C.____ die Spielgruppe besucht. In welchem Umfang er dies tut, hat die Gesuchstellerin nicht ausgeführt bzw. für die Zeit ab Sommer 2012 nicht belegt. Es ist damit von monatlichen Kosten der Spielgruppe im Betrag von Fr. 86.25 auszugehen (Fr. 345.– x 3 : 12; während eines Vierteljahres findet während den Schulferien keine Spielgruppe statt; vgl. Urk. 89/4 S. 1). Mit der blossen Behauptung, C.____ besuche ab Sommer 2012 zweimal wöchentlich die Spiel-

- 18 - gruppe, hat die Gesuchstellerin diesen Umstand nicht glaubhaft gemacht. Zwecks einer im summarischen Verfahren zulässigen Vereinfachung (Vermeidung einer weiteren Unterhaltsphase) sind die Kosten der Spielgruppe ab dem 1. Juni 2012 (Zeitpunkt der Verminderung des Einkommens der Gesuchstellerin) im Bedarf der Gesuchstellerin aufzunehmen. Die Bezahlung aus dem relativ hohen Freibetrag (s. Ziff. 3.5.1. unten) ist ihr für drei Monate zumutbar.

E. 3.4.3

Berufsauslagen der Gesuchstellerin Der Gesuchsgegner erklärt, ihm wie auch der Vorinstanz sei nicht bekannt gewesen, dass die Gesuchstellerin bereits seit dem 23. Mai 2011 wegen Arbeitsunfähigkeit nicht mehr arbeite. Wegen der langandauernden Arbeitsunfähigkeit fielen die berufsbedingten Kosten im Total von Fr. 307.50 nicht mehr an; nämlich die Arbeitswegkosten von Fr. 150.–, der Parkplatz im Betrag von Fr. 90.– sowie die auswärtige Verpflegung im Betrag von Fr. 67.50 (Urk. 83 S. 2 und 4). Die Gesuchstellerin entgegnet, sie sei stets davon ausgegangen, demnächst wieder arbeiten zu können. Sobald sie wieder arbeitsfähig sei, könne sie bei ihrem Arbeitgeber wieder zu arbeiten beginnen. Es sei zu beachten, dass in den vorinstanzlich zugesprochenen Fr. 90.– sowohl der Geschäfts- wie auch der Privatparkplatz enthalten sei. Bis anhin habe sie noch keinen privaten Parkplatz gemietet, da ihr der Gesuchsgegner noch kein Auto herausgegeben habe. Der Gesuchstellerin würden von der Arbeitgeberin monatlich Fr. 54.– Parkplatzkosten abgezogen. Es handle sich somit um effektive Kosten, die in der Vergangenheit angefallen seien und auch in Zukunft anfallen würden. Die Gesuchstellerin habe den Parkplatz nicht gekündigt, da nur schwer wieder einer erhältlich sei (Urk. 87 S. 3). Die von der Vorinstanz berücksichtigten Kosten für den Arbeitsweg im Betrag von Fr. 150.– und die auswärtige Verpflegung im Betrag von Fr. 67.50 sind bis jetzt während dem ganzem Eheschutzverfahren tatsächlich nicht angefallen. Sie sind deshalb nicht zu

berücksichtigen. Sollte sich an der Arbeitsunfähigkeit der Gesuchstellerin etwas ändern, sind die Parteien gemäss obigen Ausführungen auf das Abänderungsverfahren zu verweisen. Die geschäftlichen Parkplatzkosten im Betrag von monatlich Fr. 54.– fielen bei der Gesuchstellerin trotz Arbeitsunfähig-

- 19 - keit bisher an (vgl. Urk. 42/1+2), sie sind deshalb zu berücksichtigen. Wegen der langdauernden Arbeitsunfähigkeit der Gesuchstellerin könnte in Erwägung gezogen werden, dass sie ihren Parkplatz am Arbeitsplatz innert angemessener Übergangsfrist zu kündigen hat. Weiter macht selbst die Gesuchstellerin geltend, die privaten Parkplatzkosten seien ihr bisher nicht entstanden, da der Gesuchsgegner ihr noch kein Auto herausgegeben habe. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass auch im Bedarf des Gesuchsgegners Fr. 90.– für die Miete eines Parkplatzes berücksichtigt wurden (ohne dass die Kosten vom Gesuchsgegner belegt wurden), obschon er grundsätzlich mit den öffentlichen Verkehrsmitteln zur Arbeit fährt (Urk. 68 S. 19 f., Prot. I S. 13 f.). Aus Gleichbehandlungsgründen hat es deshalb auch im Bedarf der Gesuchstellerin bei Fr. 90.– für Parkplatzkosten zu bleiben.

E. 3.4.4

Turngruppe C._____ Die Gesuchstellerin erklärt im Zusammenhang mit der Herausgabe des Autos, sie habe C._____ neu für eine Turngruppe angemeldet. Die Kosten würden Fr. 250.– für drei Monate betragen (Urk. 87 S. 6). Die Gesuchstellerin reicht dazu keine Zahlungsbelege ins Recht, sondern begnügt sich damit, Vertragsbedingungen und eine Beschreibung der Turngruppe einzureichen (Urk. 89/5+6). Damit gelingt es der Gesuchstellerin nicht, glaubhaft zu machen, dass ihr die Kosten einer Turngruppe tatsächlich entstehen. Es hätte an ihr gelegen, mittels Zahlungsbelegen das Gegenteil darzutun. Aus einem angeblichen Turngruppenbesuch C._____s ist der Gesuchstellerin somit nichts in ihrem Bedarf anzurechnen.

E. 3.4.5

Die übrigen von der Vorinstanz festgelegten Bedarfswerte sind nicht umstritten und erscheinen angemessen, weshalb auch im Berufungsverfahren darauf abzustellen ist. Der massgebliche Bedarf der Gesuchstellerin präsentiert sich in der vorliegend interessierenden Zeitspanne demnach wie folgt:

- 20 - Juni/Juli ab 1.8.2011 ab 1.6.2012 Bedarf der Gesuchstellerin 2011 Grundbetrag Gesuchstellerin Fr. 1'250.– Fr. 1'350.– Fr. 1'350.– Grundbetrag Kind Fr. 400.– Fr. 400.– Fr. 400.– Mietkosten inkl. Nebenkosten Fr. 0.– Fr. 1'510.– Fr. 1'510.– Krankenkasse (KVG) Fr. 262.– Fr. 262.– Fr. 262.– Krankenkasse Kind (KVG) Fr. 68.– Fr. 68.– Fr. 68.– Franchise/Selbstbehalt Kind Fr. 9.80 Fr. 9.80 Fr. 9.80 Telefon/Internet Fr. 150.– Fr. 150.– Fr. 150.– Radio-/TV-Gebühren Fr. 0.– Fr. 39.– Fr. 39.– Hausrat-/Haftpflichtversicherung Fr. 0.– Fr. 30.– Fr. 30.– Spielgruppe C._____ Fr. 0.– Fr. 0.– Fr. 86.25 Turngruppe C._____ Fr. 0.– Fr. 0.– Fr. 0.– Arbeitsweg/Autokosten Fr. 0.– Fr. 0.– Fr. 0.– Parkplatz Fr. 90.– Fr. 90.– Fr. 90.– auswärtige Verpflegung Fr. 0.– Fr. 0.– Fr. 0.– Total Bedarf Fr. 2'229.80 Fr. 3'908.80 Fr. 3'995.05

E. 3.5

Unterhaltsberechnung

E. 3.5.1

Nach Ermittlung der relevanten Einkommens- und Bedarfswerten ist im Folgenden der geschuldete Unterhaltsbeitrag zu berechnen. Die Gegenüberstellung von Einkommen und Bedarf der Parteien ergibt für die verschiedenen Zeiträume folgendes Bild: Juni/Juli ab 1.8.2011 ab 1.6.2012 2011 Einkommen Gesuchstellerin Fr. 2'304.25 Fr. 2'304.25 Fr. 1'869.40 Einkommen Gesuchsgegner Fr. 8'513.– Fr. 8'513.– Fr. 8'513.– Summe der Einkommen Fr. 10'817.25 Fr. 10'817.25 Fr. 10'382.40

- 21 - Existenzmin. Gesuchstellerin Fr. 2'229.80 Fr. 3'908.80 Fr. 3'995.05 Existenzmin. Gesuchsgegner Fr. 3'859.50 Fr. 3'859.50 Fr. 3'859.50 Summe der Existenzminima Fr. 6'089.30 Fr. 7'768.30 Fr. 7'854.55 Überschuss Fr. 4'727.95 Fr. 3'048.95 Fr. 2'527.85 Existenzmin. Gesuchstellerin Fr. 2'229.80 Fr. 3'908.80 Fr. 3'995.05 + 3/5 Überschuss 1 Fr. 2'836.75 Fr. 1'829.35 Fr. 1'516.70 ./.. Einkommen Gesuchstellerin Fr. 2'304.25 Fr. 2'304.25 Fr. 1'869.40 Unterhaltsanspruch Fr. 2'762.30 Fr. 3'433.90 Fr. 3'642.35

E. 3.5.2

Ein Kinderunterhaltsbeitrag in der Höhe von Fr. 1'500.– erweist sich bei den vorliegenden finanziellen Verhältnissen als angemessen (für C. _____ fallen Kosten von mindestens rund Fr. 1'215.– an: Fr. 400.– Grundbetrag, Fr. 600.– Anteil Wohnkosten, Fr. 77.80 Gesundheitskosten, Fr. 50.– Anteil Telekommunikation sowie Fr. 86.25 Spielgruppe). Demnach ist der Gesuchsgegner in teilweiser Gutheissung seiner Berufung zu verpflichten, der Gesuchstellerin rückwirkend für den Zeitraum ab dem 1. Juni bis 31. Juli 2011 monatliche Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 2'750.–, nämlich Fr. 1'500.– (zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen) für das Kind sowie Fr. 1'250.– für die Gesuchstellerin persönlich, zu bezahlen. Für den Zeitraum ab dem 1. August 2011 bis zum 31. Mai 2012 ist der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin monatliche Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 3'450.–, nämlich Fr. 1'500.– (zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen) für das Kind sowie 1 Verbleibt nach Abzug des familienrechtlichen Grundbedarfs vom Gesamteinkommen ein Überschuss, darf dieser nicht allein unter die Erwachsenen verteilt werden. Die Kinder haben einen Anspruch darauf, die Lebenshaltung ihrer Eltern zu teilen (BGE 126 III 8 E. 3c; Hausheer/Spycher, a.a.O., Rz. 08.69). Entgegen der Vorinstanz (welche die Überschussverteilung zu je 50 % vornahm, Urk. 68 S. 21), ist der Gesuchstellerin damit 3/5 des Überschusses zuzuweisen, da der gemeinsame Sohn C. _____ für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Gesuchstellerin gestellt wurde (FamKomm Scheidung/Aeschlimann/Bähler/Freivogel, Anh. UB N 78; Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, Rz. 08.69).

- 22 - Fr. 1'950.– für die Gesuchstellerin persönlich, zu bezahlen. Für den Zeitraum ab dem 1. Juni 2012 ist der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin monatliche Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 3'650.–, nämlich Fr. 1'500.– (zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen) für das Kind sowie Fr. 2'150.– für die Gesuchstellerin persönlich, zu bezahlen.

E. 4

Verrechnung mit bezogenen Geldern bzw. Anrechnung bereits bezahlter Unterhaltsbeiträge

E. 4.1

Die Vorinstanz erklärte den Gesuchsgegner für berechtigt, die im Rahmen der vereinbarten vorsorglichen Massnahmen tatsächlich und belegmassen an die Gesuchstellerin

bezahlten Unterhaltsbeiträge (von monatlich Fr. 2'000.–) zur Verrechnung zu bringen (Urk. 68 S. 21 und Dispositiv-Ziffer 9 Abs. 2).

E. 4.2

Der Gesuchsgegner macht berufungsweise geltend, die Gesuchstellerin habe am 29. Juni 2011 EUR 6'300.– vom gemeinsamen Konto der Parteien bei der H. _____ bezogen. Damit sei der Unterhalt für die Monate Juni bis August 2011 bereits vollständig bezahlt, weshalb die Unterhaltspflicht ab dem 1. September 2011 festzulegen sei (Urk. 67 S. 10 unter Hinweis auf Urk. 70/8+9). Der Gesuchsgegner sei zudem für berechtigt zu erklären, für den Monat September 2011 Fr. 1'057.– (seine Restforderung aus dem Eurobezug) sowie alle seit 1. November 2011 bezahlten Unterhaltsbeiträge zur Verrechnung zu bringen (Urk. 67 S. 2 und 9 f.).

E. 4.3

Die Gesuchstellerin beanstandet, dass es sich beim Vorbringen betreffend den Eurobezug wiederum um ein unechtes Novum handle, das im Rechtsmittelverfahren nicht berücksichtigt werden könne. Im Übrigen werde bestritten, dass dieses Geld für den Unterhalt verwendet worden sei. Güterrechtliche Ansprüche seien im Scheidungsverfahren zu behandeln. Schliesslich werde der Umrechnungskurs bestritten. Am 29. Juni 2011 habe der Umrechnungskurs EUR 1 = CHF 1.2036 betragen. Somit handle es sich um eine Summe von Fr. 7'582.68 (Urk. 75 S. 12).

- 23 -

E. 4.4

Wie oben gezeigt wurde, reicht vorliegend das Einkommen beider Parteien, um deren Bedarf zu decken. Es muss nicht auf das Vermögen zurückgegriffen werden, solange das Einkommen für den angemessenen Unterhalt ausreicht (Bachmann, a.a.O., S. 124; BGer 5P.173/2002 vom 29. Mai 2002, E. 5). Die Deckung des Unterhalts aus Vermögen könnte vorliegend eine Vermögensverschiebung vor der Scheidung bzw. dem Datum der Gütertrennung am 3. August 2011 zur Folge haben. Zudem scheitert eine Verrechnung auch an der Voraussetzung von Art. 125 Ziff. 2 OR: Wider den Willen des Gläubigers können Verpflichtungen, deren besondere Natur die tatsächliche Erfüllung an den Gläubiger verlangt wie Unterhaltsansprüche, nicht durch Verrechnung getilgt werden. Damit kann offen bleiben, ob die Gesuchstellerin die EUR 6'300.– für den Unterhalt oder für andere Zwecke verwendet hat. Der Gesuchsgegner schuldet der Gesuchstellerin damit Unterhaltsbeiträge für die Zeit ab dem 1. Juni 2011.

E. 4.5

Bei einer rückwirkenden Verpflichtung zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen sind schon tatsächlich erbrachte Unterhaltsleistungen zu berücksichtigen bzw. anzurechnen (Bräm/Hasenböhler, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Art. 163 – 168 ZGB, Zürich 1993, Art. 163 N 150; ZR 107 Nr. 60; vgl. BGE 135 II 315, E. 2). Die Berufungsinstanz hat die Behauptungen des Klägers zu prüfen, die Unterhaltspflicht bereits (zum Teil) durch Unterhaltszahlungen getilgt zu haben, und darf den Kläger nur zur Leistung solcher Unterhaltsbeiträge verpflichten, welche dieser nach Abzug sämtlicher geltend gemachten, geprüften und als begründet erkannten daran anrechenbaren Leistungen im Zeitpunkt des vorliegenden Urteils noch schuldet (vgl. ZR 107 Nr. 60). Der Gesuchsgegner reichte keine Belege ein, welche die Bezahlung von monatlich Fr. 2'000.–

belegen. Die Gesuchstellerin anerkennt die monatliche Bezahlung von Fr. 2'000.– nicht ausdrücklich, sondern verlangt die Bestätigung der vorinstanzlichen Anordnung, welche lediglich die grundsätzliche Verrechenbarkeit festhält. Da es vorliegend auch um Kinderunterhaltsbeiträge geht, ist eine teilweise Tilgung der Schuld nicht leichthin anzunehmen. Es hat damit bei der vorinstanzlichen Anordnung zu bleiben, wonach der Gesuchsgegner berechtigt zu erklären ist, die seit der Vereinbarung vom 7. November 2011 (Urk. 45) tatsächlich und be-

- 24 - legtermassen an die Gesuchstellerin bezahlten Unterhaltsbeiträge zur Verrechnung zu bringen.

E. 5

Herausgabe des Fahrzeuges

E. 5.1

Die Vorinstanz verpflichtete den Gesuchsgegner, der Gesuchstellerin das Familienauto BMW X3 zur Benutzung zu überlassen und auf erstes Verlangen herauszugeben. Sollte der Gesuchsgegner nicht mehr im Besitz dieses Fahrzeuges sein, so wurde er verpflichtet, der Gesuchstellerin den Wagen der Marke Seat Leon zur Benutzung zu überlassen und auf erstes Verlangen herauszugeben (Urk. 68 Dispositiv-Ziffer 7). Begründet wurde dieser Entscheid damit, dass die Gesuchstellerin für die Besorgungen des täglichen Lebens für sich und das Kind, insbesondere aber für den Fahrweg nach ... zu ihren Eltern der Betreuung C.____s wegen (während der Arbeitstätigkeit der Gesuchstellerin), auf das Auto angewiesen sei (Urk. 68 S. 12).

E. 5.2

Der Gesuchsgegner macht geltend, er habe bereits vor Vorinstanz ausgeführt, dass er nicht mehr im Besitze des BMW X3 sei, dass der Porsche 14-jährig sei und einen Motorschaden aufweise und damit nicht mehr fahrtüchtig sei, und dass er das Auto Seat Leon selber benötige. Er sei beruflich zum Teil auf ein Auto angewiesen. Im Gegensatz zu ihm benötige die Gesuchstellerin das Auto nicht, da sie einen VW Golf ihrer Eltern zur freien Verfügung habe (Urk. 67 S. 11 f. unter Hinweis auf Prot. I S. 10 und Urk. 70/10-12). Mit Eingabe vom 19. Juli 2012 macht der Gesuchsgegner geltend, wie sich erst jetzt herausstelle, habe die Gesuchstellerin das Gericht getäuscht, indem sie vorgegeben habe, während ihrer Arbeitszeiten das Kind zu ihren Eltern zur Betreuung zu fahren. In Wirklichkeit habe sie schon zur Zeit dieser Aussage seit vielen Monaten nicht mehr gearbeitet. Es stelle sich somit nachträglich heraus, dass der Grund für die Zuteilung des Autos an sie gar nie existiert habe. Entgegen der Behauptung der Gesuchstellerin (vgl. Ziff. 5.3. unten) handle es sich bei I.____ nicht um einen guten Freund des Gesuchsgegners. Er habe den BMW X3 per Inserat ausgeschrieben, und I.____ habe sich auf das Inserat gemeldet (Urk. 83 S. 4 f.). Auch für die Kinderbetreuung sei die Gesuchstellerin in keiner Weise auf die Nutzung eines Autos angewiesen, die Spielgruppe befinde sich nur drei Bushaltestellen

- 25 - vom Wohnort der Gesuchstellerin entfernt (Urk. 92 S. 4 unter Hinweis auf Urk. 94/6/1+2).

E. 5.3

Die Gesuchstellerin führt aus, sie bezweifle, dass die Eigentumsübergabe stattgefunden habe. Das Verhalten des Gesuchsgegners lasse vielmehr darauf hindeuten, dass es sich um

einen simulierten Vertrag handle. Beim Käufer, I._____, handle es sich um einen guten Freund des Gesuchsgegners. Betreffend Porsche gehe aus dem eingereichten Fahrzeugausweis (Urk. 70/12) hervor, dass das Strassenverkehrsamt noch am 5. April 2012 einen Eintrag betreffend Steuer- PS vorgenommen habe. Deshalb sei nicht davon auszugehen, dass der Porsche nicht mehr fahrtüchtig sei, sondern vielmehr sei glaubhaft, dass der Gesuchsgeg- ner das Fahrzeug lediglich abgemeldet habe. Dass der Gesuchsgegner auf ein Auto angewiesen sei, sei nicht glaubhaft. Er benütze für den Arbeitsweg die öffentlichen Verkehrsmittel. Sollte er tatsächlich einmal wegen eines Notfalls auf ein Auto angewiesen sein, könne er immer noch auf ein Taxi zurückgreifen. Die Ge- suchstellerin könne nicht immer das Auto ihrer Eltern benützen (Urk. 75 S. 13 f.). Die Gesuchstellerin sei stets davon ausgegangen, demnächst wieder arbeiten zu können, sei ihr doch noch vor der Hauptverhandlung vom 7. November 2011 ein ärztliches Zeugnis ausgestellt worden, welches ihr lediglich bis zum 30. November 2011 die Arbeitsunfähigkeit bescheinigt habe (Urk. 87 S. 3). Auch sei aus den vor Vorinstanz eingereichten Lohnabrechnungen hervorgegangen, dass die Gesuchstellerin vom 22. Juli bis 30. September 2011 Krankentaggelder erhalten habe (Urk. 87 S. 4 mit Hinweis auf Urk. 40, Urk. 42/1-3). Die Vorinstanz habe der Gesuchstellerin ein Auto zugesprochen, jedoch keine Kinderbetreu- ungskosten berücksichtigt mit dem Argument, dass die Gesuchstellerin C._____ mit dem Auto (wie bisher gelebt) zu den Grosseltern nach ... bringen könne und daher keine Kosten anfallen würden (Urk. 87 S. 4). Ein Auto habe zudem zum ehelichen Lebensstandard gehört (Urk. 87 S. 5).

E. 5.4

Ein Auto gehört ebenfalls zum Hausrat im Sinne von Art. 176 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB. Auch hier gilt es zu beurteilen, wem das Auto besser dient; auf die Eigentumsverhältnisse am Auto kommt es nicht an (vgl. BGE 114 II 18 E. 4). Die Gesuchstellerin ist aufgrund ihrer Arbeitsunfähigkeit zur Zeit nicht auf ein Auto

- 26 - angewiesen. Damit fällt aber der Hauptgrund der Zuteilung eines Autos an die Gesuchstellerin weg. Würde der Gesuchsteller über mehrere fahrtüchtige Fahr- zeuge verfügen, wäre aufgrund des ehelichen Lebensstandards trotzdem in Be- tracht zu ziehen, eines davon der Gesuchstellerin zuzuteilen. Da der Gesuchs- gegner mit der Einreichung des Fahrzeugkaufvertrags glaubhaft machte, dass er den BMW X3 3.0d verkaufte (Urk. 70/11), kann dessen Herausgabe nicht mehr angeordnet werden. An der Darstellung, dass der Porsche fahrtüchtig sei, be- stehen zwar gewisse Zweifel (die Prüfung erst am 14. September 2011 sowie die Eintragung von Steuer-PS noch am 5. April 2012). Der Fahrzeugausweis wurde jedoch am 7. Mai 2012 für ungültig erklärt (Urk. 70/12), womit davon auszugehen ist, dass der Porsche zur Zeit nicht fahrtüchtig ist. Es ist daran zu erinnern, dass im vorliegenden summarischen Eheschutzverfahren Glaubhaftmachung genügt. Die Glaubhaftmachung schwebt zwischen Behauptung und Beweis. Der Richter ist gehalten, wenigstens summarisch zu prüfen, ob sich der vom Gesuchsteller geltend gemachte Anspruch aus den dargelegten Tatsachen und "Beweisen" (insbesondere den eingereichten Dokumenten) ergibt, oder ob – anders ausge- drückt – für das Vorhandensein dieser Tatsachen gewisse Elemente sprechen, selbst wenn aus der Sicht des Gerichts noch die Möglichkeit der Nichtverwirkli- chung dieser Tatsachen besteht (Huber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuen- berger, ZPO Komm., Art. 261 N 25 mit weiteren Hinweisen; BGE 138 III 232 E. 4.1.1.). Da demzufolge davon auszugehen ist, dass der Gesuchsgegner nur über ein fahrtüchtiges Auto verfügt, und die Gesuchstellerin aufgrund

ihrer Arbeitsunfähigkeit nicht auf einen Personenwagen angewiesen ist, ist in Gutheissung der Berufung des Gesuchsgegners Dispositivziffer 7 des vorinstanzlichen Urteils ersatzlos aufzuheben. III. 1. Die Gesuchstellerin macht geltend, sollte die Berufungsinstanz zum Schluss kommen, dass die Unterhaltsbeiträge zu reduzieren seien, wäre der Gesuchstellerin rückwirkend ein Prozesskostenvorschuss für das erstinstanzliche Verfahren zuzusprechen. Die Vorinstanz sei davon ausgegangen, dass mit den zugesprochenen Unterhaltsbeiträgen ein genügender Freibetrag vorliege, um die

- 27 - Anwaltskosten bezahlen zu können. Aus den gleichen Gründen werde die Zuspriechung eines Prozesskostenbeitrages für das Berufungsverfahren beantragt (Urk. 75 S 15 f. unter Hinweis auf Urk. 68 S. 23). Sollte trotz Reduktion der Unterhaltsbeiträge an die Gesuchstellerin und trotz ungenügendem Freibetrag kein Prozesskostenvorschuss zugesprochen werden können, sei der Gesuchstellerin rückwirkend für das erstinstanzliche Verfahren sowie für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren (Urk. 75 S. 16). 2. Der Gesuchsgegner führt aus, ein Prozesskostenvorschuss für das erstinstanzliche Verfahren sei schon aus rechtlichen Gründen nicht möglich, denn Dispositiv-Ziffer 11 des vorinstanzlichen Urteils sei rechtskräftig geworden (Urk. 83 S. 5). 3. Obschon die Berufung des Gesuchsgegners teilweise gutzuheissen ist, ist auf das Eventualbegehren der Gesuchstellerin, es sei Ziffer 11 des angefochtenen Urteils aufzuheben und der Gesuchsgegner zu verpflichten, ihr für das erstinstanzliche Verfahren einen Prozesskostenvorschuss resp. -beitrag von Fr. 6'000.– zu bezahlen, nicht einzutreten. Der Grund dafür ist, dass die Gesuchstellerin keine Berufung erhoben hat und eine Anschlussberufung im summarischen Verfahren unzulässig ist (Art. 314 Abs. 2 ZPO; vgl. Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 314 N 24). Das Eventualbegehren wäre aber auch abzuweisen gewesen, wenn die Frage des Prozesskostenvorschusses bzw. -beitrags als Frage der "Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens" (Art. 318 Abs. 3 ZPO) betrachtet würde (vgl. Urk. 75 S. 15). Die Gesuchstellerin verfügt trotz teilweiser Gutheissung der Berufung des Gesuchsgegners je nach Unterhaltsphase über Freibeträge zwischen rund Fr. 1'500.– und Fr. 2'800.–. Damit ist ihr die Finanzierung des erstinstanzlichen Verfahrens zumutbar – auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass sie aus dem Freibetrag die Steuern (von monatlich geschätzten Fr. 400.–) zu bezahlen haben wird. Der Subeventualantrag der Gesuchstellerin, es sei ihr rückwirkend für das erstinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen, ist deshalb mangels zivilprozessualer Bedürftigkeit (Art. 117 lit. a ZPO) ebenso abzuweisen.

- 28 - IV. 1. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen sind nach Massgabe von Ob- und Unterliegen zu regeln (Art. 106 Abs. 2 ZPO).

E. 8

September 2010 (AnwGebV). Die volle Prozessentschädigung ist in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 3, § 11 und § 13 der AnwGebV auf Fr. 4'320.– (Fr. 4'000.– zuzüglich 8 % MwSt.) festzusetzen.

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