

# ZH\_OBERGERICHT LE140051 vom 6. November 2014

ZH Obergericht, 2014-11-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LE140051](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE140051)

FR: ZH\_OBERGERICHT LE140051 du 6 novembre 2014

IT: ZH\_OBERGERICHT LE140051 del 6 novembre 2014

## Erwägungen

### E. 1

a) Die Parteien hatten am tt. Oktober 1994 in Italien geheiratet (Urk. 9/2-4). Sie haben zwei Söhne, E.\_\_\_\_\_ (geboren tt.mm.1996) und C.\_\_\_\_\_ (geboren tt.mm.1997). Mit Eingabe vom 12. März 2014 stellte die Gesuchstellerin beim Bezirksgericht Dielsdorf (Vorinstanz) ein Eheschutzbegehren (Urk. 1). Mit Urteil vom 5. August 2014 regelte die Vorinstanz das Getrenntleben der Parteien (Urk. 33 = Urk. 38, eingangs wiedergegeben). b) Hiergegen hat der Gesuchsgegner am 15. September 2014 fristgerecht (ES bei Urk. 33) Berufung erhoben. Er hat dabei die vorstehend aufgeführten Berufungsanträge gestellt und um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ersucht (Urk. 37 S. 2).

- 4 - c) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Am 20. Oktober 2014 hat die Gesuchstellerin fristgerecht die Berufungsantwort erstattet. Sie hat die vorstehend aufgeführten Anträge gestellt und ebenfalls um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ersucht (Urk. 41 S. 2 f.; dem Gesuchsgegner zugestellt).

### E. 2

Angefochten ist einzig Dispositiv Ziffer 5 des vorinstanzlichen Urteils. Die Rechtskraft der nicht angefochtenen Punkte ist vorzumerken.

### E. 3

a) Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Der Berufungsentscheid ist zu begründen (Art. 318 Abs. 2 ZPO in Verbindung mit Art. 112 BGG), wobei die Begründung kurz ausfallen darf, wenn der angefochtene Entscheid bestätigt wird; auch ist es zulässig, auf die Begründung des zu bestätigten erstinstanzlichen Entscheides zu verweisen (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung, 2.A. 2013, N 54 zu Art. 318 ZPO). b) In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen und ist darzulegen, weshalb der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten unrichtig sein soll; die Berufung hat sich dementsprechend mit den Entscheidungsgründen der Vorinstanz auseinanderzusetzen. Die Berufungsinstanz hat sodann die geltend gemachten Punkte zu prüfen; sie hat nicht von sich aus den angefochtenen Entscheid auf mögliche Mängel zu untersuchen, wenn diese nicht gerügt werden, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden und diese Fehlerhaftigkeiten träten klar zutage (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N 36 zu Art. 311 ZPO). c) Neue Vorbringen sind im Berufungsverfahren lediglich beschränkt zulässig. Zulässig sind neue Tatsachenvorbringen und Beweismittel, welche kumulativ ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. a und b ZPO). Dies gilt auch für

Verfahren, welche der Untersuchungsmaxime unterstehen, denn

- 5 - eine analoge Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO im Berufungsverfahren ist abzulehnen, da die im Gesetz eigens vorgesehene spezielle Regelung von Art. 317 ZPO vorgeht (BGE 138 III 625 E. 2.2). d) Im Berufungsverfahren umstritten sind die vom Gesuchsgegner der Gesuchstellerin zu leistenden Unterhaltsbeiträge. Konkret beanstandet wurden dabei der Bedarf (Wohnkosten) und das Einkommen der Gesuchstellerin sowie der Bedarf (Grundbetrag für den mündigen Sohn; Zuschlag für Schwerarbeit) und das Einkommen (Anteil Lehrlingslohn des unmündigen Sohnes) des Gesuchsgegners. Diese Punkte sind nachfolgend zu prüfen.

#### **E. 4**

a) Zu den Wohnkosten der Gesuchstellerin erwog die Vorinstanz, die Gesuchstellerin wohne zur Zeit bei einer befreundeten Familie. Da nicht anzunehmen sei, dass sie dort kostenlos lebe, rechtfertige es sich, in ihrem Bedarf für Wohnkosten Fr. 500.-- zu berücksichtigen. Sobald sie eine eigene Wohnung gefunden habe, seien ihr Fr. 1'200.-- für Wohnkosten anzurechnen (Urk. 38 S. 11). b) Der Gesuchsgegner macht berufungsweise geltend, der berücksichtigte Betrag von Fr. 500.-- beruhe einzig auf einer Behauptung der Gesuchstellerin; die Annahme der Vorinstanz sei durch nichts belegt und damit willkürlich. Dass die Gesuchstellerin nur vorübergehend bei jener Familie wohne, deute darauf hin, dass sie keinen Mietzins zahle (Urk. 37 S. 4 f.). c) Die Gesuchstellerin wendet dagegen ein, sie sei umgezogen und bezahle neu Fr. 700.-- Miete pro Monat (Urk. 41 S. 3 f., S. 8, S. 10 f.). d) An sich ist der von der Gesuchstellerin behauptete Untermietzins von Fr. 500.-- (wie auch der im Berufungsverfahren neu behauptete von Fr. 700.--) pro Monat nicht belegt. Doch ist dies vorliegend nicht entscheidend. Aus dem im Eheschutzverfahren geltenden Gleichbehandlungsgrundsatz folgt, dass einer Partei, die sich bezüglich des Wohnkomforts über Gebühr einschränkt, hypothetisch derjenige (höhere) Betrag anzurechnen ist, der den an sich angemessenen Mietkosten entspricht (ZR 87/1988 Nr. 114). Ein solcher Fall liegt bei der Gesuchstellerin für die Zeit, in der sie noch keine eigene Wohnung hatte, sondern bei einer be-

- 6 - freunden Familie lebte, vor. Die vorinstanzliche Berücksichtigung von Wohnkosten von Fr. 500.-- ist damit auch dann korrekt, wenn die effektiv bezahlten Wohnkosten geringer wären (der Gesuchsgegner ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass die Berücksichtigung dieses Betrags für ihn selber sogar dann vorteilhaft wäre, wenn die Gesuchstellerin tatsächlich nichts bezahlen müsste, da sie so tendenziell länger in dieser Situation bleiben würde, was für ihn tiefere Unterhaltsbeiträge bedeutet). Der im Berufungsverfahren neu behauptete Untermietzins von Fr. 700.-- pro Monat ist weder belegt, noch wurde dargelegt, wann der Wohnortwechsel erfolgt sein soll (womit auch nicht dargetan ist, dass es sich dabei um ein zulässiges Novum handeln würde), noch wurden die entsprechenden vorinstanzlichen Erwägungen konkret beanstandet. Die Wohnkosten von Fr. 1'200.-- für eine eigene Wohnung der Gesuchstellerin sind nicht umstritten.

#### **E. 5**

a) Zum Grundbetrag für den mündigen Sohn E.\_\_\_\_\_ im Bedarf des Gesuchsgegners erwog die Vorinstanz, beide Söhne würden beim Gesuchsgegner wohnen. Da E.\_\_\_\_\_ ab August 2014 bereits im dritten Lehrjahr sei und für die Kosten für Versicherung, Telefon, Abonnemente etc. selber aufkommen und dem Gesuchsgegner im Gegenzug keine

Lohnabgaben entrichten müsse, sei für ihn kein Zuschlag zum Grundbetrag anzurechnen. Für C.\_\_\_\_\_ seien Fr. 600.-- hinzuzurechnen (Urk. 38 S. 11). b) Der Gesuchsgegner macht berufsungsweise geltend, die Vorinstanz habe für E.\_\_\_\_\_ zu Unrecht keinen Zuschlag zum Grundbetrag eingesetzt. Dies widerspreche der vorinstanzlichen Erwägung, dass E.\_\_\_\_\_ "für die Deckung seines Notbedarfs (ausgenommen Grundbetrag und Miete) selber aufzukommen" habe, und widerspreche auch der Erwägung, dass für Kinder bis zum Abschluss einer Erstausbildung ein Grundbetrag einzusetzen sei (Urk. 37 S. 5 f.). c) Die Gesuchstellerin wendet dagegen ein, die Vorinstanz habe nur über den unmündigen Sohn C.\_\_\_\_\_ entscheiden können; über den mündigen Sohn E.\_\_\_\_\_ sei sie nicht entscheidberechtigt gewesen (Urk. 41 S. 11 f.).

- 7 - d) An sich hätte die Vorinstanz beim Bedarf des Gesuchsgegners auch für E.\_\_\_\_\_ einen Zuschlag zum Grundbetrag berücksichtigen können; diesfalls wäre dann aber auch ein angemessener Betrag von dessen Lehrlingslohn beim Einkommen des Gesuchsgegners einzurechnen gewesen. Die Vorinstanz hat jedoch diese beiden Positionen quasi "verrechnet", was im Ergebnis nicht zu beanstanden ist. Daran ändert nichts, dass dies mit der Erwägung, dass E.\_\_\_\_\_ mit seinem Lehrlingslohn für seinen Notbedarf, ausgenommen Grundbetrag und Miete, selber aufkommen müsse (Urk. 38 S. 16), nicht ganz harmoniert. Ohnehin aber würde die eheliche Unterhaltspflicht der Unterstützungspflicht für mündige Kinder vorgehen (BGE 132 III 209), weshalb auch aus diesem Grund die Nichtberücksichtigung eines Zuschlags für E.\_\_\_\_\_ nicht zu beanstanden wäre. Bloss ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass auch die dem Gesuchsgegner ausbezahlten Familienzulagen nicht (bedarfsmindernd) berücksichtigt wurden.

## **E. 6**

a) Zu einem Zuschlag für Schwerarbeit im Bedarf des Gesuchsgegners hat die Vorinstanz nichts erwogen (Urk. 38 S. 9 ff.). b) Der Gesuchsgegner macht in seiner Berufung geltend, er arbeite als Schlosser und der Sohn C.\_\_\_\_\_ als Bauarbeiter; es seien daher entsprechende Zuschläge für Schwerarbeit von je Fr. 5.-- bis Fr. 10.-- pro Arbeitstag im Bedarf zu berücksichtigen, d.h. je Fr. 161.25 /Monat (21.5 Arbeitstage zu Fr. 7.50), mithin zusammen Fr. 322.50 /Monat (Urk. 37 S. 6). c) Die Gesuchstellerin wendet dagegen ein, weder C.\_\_\_\_\_ geschweige denn der Gesuchsteller hätten Anspruch auf einen Zuschlag für Schwerarbeit; ein solcher sei auch nicht vorinstanzlich geltend gemacht worden (Urk. 41 S. 12). d) Im vorinstanzlichen Verfahren hatte der Gesuchsgegner keine solchen Zuschläge geltend gemacht (Urk. 10; Vi-Prot. S. 5-9, S. 16 ff.). Da es sich dabei nicht um zulässige Noven handelt, ist er im Berufungsverfahren damit ausgeschlossen (oben Erw. 3.c).

## **E. 7**

a) Zum Einkommen der Gesuchstellerin erwog die Vorinstanz, die Gesuchstellerin habe bis anhin [neben dem Haushalt] 40 % gearbeitet. Grund-

- 8 - sätzlich sei auf die aktuelle Situation abzustellen. Das Jahreseinkommen der Gesuchstellerin sei in den letzten Jahren kontinuierlich gestiegen; aktuell betrage es Fr. 26'624.--, d.h. ca. Fr. 2'200.-- /Monat. Davon sei auszugehen; die Gesuchstellerin arbeite bei zwei verschiedenen Arbeitgebern und sei daher bei einer Erhöhung ihres Pensums eingeschränkt (Urk. 38 S. 16). b) Der Gesuchsgegner macht berufsungsweise geltend, die Gesuchstellerin habe sich nicht um eine Ausweitung ihres Pensums bemüht; es sei ihr zumutbar, ihr Pensum auf mindestens 70 % zu erhöhen und so ein Einkommen von mindestens Fr. 3'850.-- zu erzielen. Die Gesuchstellerin habe weder behauptet noch

dargelegt, dass sie in der Flexibilität, eine weitere Arbeitsstelle zu suchen, eingeschränkt sei; die entsprechende Annahme der Vorinstanz sei willkürlich (Urk. 37 S. 7 f.). c) Die Gesuchstellerin wendet dagegen ein, ihr Einkommen der Monate Januar bis September 2014 betrage nur rund Fr. 1'737.-- pro Monat und sei damit geringer, als die Vorinstanz angenommen habe. Sie suche mehr Arbeit, finde aber nichts. Die Annahme eines hypothetischen Einkommens sei unzulässig. Sie könne wegen der beiden Stellen, die sie nicht verlieren wolle, nicht ohne weiteres eine dritte Anstellung finden (Urk. 41 S. 6 f., S. 12; Urk. 42/1+2) d) Die vorinstanzliche Erwägung, dass im Massnahmeverfahren grundsätzlich von den aktuellen finanziellen Verhältnissen auszugehen sei, wird vom Gesuchsgegner zu Recht nicht beanstandet. Auch mit dem aktuellem Einkommen der Gesuchstellerin liegt kein Mankofall vor (Urteil S. 17 f.). Das vorinstanzlich angerechnete Einkommen von Fr. 2'200.-- pro Monat kann sodann nicht von einem 40%-Pensum herrühren. Die Gesuchstellerin gab hierzu an, sie arbeite ca. 11.5 Stunden pro Woche bei ... AG (Vi-Prot. S. 14; was mit Urk. 9/8 übereinstimmt: 47.98 Stunden im Februar 2014) und 60-65 Stunden pro Monat beim Reiningungsinstitut ... AG (Vi-Prot. S. 14); sie bestätigte, dass sie damit insgesamt ca. 27 Stunden pro Woche arbeite (Vi-Prot. S. 15). Dies entspricht nun aber – ausgehend von einem Vollzeitpensum von 42 bis 42.5 Stunden pro Woche – einem Teilzeitpensum von rund 64%. Nachdem vom Gesuchsgegner selbst kein Pensum von mehr als 70% gefordert wurde, ist die Vorgehensweise der Vorinstanz,

- 9 - auf eine Erhöhung des Arbeitspensums der Gesuchstellerin sowie auf die Einrechnung des bisher tatsächlich erzielten Zusatzeinkommens des Gesuchsgegners (dazu noch sogleich Erw. 8) zu verzichten, im Ergebnis nicht zu beanstanden.

## **E. 8**

a) Zum Einkommen des Gesuchsgegners erwog die Vorinstanz, der Gesuchsgegner sei bisher einer Haupterwerbstätigkeit von 100 % sowie einer zweiten Erwerbstätigkeit von ca. 50 % nachgegangen. Letztere sei infolge der Trennung (neue Führung eines Haushalts mit den beiden Söhnen) nicht mehr zumutbar. Aus dem Haupterwerb fliesse ein Einkommen von Fr. 4'671.-- /Monat (netto, inkl. 13. Monatslohn, ohne Kinderzulagen). Der mündige Sohn E.\_\_\_\_\_ sei nicht zu Abgaben verpflichtet und habe dafür selber für sich aufzukommen. Der unmündige Sohn C.\_\_\_\_\_ dagegen habe Fr. 100.-- bzw. Fr. 300.-- von seinem Lehrlingslohn von Fr. 955.-- (1. Lehrjahr) bzw. Fr. 1'435.-- (2. Lehrjahr, ab Oktober 2014) abzugeben (Urk. 38 S. 15 f.). b) Der Gesuchsgegner macht berufsweise geltend, die Vorinstanz habe nicht berücksichtigt, dass die angegebenen Lehrlingslöhne Bruttolöhne seien. Der Anteil von C.\_\_\_\_\_ ab Oktober 2014 sei auf höchstens Fr. 150.-- festzusetzen; ein höherer Anteil sei angesichts der privaten und schulischen Ausgaben von C.\_\_\_\_\_ nicht gerechtfertigt (Urk. 37 S. 8). c) Die Gesuchstellerin wendet dagegen ein, die Annahme der Vorinstanz bezüglich der Beiträge von C.\_\_\_\_\_ sei zutreffend (Urk. 41 S. 13). Im Zusammenhang mit der beantragten Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege für den Gesuchsgegner bringt sie sodann vor, die Vorinstanz habe dem Gesuchsgegner bis 30. September 2014 ein Einkommen von Fr. 4'791.-- und danach ein solches von Fr. 4'971.-- pro Monat angerechnet; de facto habe der Gesuchsgegner aber seit eh und je drei Tätigkeiten ausgeführt und erziele damit ein Monatseinkommen von Fr. 8'722.66 (Urk. 41 S. 5 f.). d) Die Vorinstanz hat nicht erwogen, dass es sich beim Lehrlingslohn von C.\_\_\_\_\_ von Fr. 1'435.-- für das zweite Lehrjahr um den Nettolohn handeln sollte; aus dem entsprechenden Beleg ergibt sich denn auch, dass dies der Brutto-

- 10 - Lehrlingslohn ist (Urk. 12/27 Ziff. 7). Vom Lehrlingslohn ist ein angemessener Beitrag für Kost und Logis zu leisten (Art. 323 Abs. 2 ZGB). Angesichts eines Lehrlingslohns von Fr. 1'485.-- brutto ist ein Beitrag von Fr. 300.-- nicht als unangemessen zu bezeichnen. Hinsichtlich des Erwerbseinkommens des Gesuchsgegners setzt sich die Gesuchstellerin in ihrer Berufungsantwort mit den vorinstanzlichen Erwägungen in keiner Weise auseinander; sie sagt mit keinem Wort, weshalb der vorinstanzliche Entscheid diesbezüglich unrichtig sein soll. Dass der Gesuchsgegner vor der Trennung während langer Zeit einer Nebenbeschäftigung nachgegangen ist, ist nicht massgebend, denn infolge der Trennung liegt eine neue Situation vor. Dass in dieser Situation die Vorinstanz das bisher erzielte Nebeneinkommen des Gesuchsgegners, auch angesichts von dessen Rückenproblemen, als nicht mehr zumutbar erachtete (und auch bei der Gesuchstellerin auf eine Verpflichtung zur Ausweitung des Pensums verzichtete; oben Erw. 7.d), ist daher nicht zu beanstanden.

#### **E. 9**

Nach dem Gesagten erweist sich die Berufung des Gesuchstellers als unbegründet und ist diese abzuweisen und der angefochtene Entscheid zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

#### **E. 10**

a) Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss dem unterliegenden Gesuchsgegner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). b) Beide Parteien haben für das Berufungsverfahren je ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt (Urk. 37 S. 2, Urk. 41 S. 3). Aufgrund der vorinstanzlichen Erwägungen sind beide Parteien als mittellos anzusehen (Urk. 38 S. 18 f.; der Freibetrag in der letzten Phase beträgt zwar nicht, wie angegeben [Urk. 38 S. 18 oben], Fr. 827.--, sondern Fr. 40.--; die Unterhaltsberechnung ist dann aber vom korrekten Freibetrag ausgegangen [Urk. 38 S. 19: Fr. 13.-- Freibetragsanteil der Gesuchstellerin ist 1/3 von Fr. 40.--]). Die Berufungsanträge beider Parteien waren sodann nicht als im armenrechtlichen Sinne aussichtslos anzusehen (Ausnahme: Antrag der Gesuchstellerin auf Abweisung des Armenrechtsgesuchs des Gesuchsgegners, wegen Fehlens eines Rechtsschutzinteresses). Es ist daher beiden Parteien auch für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege

- 11 - und Rechtsverteiständung zu gewähren (Art. 117 f. ZPO). Sie sind auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hinzuweisen. c) Die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege befreit nicht von der Zahlung einer Parteientschädigung an die Gegenpartei (Art. 118 Abs. 3 ZPO). Der Gesuchsgegner ist daher ausgangsgemäss zu verpflichten, der Gesuchstellerin bzw. deren unentgeltlichem Rechtsvertreter eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen. Diese ist angesichts der eher geringen Schwierigkeit des Falles auf Fr. 2'200.-- (inkl. Mehrwertsteuer) festzusetzen (§ 2 Abs. 1 lit. d, § 5, § 6 Abs. 1 und Abs. 2 lit. b sowie § 12 der Gerichtsgebührenverordnung). d) Der unentgeltliche Rechtsvertreter des Gesuchsgegners ist mit dem gleichen Betrag (vorstehend Erw. 10.c) aus der Gerichtskasse zu entschädigen (Art. 122 Abs. 1 lit. a ZPO). Es wird beschlossen:

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