

# ZH\_OBERGERICHT LE140069 vom 26. Januar 2015

ZH Obergericht, 2015-01-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LE140069](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE140069)

FR: ZH\_OBERGERICHT LE140069 du 26 janvier 2015

IT: ZH\_OBERGERICHT LE140069 del 26 gennaio 2015

## Erwägungen

### E. 1

Die Parteien sind verheiratet und Eltern der Kinder C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.1998, und D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2000. Mit Eingabe vom

#### E. 1.1

Beiden Parteien wurde vor Vorinstanz die unentgeltliche Rechtspflege gewährt (vgl. Urk. 63 Dispositiv-Ziffer 7). Auch für das Berufungsverfahren stellen beide Parteien je ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege. Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO).

#### E. 1.2

Der Gesuchsgegner macht bezüglich seines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege geltend, es liege offensichtlich und aktenkundig Einkommens- und Vermögensarmut vor, weshalb ihm das vollumfängliche Armenrecht auch für das Berufungsverfahren zu gewähren sei. Es könne auf die bisherigen Ausführungen sowie die Vorbringen vor Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 62 S. 12). Die finanzielle Situation des Gesuchsgegners hat sich seit der erstinstanzlichen Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht verbessert. Gemäss obigen Erwägungen war seine Berufung auch nicht aussichtslos. Dem Gesuchsgegner ist damit auch für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO ist vorzubehalten.

- 15 -

#### E. 1.3

Die Gesuchstellerin verweist für ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und betreffend ihre finanzielle Situation auf die vor Vorinstanz gemachten Ausführungen. Sie verfüge über ein monatliches Nettoeinkommen von ca. Fr. 2'300.–, zuzüglich 13. Monatslohn (Urk. 67 S. 8 unter Hinweis auf ihre Lohnabrechnungen Juli bis Oktober 2014, Urk. 69/1). Unterhaltszahlungen habe sie vom Gesuchsgegner mit Ausnahme allenfalls direkt getätigter Zahlungen seit Mitte Februar 2014 noch keine erhalten. Da sie nicht in der Lage sei, ihren Bedarf zu decken, habe sie sich, damit sie überhaupt ihre Miete und die notwendigen Ausgaben habe decken können, bei ihrem Partner verschulden müssen. Dieser habe ihr Darlehen von monatlich Fr. 3'000.– bezahlt. Über Vermögen verfüge sie nicht (Urk. 67 S. 8 unter Hinweis auf Urk. 69/2). Aus den eingereichten Unterlagen geht hervor, dass sich die finanzielle Situation der Gesuchstellerin seit der erstinstanzlichen Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht verbessert hat (Urk.

69/1+2). Gemäss obigen Erwägungen waren ihre Begehren zudem nicht aussichtslos. Der Gesuchstellerin ist damit auch für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y. \_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO ist vorzubehalten. 2. 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). Unter Berücksichtigung des tatsächlichen Streitinteresses, des Zeitaufwands des Gerichts und der Schwierigkeit des Falles erscheint eine Gerichtsgebühr von Fr. 3'000.– angemessen. Sind Kinderbelange strittig, werden die Kosten des Verfahrens gemäss obergerichtlicher Praxis – unabhängig vom Ausgang – den Parteien grundsätzlich je zur Hälfte auferlegt und die Prozessentschädigungen wettgeschlagen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt der Interessen des Kindes gute Gründe zur Antragstellung hatten. Davon ausgenommen sind die Kinderunterhaltsbeiträge (ZR 84 Nr. 41). Damit sind die Kosten des vorliegenden Verfahrens nach dem Verfahrensausgang zu verteilen (Art. 106 ZPO). Ausgehend

- 16 - von einer Gültigkeitsdauer der vorliegenden Eheschutzmassnahmen von 24 Monaten ab 15. Februar 2014 unterliegen die Parteien ungefähr gleichmässig. Damit sind die Gerichtsgebühren des Berufungsverfahrens den Parteien je hälftig aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen. Zufolge der beiden Parteien gewährten unentgeltlichen Rechtspflege sind die Gerichtsgebühren jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Es wird beschlossen:

#### **E. 4**

Dezember 2013 gelangte die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan: Gesuchstellerin) an das Bezirksgericht Horgen (Urk. 1) und stellte in der Folge eingangs wiedergegebene Rechtsbegehren. Betreffend den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 63 S. 2 ff.). Die Vorinstanz fällte am 20. Oktober 2014 das eingangs wiedergegebene Urteil (Urk. 63). 2. Gegen dieses Urteil erhob der Gesuchsgegner und Berufungskläger (fortan: Gesuchsgegner) am 10. November 2014 innert Frist Berufung, wobei er

- 6 - die oben angeführten Anträge stellte (Urk. 62 S. 2). Zeitgleich stellte er die Anträge, es sei ihm für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen, und es sei ihm ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen, sowie es sei der Berufung betreffend die rückwirkenden und künftigen, Fr. 400.– je Kind und Monat (zuzüglich Kinderzulagen) übersteigenden, Kinderunterhaltsbeiträge sowie betreffend die rückwirkenden und künftigen Ehegattenunterhaltsbeiträge die aufschiebende Wirkung zu erteilen (Urk. 62 S. 3). Mit Verfügung vom 17. November 2014 wurde der Gesuchstellerin Frist zur Berufungsantwort angesetzt (Urk. 66 Dispositiv-Ziffer 1) sowie Frist angesetzt, um zum Gesuch des Gesuchsgegners um Erteilung der aufschiebenden Wirkung Stellung zu nehmen (Dispositiv-Ziffer 2). Mit Eingabe vom 27. November 2014 erstattete die Gesuchstellerin die Berufungsantwort und die Stellungnahme zur aufschiebenden Wirkung. Zudem stellte sie das Gesuch, es sei ihr für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und ihr in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y. \_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu ernennen (Urk. 67 S. 2). Mit Verfügung vom 2. Dezember 2014 wurde der Berufung des Gesuchsgegners gegen Dispositiv-Ziffer 5 des angefochtenen Urteils betreffend Ehegattenunterhalt die aufschiebende Wirkung erteilt.

Zudem wurde der Berufung des Gesuchsgegners gegen Dispositiv-Ziffer 4 des angefochtenen Urteils die auf- schiebende Wirkung im die Kinderunterhaltsbeiträge von je Fr. 400.– pro Monat zuzüglich allfälliger Kinder-/Familienzulage übersteigenden Umfang erteilt (Urk. 70 Dispositiv-Ziffern 1a und 1b) und die Berufungsantwort samt Beilagenverzeichnis und Beilagen der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt (Dispositiv-Ziffer 2). Am 5. Dezember 2014 erstattete der Gesuchsgegner eine Stellungnahme (Urk. 71). Diese wurde der Gegenpartei am 12. Dezember 2014 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 72). Daraufhin erfolgte eine Stellungnahme der Gesuchstellerin (Urk. 73), was der Gegenpartei am 17. Dezember 2014 zur Kenntnisnahme gebracht wurde (Urk. 74). II. Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die Dispositiv-Ziffern 1 bis 3 sowie 6

- 7 - bis 8 des vorinstanzlichen Urteils blieben unangefochten. In diesem Umfang ist das vorinstanzliche Urteil am 14. November 2014 in Rechtskraft erwachsen (vgl. Urk. 58/1+2). Dies ist vorzumerken. III. 1. Der Gesuchsgegner ist selbständiger Vermögensverwalter. Die Vorinstanz hat wegen der stetigen Reduktion seines Einkommens zur Ermittlung desselben nicht auf den Durchschnitt von drei Jahren abgestellt, sondern nur auf das Jahr 2013. Die neuerliche Reduktion im Jahr 2014 infolge Wegfalls des grössten Kunden wurde von der Vorderrichterin nicht berücksichtigt (Urk. 63 S. 22). Sie erwog sodann, der Gesuchsgegner schöpfe seine Arbeitskraft nicht voll aus und hat ihm daher ein zusätzliches Einkommen von Fr. 2'000.– auf Basis einer 50 %-Anstellung als ...-Chauffeur angerechnet. Zuzüglich der Fr. 4'000.– für die Tätigkeit als selbständiger Vermögensverwalter ergebe dies somit ein monatliches Einkommen des Gesuchsgegners von Fr. 6'000.–. Da er sich die unterlassenen Bemühungen selbst zuzuschreiben habe, gewährte ihm die Vorinstanz keine Übergangsfrist zur Aufnahme der Zusatztätigkeit und rechnete ihm das Einkommen von Beginn seiner Unterhaltspflicht weg an (Urk. 63 S. 23 f.). 2. Der Gesuchsgegner rügt, die Vorinstanz habe ihm nicht nur keine Übergangsfrist gewährt, sondern das hypothetische Einkommen sogar rückwirkend angerechnet. Weiter beanstandet der Gesuchsgegner, sein während der Trennung nochmals reduziertes Einkommen sei nicht berücksichtigt worden. Schliesslich habe er bereits Unterhaltsleistungen erbracht, wozu sich aber die Vorinstanz nicht geäussert habe (Urk. 62 S. 4 ff.). 3. (Rückwirkendes) hypothetisches Einkommen 3.1. Aus den bei den Akten liegenden Steuererklärungen der Jahre 2007 bis 2011 geht hervor, dass die Parteien folgende Einkünfte des Gesuchsgegners aus selbständiger Erwerbstätigkeit versteuerten: Fr. 230'137.– (2007, Urk. 22/4/1), Fr. 284'010.– (2008, Urk. 22/4/2), Fr. 171'420.– (2009, Urk. 22/4/3), Fr. 109'540.– (2010, Urk. 22/4/4) und Fr. 108'685.– (2011; Urk. 22/4/5). Im Jahr - 8 - 2012 versteuerten sie Fr. 60'515.– (Urk. 8/1). Für das Jahr 2013 befindet sich keine Steuererklärung bei den Akten. Die Betriebsrechnung des Gesuchsgegners für das Jahr 2013 vom 12. März 2014 weist nur noch einen Gewinn von Fr. 49'287.60 aus (Urk. 20). Damit ist zwar ersichtlich und glaubhaft, dass der Gewinn des Gesuchsgegners seit dem Jahr 2008 und damit schon lange vor der Trennung der Parteien kontinuierlich und erheblich sank. Wie die Vorinstanz zu Recht ausführte, zeigt der Gesuchsgegner bezüglich der Entwicklung seines Einkommens aber eine erstaunlich resignative Haltung (Urk. 63 S. 22 f.). Es finden sich keinerlei Urkunden bei den Akten, dass er sich um neue Kunden bemüht oder sich um eine Zusatztätigkeit beworben hätte. In Anbetracht dieses Umstandes stellt sich die Frage, ob der Gesuchsgegner genügende Suchbemühungen für ein zusätzliches Erwerbseinkommen unternommen hat. Es entsteht der Eindruck, dass er sein

Potential nicht vollständig ausschöpft (vgl. insbesondere Prot. I S. 40). Deshalb ist zu prüfen, ob ihm ein hypothetisches Einkommen anzurechnen ist (auf die Ermittlung seines Einkommens aus selbständiger Vermögensverwaltertätigkeit wird unter E. 4 zurückzukommen sein). 3.2.1. Ein hypothetisches Einkommen ist nach der Rechtsprechung einzu- setzen, wenn die betreffende Prozesspartei bei gutem Willen und zumutbarer An- strengung ein solches Einkommen erzielen kann (BGE 137 III 118 E. 2.3; 128 III 4 E. 4a; 127 III 136 E. 2a). Gemäss Rechtsprechung werden hohe Anforderungen an die Ausnützung der Erwerbskraft gestellt, wenn es um Kinderunterhalt geht und wie im vorliegenden Fall wirtschaftlich enge Verhältnisse vorliegen (BGE 137 III 118 E. 3.1). Bei der Festsetzung des hypothetischen Einkommens ist zwischen Rechts- und Tatfrage zu unterscheiden. Rechtsfrage ist, welche Tätigkeit aufzu- nehmen als zumutbar erscheint (Vermögensverwalter, kaufmännischer Angestell- ter, ...chauffeur etc.); die entsprechenden Annahmen beruhen auf allgemeiner Lebenserfahrung, was als Rechtsfrage gewürdigt wird (BGE 126 III 10 E. 2b). Tat- frage ist, ob die als zumutbar erkannte Tätigkeit möglich (Ausbildung, Arbeits- marktlage, Alter, Gesundheit etc.) und welches Einkommen dabei effektiv erziel- bar ist (Lohnstrukturerhebungen des Bundesamtes für Statistik; Philippe Mülhau-

- 9 - ser, Das Lohnbuch 2014, Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Zürich; allgemein verbindliche Gesamtarbeitsverträge etc.). 3.2.2. Der Gesuchsgegner ist 54-jährig. Er ist Kaufmann und arbeitet ge- mäss eigenen Angaben seit rund 14 Jahren als selbständiger Vermögensverwal- ter (Prot. I S. 22). Aufgrund dieser Ausgangslage ist in rechtlicher Hinsicht – auf- grund allgemeiner Lebenserfahrung – festzuhalten, dass dem Gesuchsgegner ei- ne Tätigkeit als angestellter Vermögensverwalter oder kaufmännischer Mitarbeiter (in der Finanzbranche oder in anderen Branchen) zumutbar ist. Eine Tätigkeit als ...chauffeur käme erst in zweiter Linie in Betracht, ist doch davon auszugehen, dass der Gesuchsgegner als kaufmännischer Angestellter ein höheres Einkom- men erzielen kann und scheint er bisher nur in bescheidenem Umfang als Chauf- feur gearbeitet zu haben. Weiter macht er glaubhaft geltend, die Tätigkeit als Chauffeur sei aufgrund grosser Konkurrenz nur schwierig ausbaubar (Prot. I S. 24). In tatsächlicher Hinsicht ist eine Tätigkeit im angestammten Beruf des Ge- suchsgegners somit eher möglich, weil derzeit die Arbeitsmarktlage grundsätzlich als gut zu bezeichnen ist und der Gesuchsgegner aufgrund seiner Ausbildung und seines Leistungsausweises als langjähriger selbständiger Vermögensverwalter eine entsprechende Stelle finden dürfte. Gesundheitliche Probleme des Gesuchs- gegners sind nicht bekannt. Es ist zwar zutreffend, dass er als älterer und ent- sprechend teurer Mitarbeiter in der Finanzbranche – wo oft auf jüngere Mitarbeiter gesetzt wird – bei der Stellensuche benachteiligt sein dürfte. Andererseits verfügt er als selbständiger Vermögensverwalter über ein einflussreiches Beziehungsnetz (vgl. Prot. I S. 23). Es obliegt ihm damit, diese Beziehungen zu nutzen und sich nicht nur als Vermögensverwalter sondern auch für kaufmännische Stellen in- und ausserhalb der Finanzbranche zu bewerben. Es geht nicht an, dass er sich (länger- fristig) lediglich das Einkommen, welches er von den verbliebenen Vermögens- verwaltungskunden bezieht, anrechnen lassen will. Da dem Gesuchsgegner nur noch acht Kunden mit einem Vermögensverwaltungswert von rund Fr. 2,5 Mio. verbleiben (Urk. 39 S. 2 in Verbindung mit Urk. 23 S. 6) ist ihm die Aufnahme ei- nes 50 % Pensums auch zeitlich zumutbar. Aufgrund statistischer Erhebungen und da sich der Gesuchsgegner aufgrund seines Alters auch für kaufmännische

- 10 - Teilzeitstellen wird bewerben müssen, für welche er überqualifiziert ist, dürfte ein Nettolohn für ein 50 % Pensum als Vermögensverwalter oder Kaufmann von ca. Fr. 2'000.– angemessen sein (Lohnbuch 2014, a.a.O., S. 369: Ausführung sich wiederholender Tätigkeiten in der Finanzbranche mit bis zu fünf Dienstjahren Bankenerfahrung: Bruttomonatslohn Fr. 4'512.–). 3.3.1. Es ist grundsätzlich unzulässig, rückwirkend von einem höheren hypothetischen Einkommen des Pflichtigen auszugehen, denn offensichtlich fehlt es an einer realen Möglichkeit der rückwirkenden Einkommenssteigerung. Eine Rückwirkung kann im Einzelfall allenfalls dann statthaft sein, wenn dem Unterhaltsschuldner ein unredliches Verhalten vorgeworfen werden kann oder wenn die geforderte Umstellung in seinen Lebensverhältnissen und das Erfordernis eines vermehrten beruflichen Einsatzes für ihn vorhersehbar gewesen sind (BGer 5P.79/2004 vom 10. Juni 2004, E. 4.3 mit Hinweis auf BGer 5P.388/2003 vom

#### **E. 4.1**

Die Vorinstanz stellte zur Ermittlung des Einkommens aus selbständiger Vermögensverwaltungstätigkeit auf den Gewinn des Jahres 2013 von Fr. 49'287.– ab und ermittelte ein monatliches Einkommen von Fr. 4'107.– (Urk. 63 S. 22). Aufgrund des stetig sinkenden Einkommens des Gesuchsgegners ist an dieser Vorgehensweise nichts zu beanstanden. Für die finanzielle Leistungsfähigkeit eines Unterhaltspflichtigen ist bei unsteten Einkommensverhältnissen

- 11 - nissen sowie bei selbständig erwerbstätigen Parteien grundsätzlich auf den Durchschnitt mehrerer Jahre – in der Regel der letzten drei Jahre – abzustellen (Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, N 01.34 und 05.72 mit weiteren Hinweisen). Dabei können auffällige, d.h. besonders gute oder schlechte, Abschlüsse unter Umständen ausser acht gelassen werden. Bei stetig sinkenden oder steigenden Erträgen gilt jedoch der Gewinn bzw. das Einkommen des letzten Jahres als massgebendes Einkommen (ZK-Bräm/Hasenböhler, Art. 163 N 77; BGer 5D\_167/2008 vom 13. Januar 2009, E. 2).

#### **E. 4.2**

Was die (mögliche) weitere Reduktion dieses Einkommens anbelangt, ist folgendes festzuhalten: Die Fortsetzung der erstinstanzlichen Hauptverhandlung fand am 3. Juli 2014 statt (Prot. I S. 37). Mit Eingabe vom 10. Juli 2014 machte der Gesuchsgegner geltend, in unmittelbarem Anschluss an die Verhandlung erfahren zu haben, dass er seinen grössten Kunden, E.\_\_\_\_\_, verloren habe (Urk. 39 S. 1). Der Gesuchsgegner beteuert, dass diese Koinzidenz zufällig sei (Urk. 51). Wie hoch der Gewinn des Gesuchsgegners im Jahr 2014 war bzw. sein wird, ist jedoch noch offen bzw. Gegenstand von Mutmassungen. Es liegen für das Jahr 2014 weder ein Geschäftsabschluss noch eine Steuererklärung vor. Dass der Gewinn – trotz des Verlusts seines grössten Kunden – für das Jahr 2014 schliesslich höher ausfallen könnte, als dies vom Gesuchsgegner dargestellt wird, zeigt auch eine E-Mail vom 4. Juli 2014, wonach er gerade dabei sei, für seine Kunden ein Bonuszertifikat aufzusetzen auf Nestlé, Novartis und Roche mit einer Laufzeit von zwei Jahren; E.\_\_\_\_\_ solle ihn wissen lassen, ob er interessiert sei (Urk. 52/2). Damit ist aber noch nicht klar, ob das Einkommen des Gesuchsgegners im Jahr 2014 tatsächlich tiefer liegt und ob er den Wegfall von E.\_\_\_\_\_ anderweitig kompensieren konnte. Es ist damit beim Gesuchsgegner in Übereinstimmung mit der Vorinstanz von einem monatlichen Einkommen aus selbständiger Vermögensverwaltungstätigkeit von Fr. 4'000.– auszugehen. 5. Berechnung Unterhaltsbeiträge 5.1. Wie bereits erwähnt ist dem Gesuchsgegner bis am 28. Februar

2015 ein Einkommen von Fr. 4'000.– aus seiner Tätigkeit als selbständiger Vermö-

- 12 - gensverwalter anzurechnen. Ab dem 1. März 2015 ist von einem Einkommen von Fr. 6'000.– (Einkommen als selbständiger Vermögensverwalter zuzüglich hypothetisches Einkommen als angestellter Vermögensverwalter bzw. kaufmännischer Angestellter) auszugehen (vgl. Urk. 63 S. 22 ff.). Das von der Vorinstanz veranschlagte Einkommen der Gesuchstellerin von Fr. 2'578.– (Urk. 63 S. 24) ist unbestritten und erweist sich als angemessen. Das Gleiche gilt für den Bedarf der Gesuchstellerin und der beiden Kinder von Fr. 6'664.– (Urk. 63 S. 24 f.). Betreffend den Bedarf des Gesuchsgegners von Fr. 4'068.– fordert die Gesuchstellerin, dass wenn von einem tieferen Einkommen ausgegangen werde, dem Gesuchsgegner auch ein tieferer Mietzins als der vorinstanzlich berücksichtigte von Fr. 2'200.– pro Monat anzurechnen sei. Es sei nicht einzusehen, weshalb er für sich eine 5.5-Zimmerwohnung benötige (Urk. 67 S. 6). Analog zur Situation bei der rückwirkenden Anrechnung eines hypothetischen Einkommens kann dem Gesuchsgegner jedoch rückwirkend auch kein tieferer Mietzins angerechnet werden, da es an der realen Möglichkeit der rückwirkenden Ersparnis von Mietzinsen fehlt. 5.2. Die Unterhaltsrechnung präsentiert sich demgemäss wie folgt: bis Febr. 2015 ab März 2015 Einkommen Gesuchstellerin: Fr. 2'578.– Fr. 2'578.– Einkommen Gesuchsgegner: Fr. 4'000.– Fr. 6'000.– ./.. Bedarf Gesuchstellerin und Kinder Fr. 6'664.– Fr. 6'664.– ./.. Bedarf Gesuchsgegner Fr. 4'068.– Fr. 4'068.– Manko - Fr. 4'154.– - Fr. 2'154.– Die Teilung des Mankos (mit der möglichen Folge, dass unter Umständen beide Parteien unterhalb ihres Existenzminimums leben müssten) hat das Bundesgericht in Bezug auf den Schuldner verneint. Ihm ist ein bestimmtes Minimum in jedem Fall und unabhängig davon, wer Ansprecher des Unterhalts ist, zu garantieren (Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, N 02.63; BGE 135 III 66

- 13 - E. 2 – 10). Da ein Mankofall vorliegt, errechnet sich die Unterhaltspflicht des Gesuchsgegners demgemäss aus der Differenz seines Einkommens und seines Bedarfs. Die obenstehende Berechnung zeigt, dass er bis Ende Februar 2015 nicht zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen verpflichtet werden könnte; ab dem 1. März 2015 vermag er Unterhaltsbeiträge von monatlich Fr. 1'932.– zu bezahlen. Der Gesuchsgegner hat jedoch monatliche Kinderunterhaltsbeiträge von je Fr. 400.– (zuzüglich Kinderzulagen) unter der Prämisse anerkannt, dass bisher erbrachte Unterhaltsleistungen in Abzug gebracht werden und anerkennt im Ergebnis eine (noch offene) Unterhaltspflicht je Kind von Fr. 400.– (zuzüglich Kinderzulagen) ab dem 1. Dezember 2014 (Urk. 62 S. 2 und 11). Es sind – auch in Anbetracht der ebenfalls zu Gunsten des Unterhaltspflichtigen geltenden Offizialmaxime – keine Gründe ersichtlich, welche dem Gesuchsgegner eine entsprechende Bezahlung verunmöglichen würden. Der Gesuchsgegner ist deshalb für die Zeit vom 1. Dezember 2014 bis 28. Februar 2015 zu verpflichten, der Gesuchstellerin für die Kinder D. \_\_\_\_\_ und C. \_\_\_\_\_ einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von je Fr. 400.– zuzüglich allfälliger Kinder-/Familienzulage zu bezahlen. Zudem ist er zu verpflichten, ab dem 1. März 2015 je Kind monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 600.– (zuzüglich allfälliger vertraglicher und gesetzlicher Kinder-/Familienzulagen) zu bezahlen. Schliesslich ist der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin für sich persönlich ab dem 1. März 2015 für die weitere Dauer des Getrenntlebens monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 732.– zu bezahlen. 6. Bereits erbrachte Unterhaltsverpflichtungen 6.1. Bei einer rückwirkenden Verpflichtung zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen sind schon tatsächlich erbrachte Unterhaltsleistungen zu berücksichtigen bzw. anzurechnen (ZK-Bräm/Hasenböhler, Art. 163 ZGB N 150; ZR 107

Nr. 60; vgl. BGE 135 II 315, E. 2). Die Berufungsinstanz hat 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

- 14 - und als begründet erkannten daran anrechenbaren Leistungen im Zeitpunkt des vorliegenden Urteils noch schuldet (vgl. ZR 107 Nr. 60). 6.2. Der Gesuchsgegner macht geltend, für die Zeit bis zum 30. November 2014 keine Unterhaltsbeiträge mehr zu schulden, da er (teilweise) für Miete, Krankenkasse, Telefon- und Generalabonnementskosten direkt aufgekommen sei. Diese Positionen seien anrechenbar, was praxisgemäss festzuhalten sei (Urk. 62 S. 10 f.). Da festgestellt wurde, dass der Gesuchsgegner für die Zeit vor dem 30. November 2014 keine Unterhaltsbeiträge schuldet, muss die Anrechenbarkeit von bereits erbrachten Unterhaltsleistungen nicht mehr geprüft werden. IV.

#### **E. 7**

Januar 2004, E. 1.2; für den nahehelichen Unterhalt: BGE 127 III 136 E. 2c). 3.3.2. Dem Gesuchsgegner kann vorliegend kein unredliches Verhalten vorgeworfen werden. Auch kann nicht gesagt werden, die Aufnahme einer Zusatzstellung sei für ihn vorhersehbar gewesen – beides behauptet auch die Gesuchstellerin nicht (Urk. 67 S. 4 f.). Damit ist dem Gesuchsgegner aber das hypothetische Einkommen entgegen der Vorinstanz nicht rückwirkend anzurechnen. Dem Gesuchsgegner, der aufgrund des Verlustes seines grössten Kunden nun schon ein halbes Jahr weiss, dass er sich um ein Zusatzeinkommen bemühen muss, ist aber nur noch eine kurze Übergangsfrist einzuräumen. Ihm ist daher ab 1. März 2015 ein Einkommen aus Zusatzverdienst von Fr. 2'000.– anzurechnen. 4. Vermindertes Einkommen infolge Wegfalls des grössten Kunden

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