

# ZH\_OBERGERICHT LE150030 vom 11. November 2015

ZH Obergericht, 2015-11-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LE150030](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE150030)

FR: ZH\_OBERGERICHT LE150030 du 11 novembre 2015

IT: ZH\_OBERGERICHT LE150030 del 11 novembre 2015

## Erwägungen

### E. 1

Die Parteien heirateten am tt. Mai 1995. Aus der Ehe ging der Sohn C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2001, hervor (Urk. 1). Zum Ablauf des vorinstanzlichen Verfahrens, welches mit dem vorliegend angefochtenen Urteil vom 22. Mai 2015 einen Abschluss fand (Urk. 41 = Urk. 49), kann auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (vgl. Urk. 49 S. 6 ff.).

- 10 -

### E. 2

Mit Eingabe vom 8. Juni 2015 (Urk. 48) erhob der Beklagte und Berufungskläger (nachfolgend Beklagter) innert Frist Berufung, wobei er oben angeführte Anträge stellte. Die Klägerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend Klägerin) erstattete mit Eingabe vom 2. Juli 2015 (Urk. 58) innert Frist ihre Berufungsantwort. Auf entsprechendes Ersuchen des Beklagten (Urk. 61) wurde diesem mit Verfügung vom 7. Juli 2015 Frist zur Stellungnahme zur Berufungsantwort angesetzt (Urk. 62), welche am 21. Juli 2015 hierorts einging (Urk. 64). Am 11. August 2015 teilte die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) Winterthur/Andelfingen der Kammer mit, dass mit Schreiben vom 6. August 2015 eine Gefährdungsmeldung der IPW (Integrierte Psychiatrie Winterthur), wo sich der Sohn der Parteien in einer freiwilligen stationären Behandlung befinde, eingegangen sei (Urk. 67). Nachdem die KESB Winterthur/Andelfingen das fragliche Schreiben der IPW vom

#### E. 2.1

Vor Vorinstanz waren die Obhutsfrage, die Kinder- und Ehegattenunterhaltsbeiträge sowie die Benützung der ehelichen Liegenschaft umstritten. Der Aufwand für die Beurteilung der Unterhaltsfrage ist mit 4/7, die Obhutsfrage mit 2/7 und die Benützung der ehelichen Liegenschaft (inkl. Hausrat- und Mobiliar) mit 1/7 bei den Kosten zu berücksichtigen.

#### E. 2.2

Hinsichtlich der Obhutsfrage sind die Parteien je zur Hälfte als obsiegende Partei zu betrachten (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO).

#### E. 2.3

Mit Bezug auf die Unterhaltsbeiträge beantragt der Beklagte die Festsetzung von Kinderunterhaltsbeiträgen von Fr. 600.– ab 1. Januar 2015, solange C.\_\_\_\_\_ unter der Obhut der Klägerin steht. Für die Zeit ab Obhutzuteilung an den Beklagten verlangt dieser die Zusprechung von angemessenen Kinderunterhaltsbeiträgen (Urk. 48 S. 2). Die Klägerin beantragt, den Beklagten ab ihrem Auszug aus der ehelichen Liegenschaft zur Leistung von Ehegattenunterhaltsbeiträgen von Fr. 2'000.– pro Monat zu verpflichten (Urk.

110 S. 8). Im Übrigen beantragt sie die Abweisung der Berufung und Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheids (Urk. 58 S. 2 und Urk. 110 S. 8).

#### **E. 2.4**

Wie erwähnt (Erw. II./F./2.5.1.) rechtfertigt es sich vorliegend, die Zeitspanne vom 1. Juli 2014 bis 31. Dezember 2014 bei der Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen unberücksichtigt zu lassen, weshalb die Klägerin mit Bezug auf die Unterhaltsfrage vollumfänglich obsiegt. 3. Gesamthaft betrachtet ist von einem Obsiegen der Klägerin im Berufungsverfahren im Umfang von 3/4 auszugehen, weshalb die Kosten des Berufungsverfahrens dem Beklagten im Umfang von 3/4 und der Klägerin im Umfang von 1/4 aufzuerlegen sind. Überdies ist der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin eine auf die Hälfte reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen. Die volle Parteientschädigung ist in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 3, § 9 und § 11 der AnwGebV auf Fr. 8'000.– festzusetzen, womit der Beklagte zu verpflichten ist, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 4'000.– zu bezahlen. Antragsgemäss ist der Mehrwertsteuerzuschlag von 8% zuzusprechen. Es wird beschlossen:

##### **E. 2.4.1**

In Abänderung des vorinstanzlichen Entscheids, gemäss welchem Kinder- und Ehegattenunterhaltsbeiträge ab 1. Juli 2014 zugesprochen wurden, werden mit vorliegendem Entscheid erst ab 1. Januar 2015 Kinder- und Ehegattenunterhaltsbeiträge festgesetzt. Weil die Klägerin vor Vorinstanz beantragt hat, dass die durch den Beklagten ab 1. Juli 2014 bereits geleisteten Zahlungen anzurechnen seien (Rechtsbegehren Ziff. 8), die Vorinstanz indes in ihrem Urteil nicht feststellt hat, in welchem Umfang der Beklagte seiner Unterhaltspflicht bereits nachgekommen ist, darf die Anerkennung der Klägerin, wonach der Beklagte seiner Unterhaltspflicht seit der Trennung bis 31. Dezember 2014 nachgekommen ist, dieser nicht zum Nachteil gereichen. Die Zeitspanne vom 1. Juli 2014 bis 31. Dezember 2014 bleibt deshalb bei der Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen unberücksichtigt.

##### **E. 2.4.2**

In der Periode vom 1. Januar 2015 bis zum 31. Oktober 2015 (10 Monate) wird der Beklagte zu Kinder- und Ehegattenunterhaltsbeiträgen von monatlich Fr. 2'333.– verpflichtet, weshalb der Beklagte in dieser Periode zu 4/5 obsiegt.

##### **E. 2.4.3**

Ausgehend von einer mutmasslichen Gültigkeitsdauer der vorliegenden Eheschutzmassnahmen bis 30. Juni 2017, mithin von drei Jahren ab Aufnahme des Getrenntlebens im Juli 2014, verlangt die Klägerin ab der Obhutsumteilung Ehegattenunterhaltsbeiträge von insgesamt Fr. 72'000.– (20 [Monate] x Fr. 3'600.–). Der Beklagte beantragt im Falle der Obhutsumteilung an ihn von der Zusprechung von Ehegattenunterhaltsbeiträgen abzusehen. Das vorinstanzliche Urteil wird mit Bezug auf die Ehegattenunterhaltsbeiträge bestätigt. Auch die Kinderunterhaltsbeiträge bleiben bis zur Obhutsumteilung unverändert bei Fr. 850.–

- 51 - pro Monat. In der Zeitspanne vom 1. November 2015 bis 30. Juni 2017 resultiert insgesamt ein Ehegattenunterhaltsanspruch von rund Fr. 38'000.–, weshalb sich Obsiegen und Unterliegen mit Bezug auf die Ehegattenunterhaltsbeiträge in dieser Periode ungefähr die Waage halten. Mangels Leistungsfähigkeit ist die Klägerin ab dem Zeitpunkt der

Obhutsumteilung nicht zur Leistung von Kinderunterhaltsbeiträgen zu verpflichten, weshalb der Beklagte mit Bezug auf seinen Antrag um Zusprechung von angemessenen Kinderunterhaltsbeiträgen vollumfänglich unterliegt.

#### **E. 2.4.4**

Im Ergebnis ist nach dem Gesagten mit Bezug auf die Unterhaltsfrage von einem leichten Obsiegen der Klägerin auszugehen.

#### **E. 2.5**

Gesamthaft betrachtet halten sich im erstinstanzlichen Verfahren Obsiegen und Unterliegen fast die Waage, weshalb es sich rechtfertigt, die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen. III. 1. Das vorliegende Berufungsverfahren erweist sich für ein summarisches Verfahren als verhältnismässig umfangreich und aufwändig. Für das zweitinstanzliche Verfahren rechtfertigt sich daher übers Ganze gesehen – in Anwendung von § 2 lit. a, c und d sowie § 12 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 und § 5 Abs. 1 und 2, § 6 Abs. 2 lit. b und § 8 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) – eine pauschale Entscheidgebühr von Fr. 7'000.–. 2. Umstritten waren im vorliegenden Berufungsverfahren im Wesentlichen die Kinder- und Ehegattenunterhaltsbeiträge und bis zur Berufungsverhandlung die Obhutsfrage, wobei der Aufwand für die Beurteilung dieser Fragen mit je 1/2 bei den Kosten zu gewichten ist. Mit Bezug auf die Zuteilung der ehelichen Liegenschaft war lediglich der Auszugszeitpunkt umstritten, wobei dieser aufwandmässig kaum ins Gewicht fällt. Auch die Regelung der vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen war vom Aufwand her marginal.

- 52 -

#### **E. 6**

Vorab ist festzuhalten, dass sich gemäss schriftlicher Auskunft der Klinik H.\_\_\_\_\_ für eine Platzierung von C.\_\_\_\_\_ in einer familienergänzenden oder familienersetzenden Institution im Moment keine Anhaltspunkte ergeben (Urk. 81 S. 3). Auf diese fachliche Einschätzung ist abzustellen, zumal C.\_\_\_\_\_ anlässlich der Kinderanhörung erklärte, dass eine Fremdplatzierung für ihn eine Katastrophe wäre (Prot. S. 6 ff.).

#### **E. 6.1**

Die Klägerin arbeitet seit Ende Oktober 2011 bei J.\_\_\_\_\_ in ... und ... im Stundenlohn (Urk. 9 S. 9). Gestützt auf die Nettojahreseinkommen von Fr. 9'985.– im Jahr 2013 sowie von Fr. 11'884.70 im Jahr 2014 ist die Vorinstanz auf Seiten der Klägerin von einem monatlichen Nettoeinkommen von Fr. 910.– (20% Pensum) in der Zeit von Januar bis Juli 2015 ausgegangen (Urk. 49 S. 22). Die Vorinstanz erachtete es als zumutbar, dass die Klägerin ihr Arbeitspensum ab Au-

- 35 - gust 2015 auf 60% erhöhen könne, weshalb der Klägerin ab diesem Zeitpunkt ein hypothetisches Einkommen von Fr. 2'100.– angerechnet wurde, wobei davon ausgegangen wurde, dass eine ungelernete Angestellte im Detailhandel bei einem 100% Pensum Fr. 3'500.– netto pro Monat verdient (Urk. 49 S. 23).

#### **E. 6.2**

Der Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass das Einkommen der Klägerin während des ehelichen Zusammenlebens nicht massgebend sei. Abzustellen sei auf die Monate seit

Aufnahme des Getrenntlebens. Die Klägerin habe in den Monaten Juli bis Dezember 2014 bei einem 20%-Pensum im Durchschnitt Fr. 1'135.40 pro Monat verdient. Weiter liess der Beklagte ausführen, dass der Klägerin ab Oktober 2015 die Aufnahme eines 100% Pensums zumutbar sei, weshalb ihr ab diesem Zeitpunkt ein monatliches Einkommen von Fr. 5'677.– (5 x Fr. 1'135.40) anzurechnen sei (Urk. 48 S. 16 f.).

#### **E. 6.2.1**

Gemäss der schriftlichen Auskunft der Klinik H.\_\_\_\_\_ vom 2. September 2015 sind sowohl die Klägerin als auch der Beklagte in der Lage, ihre Rechte und Pflichten als Obhutsinhaber wahrzunehmen. Beim Beklagten wird als Einschränkung angeführt, dass dieser die Betreuung von C.\_\_\_\_\_ zeitweise an Dritte abgebe. Demgegenüber wird bei der Klägerin in der schriftlichen Auskunft vom 2. September 2015 als Einschränkung gewertet, dass sie sich nur schwer gegenüber C.\_\_\_\_\_ durchsetzen könne, wobei dem Verlaufsbericht vom 7. Oktober 2015 zu entnehmen ist, dass sich diese Einschätzung bei Dipl Psych. I.\_\_\_\_\_ verstärkt hat (vgl. Urk. 93 S. 1).

#### **E. 6.2.2**

Aus der schriftlichen Auskunft der Klinik H.\_\_\_\_\_ vom 2. September 2015 und dem Verlaufsbericht vom 7. Oktober 2015 sowie aus den Ausführungen von C.\_\_\_\_\_ anlässlich der Kinderanhörung wird deutlich, dass dieser zur Bewältigung seines Alltags auf klare Regeln und Strukturen angewiesen ist, damit er aus seiner Krisensituation herausfinden und wieder in der Lage sein wird, die an ihn gestellten Anforderungen zu erfüllen.

#### **E. 6.2.3**

C.\_\_\_\_\_ gab in der Kinderanhörung zu Protokoll, dass er sich gegen die Klägerin durchsetzen könne. Den Beklagten beschrieb er im Vergleich zur Klägerin als strenger. Die Klägerin räumte in der Berufungsverhandlung wie erwähnt selbst ein, dass sie nicht mehr in der Lage sei, sich gegenüber C.\_\_\_\_\_ durchzusetzen (Urk. 110 S. 3).

#### **E. 6.2.4**

Dem Beklagten steht gemäss vorinstanzlichem Entscheid jedes zweite Wochenende ein Wochenendbesuchsrecht zu. Gemäss den Ausführungen von C.\_\_\_\_\_ anlässlich der Kinderanhörung hat er dieses nur unregelmässig wahrgenommen (Prot. S. 7). Zwar ist die Ausübung des Wochenendbesuchsrechts nicht mit dem Alltag vergleichbar. Doch scheint es dem Beklagten gemäss der Einschätzung von Dipl. Psych. I.\_\_\_\_\_ zumindest während des Besuchsrechts an den Wochenenden besser zu gelingen, den Medienkonsum von C.\_\_\_\_\_ zu steuern und die Tage strukturiert zu gestalten. Die Klinik H.\_\_\_\_\_ wertet beim Beklagten den Umstand, dass dieser die Betreuung von C.\_\_\_\_\_ während seiner Be-

- 19 - suchswochenenden nicht alleine wahrnimmt, sondern auf die Unterstützung durch Dritte, insbesondere durch seine Eltern, angewiesen ist, als Einschränkung der Erziehungs- und Betreuungsfähigkeit des Beklagten. Aufgrund des Vorbringens der Klägerin, wonach der Beklagte am Samstag seines Besuchswochenendes an einem Vereinsausflug teilgenommen habe und C.\_\_\_\_\_ von Freitagabend bis Samstagabend durch die Eltern des Beklagten betreut worden sei (Urk. 86 S. 3), sowie der Ausführungen von C.\_\_\_\_\_, wonach er vor dem Klinikeintritt nur wenige Wochenenden beim Beklagten verbracht habe (Prot. S. 7), sind Zweifel daran, dass der Beklagte willens ist, die anspruchsvolle Betreuung von C.\_\_\_\_\_ zu übernehmen, nicht von der Hand zu weisen. Selbstverständlich soll C.\_\_\_\_\_ trotz der Trennung seiner Eltern zu seinen Grosseltern weiterhin regelmässigen Kontakt

haben und sie besuchen, doch ist die Betreuung und Erziehung von C.\_\_\_\_\_ durch die obhutsberechtigte Partei zu übernehmen. Es liegt auf der Hand, dass es Situationen gibt, welche die Ausübung des Besuchsrechts unmöglich und eine Betreuung von C.\_\_\_\_\_ durch Dritte nötig machen, doch ist der Beklagte an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass sowohl das Obhuts- als auch das Besuchsrecht nicht nur ein Recht, sondern auch eine Pflicht darstellt, weshalb die Betreuung von C.\_\_\_\_\_ durch die Eltern des Beklagten nur in Ausnahmefällen erfolgen soll.

#### **E. 6.2.5**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass aufgrund des konsequenten Verweigerungsverhalten von C.\_\_\_\_\_ gegenüber der Klägerin sowie der Selbsteinschätzung der Klägerin, wonach sie sich heute nicht mehr gegen C.\_\_\_\_\_ durchzusetzen vermöge, davon auszugehen ist, dass der Beklagte zumindest momentan besser in der Lage ist, C.\_\_\_\_\_ die nötige Struktur und Unterstützung im Alltag zu geben, weshalb das Kriterium der Betreuungs- und Erziehungsfähigkeit einstweilen zugunsten des Beklagten zu gewichten ist.

#### **E. 6.3**

Weil bei der Einkommensberechnung auf die aktuelle Einkommenssituation abzustellen ist, ist das Einkommen der Klägerin gestützt auf die an der Berufungsverhandlung eingereichten Lohnabrechnungen des Jahres 2015 zu ermitteln. Die Nettoeinkünfte der Klägerin in den Monaten Januar bis September 2015 betragen durchschnittlich Fr. 1'856.– pro Monat, wobei sie im Durchschnitt 92.55 Stunden pro Monat gearbeitet hat (Urk. 111/1), was einem 50%-Pensum entspricht. Im Stundenlohn sind 12.07% Feiertags- und Ferienentschädigung enthalten. Die Klägerin liess anlässlich der Berufungsverhandlung ausführen, dass sie im Jahre 2015 erst zwei Wochen Ferien gemacht habe (Urk. 110 S. 4), was seitens des Beklagten nicht bestritten wurde. Wird von den errechneten Nettoeinkünften eine weitere Ferienwoche, welche der Klägerin in neun Monaten zusteht, abgezogen, ist von einem durchschnittlichen Nettolohn von gerundet Fr. 1'800.– auszugehen.

#### **E. 6.3.1**

Neben dem Kriterium der Betreuungs- und Erziehungsfähigkeit ist vorliegend massgeblich der Wille des 14-jährigen Sohnes der Parteien zu berücksichtigen. C.\_\_\_\_\_ hielt anlässlich der Anhörung vor einer Delegation der angerufenen Kammer am 31. August 2015 klar fest, dass er beim Beklagten leben möchte. Er

- 20 - begründete seinen Wunsch damit, dass der Beklagte ihm mehr Struktur geben und sich gegen ihn durchsetzen könne, wenn es darum gehe, mit Computerspielen aufzuhören und die Hausaufgaben zu erledigen (Prot. S. 7).

#### **E. 6.3.2**

Hinsichtlich des Einwands der Klägerin, wonach C.\_\_\_\_\_ den Wunsch, beim Beklagten zu wohnen, massgeblich deshalb äussere, weil C.\_\_\_\_\_ vom Beklagten stark beeinflusst werde, weshalb er sich in einem massiven Loyalitätskonflikt befinde (Urk. 58 S. 16), ist Folgendes festzuhalten: Die Beeinflussung von Kindern bzw. ihres Willens und ihrer Einstellung ist eine Begleiterscheinung in familienrechtlichen Konflikten. Es ist erfahrungsgemäss oft so, dass dann, wenn Kinder eine Meinung oder einen Willen äussern, der einer Konfliktpartei nicht genehm ist, die Gegenpartei dies als Ergebnis von

Beeinflussung abwertet. Damit stellt sich die Frage, ob es gerechtfertigt ist, eine so entstandene Willensbekundung als weniger bedeutsam einzuschätzen. Dabei ist zu bedenken, dass jeder Wille ein beeinflusster Wille ist, auch der Wille Erwachsener. Zu hinterfragen wäre der Kindeswille allenfalls dann, wenn Anzeichen dafür bestünden, dass der geäusserte Kindeswille nicht den "wirklichen" Intentionen entsprechen würde (Harry Dettenborn, Kindeswohl und Kindeswille, psychologische und rechtliche Aspekte, 2. Auflage, München 2007, S. 91 mit weiteren Hinweisen, S. 105 f.). Dies ist hier aber nicht der Fall. Zwar fällt auf, dass sich C.\_\_\_\_\_ im vorinstanzlichen Verfahren noch nicht für eine Obhutszuteilung an den Beklagten aussprach. Doch ist zu berücksichtigen, dass die erste Kinderanhörung fast ein Jahr zurückliegt und sich die Situation seit der Kinderanhörung vor Vorinstanz stark verändert hat. Sodann ist festzuhalten, dass ein Kind im Alter von 14 Jahren in der Lage ist, seine Bedürfnisse zu kennen und seinen Gefühlen Ausdruck zu geben. Damit besteht kein Grund, gegen seinen Willen zu entscheiden. Nur dann, wenn seine Weiterentwicklung beim gewählten Elternteil ernsthaft gefährdet wäre, würde sich eine Nichtberücksichtigung des Kindeswillen rechtfertigen (vgl. R. Schätzle, Das Kind im Zivilprozess, Zürich 1982, S. 169). Dies ist aber vorliegend nicht der Fall. Ob der Beklagte im Falle einer Obhutszuteilung an ihn tatsächlich besser in der Lage sein wird, C.\_\_\_\_\_ – wie von diesem erhofft – die nötige Struktur und Unterstützung im Alltag zu geben, damit er wieder aus seiner Krisensituation herausfin-

- 21 - det, ist letztlich ungewiss, macht den Willen von C.\_\_\_\_\_, unter die Obhut des Beklagten gestellt zu werden, jedoch nicht weniger beachtlich.

#### **E. 6.4**

Was das Vorbringen des Beklagten, wonach der Klägerin ab Oktober 2015 die Aufnahme eines 100% Pensums zumutbar sei, anbelangt, ist Folgendes festzuhalten: C.\_\_\_\_\_ stand bis zum vorliegenden Entscheid unter der Obhut der Klägerin. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist erst von einer vollen Erwerbsfähigkeit auszugehen, wenn das jüngste Kind das 16. Altersjahr vollendet hat (BGE 115 II 427 Erw. 5; BGE 115 II 6 Erw. 3b). C.\_\_\_\_\_ ist 14 ½ jährig, wes-

- 36 - halb der Klägerin lediglich ein Teilzeitpensum zumutbar war. Daran änderte auch der Umstand nichts, dass sich C.\_\_\_\_\_ seit dem 20. Juli 2015 in der Klinik H.\_\_\_\_\_ befindet und sich deshalb die Betreuungsarbeit der Klägerin seither auf jedes zweite Wochenende beschränkt, handelt es sich dabei doch einerseits lediglich um eine Übergangsphase und war andererseits die Obhutsfrage zum Zeitpunkt des Klinikeintritts noch nicht entschieden. Durch die Unterstellung von C.\_\_\_\_\_ unter die Obhut des Beklagten ist der Klägerin nach einer Übergangsfrist die Aufnahme eines Vollzeitpensums zumutbar. Aufgrund des Umstandes, dass die Klägerin seit der Geburt von C.\_\_\_\_\_ nicht mehr als Büroangestellte gearbeitet hat und erst seit Ende Oktober 2011 in einem Teilzeitpensum bei J.\_\_\_\_\_ arbeitet, beschränken sich ihre Erwerbsmöglichkeiten auf eine Stelle im Detailhandel. Weil die Klägerin bei einer Pensumserhöhung auch Beiträge an die berufliche Vorsorge zu entrichten hat, ist ihr, ausgehend von dem zuvor errechneten Nettoeinkommen von Fr. 1'800.– bei einem 50%-Pensum ein Nettolohn von Fr. 3'500.– bei einem Vollzeitpensum anzurechnen. Die Klägerin beantragt, ihr bis zur Anrechnung eines vollen Pensums eine Übergangsfrist von sechs Monaten einzuräumen, und führt aus, dass eine Festanstellung im Vollzeitpensum bei J.\_\_\_\_\_ ... bisher nicht möglich gewesen sei. Da sie psychisch angeschlagen sei, seien das Arbeitsumfeld und verständige Vorgesetzte äusserst wichtig für sie, andernfalls drohe Arbeitsunfähigkeit. Diese Voraussetzungen

seien an der jetzigen Stelle erfüllt. Weiter führte sie aus, dass bei personellen Änderungen die Ausdehnung ihres Arbeitspensums möglich sei (Prot. S. 25). Dass für die Klägerin in ihrer aktuellen belastenden Situation Stabilität in ihrem beruflichen Umfeld wichtig ist, ist nachvollziehbar, weshalb ihr durch Gewähren einer Übergangsfrist von sechs Monaten die Möglichkeit geboten werden soll, ihr Pensum bei J.\_\_\_\_\_ ... zu erhöhen. Selbst wenn die Klägerin ihr Pensum bei J.\_\_\_\_\_ ... nicht erhöhen könnte und sie sich eine neue Stelle im Detailhandel suchen müsste, wäre ihr eine Übergangsfrist von sechs Monaten zu gewähren. Zwar wohnt die Klägerin in der Nähe der Stadt ..., wo es eine grosse Anzahl an Grossverteilern gibt, doch ist die gerichtsnotorische Tatsache zu berücksichtigen, dass es im Detailhandel im Vergleich zu Teilzeitstellen wenig Vollzeitstellen gibt.

- 37 -

### **E. 6.5**

Zusammenfassend ist bei der Klägerin in der Zeit von 1. Januar 2015 bis 30. April 2016 von einem Nettoeinkommen von Fr. 1'800.– und ab 1. Mai 2016 für die weitere Dauer des Getrenntlebens von einem solchen von Fr. 3'500.– auszugehen.

### **E. 6.6**

Zusammenfassend ist aufgrund des Kriteriums der Betreuungs- und Erziehungsfähigkeit, welches zugunsten des Beklagten ausfällt, sowie aufgrund des von C.\_\_\_\_\_ geäusserten Wunsches, beim Beklagten zu wohnen, dem übereinstimmenden Antrag der Parteien, C.\_\_\_\_\_ unter die Obhut des Beklagten zu stellen, zu entsprechen.

### **E. 7**

Einkommen Beklagter

#### **E. 7.1**

Auf Seiten des Beklagten ging die Vorinstanz aus seiner Tätigkeit bei der M.\_\_\_\_\_ AG für die Phase vom 1. Juli 2015 bis 31. Dezember 2015, während welcher er vollumfänglich krankgeschrieben war, von einem gerundeten monatlichen Nettoeinkommen von Fr. 8'000.– (exkl. Kinderzulagen) aus. Sie erwog, dass der Beklagte gemäss den Lohnabrechnungen Juni bis Oktober 2014 ein Durchschnittseinkommen von Fr. 7'782.10 (exkl. Kinderzulagen) erzielt habe, wobei dazu die Pauschalspesen von Fr. 350.– hinzuzurechnen seien, weshalb von einem gerundeten Einkommen von Fr. 8'000.– auszugehen sei. Ab Januar 2016 ging sie gestützt auf die Lohnausweise 2012 und 2013 und in der Annahme, dass der Beklagte dannzumal wieder in der Lage sein werde, 100% zu arbeiten, von einem Einkommen von Fr. 10'200.– (exkl. Kinderzulagen) aus (Urk. 49 S. 24).

#### **E. 7.2**

Der Beklagte macht in der Berufungsschrift geltend, dass ihm die Arbeitgeberin mit Schreiben vom 21. Mai 2015 infolge Umstrukturierung gekündigt habe, und reicht als Beleg dafür das Kündigungsschreiben ein (Urk. 51/2). Da dieses Schreiben lediglich ein Tag vor Erlass des angefochtenen Entscheids verfasst wurde, war es dem Beklagten nicht möglich, das Kündigungsschreiben vor Vorinstanz einzureichen, weshalb es sich bei diesem Beleg um ein zulässiges Novum handelt. Weiter bestreitet der Beklagte, dass sein Einkommen Fr. 8'000.– betrage, und macht geltend, dass bis Ende August 2015 von einem Einkommen von Fr. 7'567.– auszugehen sei. Die Vorinstanz habe bei der

Einkommensberechnung fälschlicherweise die Spesen nicht in Abzug gebracht. Aufgrund der Auflösung des Arbeitsverhältnisses sei ab September 2015 von einem Einkommen von monatlich Fr. 6'055.– (80% des vormaligen Lohnes) auszugehen (Urk. 48 S. 15 f.).

### **E. 7.3**

Die Klägerin macht demgegenüber in der Berufungsbegründung geltend, dass seitens des Beklagten mindestens von einem Nettoeinkommen von monat-

- 38 - lich Fr. 8'000.– (exkl. Kinderzulagen) auszugehen sei (Urk. 58 S. 11). Anlässlich der Berufungsverhandlung liess die Klägerin gestützt auf die Krankentaggeldabrechnung vom 28. September 2015 (Urk. 103/1) ausführen, dass daraus ein versicherter Verdienst von monatlich Fr. 12'120.– hervorgehe. Daraus folge, dass das Einkommen des Beklagten bis August 2015 höher gewesen sein müsse als das von der Vorinstanz angerechnete Nettoeinkommen von Fr. 8'000.– (Urk. 110 S. 5). Ab Januar 2016 sei es dem Beklagten, welcher seit dem Jahre 1999 erfolgreich als IT-Fachmann tätig sei, ohne weiteres möglich und zumutbar, rasch wieder eine Stelle mit einem Einkommen in zuletzt (vor der Arbeitsunfähigkeit) erzielter Höhe anzutreten. Das durchschnittliche Einkommen in der Zeit vor der Arbeitsunfähigkeit habe gemäss Lohnausweisen 2012 und 2013 rund Fr. 10'200.– (exkl. Pauschalspesen) betragen, weshalb trotz Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit der Vorinstanz mit Wirkung ab Januar 2016 von einem erzielbaren Einkommen von Fr. 10'200.– auszugehen sei (Urk. 58 S. 11 ff.).

### **E. 7.4**

Wie erwähnt, wurde der Beklagte mit Beschluss vom 21. Oktober 2015 zur Einreichung von Seite 2 der Austrittsvereinbarung vom 21. Mai 2015 sowie zur Einreichung der Lohnabrechnungen des Jahres 2015 aufgefordert, wobei der Beklagte darauf hingewiesen wurde, dass die Nichtbefolgung dieses Beschlusses gemäss Art. 164 ZPO gewürdigt würde (Urk. 101 S. 2). Mit Eingabe vom 21. Oktober 2015 reichte der Beklagte unabhängig vom erwähnten Editionsbeschluss die Abrechnung der Krankentaggeldversicherung für September 2015 ein (Urk. 103/1). Hingegen kam der Beklagte der Aufforderung zur Einreichung der genannten Urkunden nicht nach, wobei er ausführte, er habe vom besagten Beschluss keine Kenntnis gehabt. Fest steht, dass die Rechtsvertreterin des Beklagten den Beschluss vom 21. Oktober 2015 am 26. Oktober 2015 in Empfang nahm (Urk. 101 S. 3). Ist eine Partei in einem Prozessverfahren vertreten, hat die Zustellung lediglich an die Vertretung zu erfolgen (Art. 137 ZPO); d.h. das Gericht hat die Partei nicht gleichzeitig mit einer Kopie der Gerichtsurkunde zu bedienen. Lässt sich folglich eine Partei in einem Gerichtsverfahren vertreten, nimmt sie in Kauf, dass sie die Gerichtsurkunden nicht mehr direkt erhält, sondern von solchen durch ihren Vertreter in Kenntnis gesetzt wird, wobei vom Vertreter selbstverständlich verlangt wird, dass er die vertretene Person innert nützlicher Frist über

- 39 - die Zustellung informiert. Hat eine Partei einen rechtmässigen Vertreter bestellt, muss die Zustellung sogar an jenen erfolgen, andernfalls gilt sie als nicht gehörig erfolgt und kann keine Rechtsfolgen auslösen. Mit Zugang bei der Vertretung (und nicht erst nach Weiterleitung an den Vertretenen) ist die Zustellung erfolgt (BK ZPO-Frei, Art. 137 ZPO N 4 und 5 m.w.H.). Nach dem Gesagten folgt, dass dem Beklagten das Vorbringen, wonach er vom fraglichen Beschluss keine Kenntnis gehabt habe, nichts nützt. Indem der Beklagte die von ihm einverlangten Unterlagen nicht eingereicht hat, ist von einem unberechtigten Verweigern der Mitwirkungspflicht auszugehen, welches Verhalten androhungsgemäss

nach Art. 164 ZPO zu berücksichtigen ist. Für die Prozessparteien bildet die Mitwirkung bei der Beweiserhebung eine Obliegenheit, die weder sanktioniert noch direkt erzwungen werden kann. Die Ahndung der ungerechtfertigten Verweigerung erschöpft sich vielmehr in der Berücksichtigung des renitenten Verhaltens im Rahmen der Beweiswürdigung (Hasenböhler in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Zürich/Basel/Genf 2013, 3. Aufl., Art. 164 ZPO N 4). Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, befinden sich vorliegend aufgrund der vom Beklagten nach Ergehen des Beschlusses vom 21. Oktober 2015 unaufgefordert eingereichten Taggeldabrechnungen der Krankentaggeldversicherung und der Arbeitslosenversicherung genügend Grundlagen für die Einkommensermittlung in den Akten, weshalb sich eine weitere Auseinandersetzung mit dem Verhalten des Beklagten erübrigt.

#### **E. 7.5**

Das Arbeitsverhältnis mit der M.\_\_\_\_\_ AG endete am 31. August 2015 (Urk. 66/1). Der Beklagte ist seit April 2014 (teilweise) krankgeschrieben (Urk. 12/5, Urk. 51/2 und Urk. 80). Betreffend das Einkommen bzw. das Erwerb ersatz einkommen des Beklagten im Jahre 2015 befindet sich die Lohnabrechnung vom 21. Mai 2015 (Urk. 51/4), die Abrechnung der Krankentaggeldversicherung vom 28. September 2015 (Urk. 103/1) sowie die Abrechnung der Arbeitslosenversicherung für den Monat September 2015 (Urk. 103/2) bei den Akten. Weiter erklärte der Beklagte vor Vorinstanz, dass er während der Krankschreibung von der Arbeitgeberin den vollen Lohn erhalte (Urk. 11 S. 3).

- 40 -

#### **E. 7.6**

Aus den Lohnabrechnungen von Juli bis Dezember 2014 (Urk. 12/6) sowie der Lohnabrechnung von Mai 2015 (Urk. 51/4) geht hervor, dass die Arbeitgeberin dem Beklagten während seiner Krankschreibung den Grundlohn von Fr. 9'200.– brutto bzw. Fr. 7'927.50 netto ausrichtete. Weiter ist daraus ersichtlich, dass die Pauschalspesen von monatlich Fr. 350.– auch während der (teilweisen) Krankschreibung ausgerichtet wurden, woraus folgt, dass diese Lohnbestandteil darstellen. Aus der Abrechnung der Krankentaggeldversicherung ist ersichtlich, dass das Krankentaggeld des Beklagten bei 50% Arbeitsunfähigkeit Fr. 199.25 beträgt. Aufgerechnet auf eine volle Arbeitsunfähigkeit ergibt sich ein versicherter Lohn von monatlich Fr. 12'120.– (2 x Fr. 199.25 x 365 : 12). Aus den Lohnausweisen 2012 und 2013 ergibt sich sodann, dass das Einkommen des Beklagten zu einem massgeblichen Teil aus Provisionen bestand. So erzielte der Beklagte im Jahre 2012 ein Nettoeinkommen von Fr. 131'913.–, d.h. von monatlich Fr. 10'992.75 (Urk. 10/19) und im Jahr 2013 ein solches von Fr. 113'259.–, d.h. von monatlich Fr. 9'438.25 (Urk. 3/3). Durch Hinzurechnung der Spesenpauschale von monatlich Fr. 350.– ergibt sich ein monatliches Durchschnittseinkommen von Fr. 11'343.– im Jahr 2012 und von Fr. 9'788.25 im Jahr 2013. Aufgrund des Umstandes, dass der durch das Krankentaggeld versicherte Lohn Fr. 12'120.– beträgt, kann geschlossen werden, dass durch die Krankentaggeldversicherung neben dem Grundlohn auch der variable Lohnbestandteil versichert ist. Da die Arbeitgeberin dem Beklagten während seiner Krankschreibung lediglich einen Lohn von Fr. 8'162.50 (Nettolohn von Fr. 7'927.50 zuzüglich Pauschalspesen von Fr. 350.– sowie Mobile Hardware Entschädigung von Fr. 15.– abzüglich Parkplatzkosten von Fr. 130.–) ausgerichtet hat, muss davon ausgegangen

werden, dass spätestens bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses über die Taggelder, auf welche der Beklagte infolge seiner Arbeitsunfähigkeit Anspruch hat, abgerechnet wurde.

#### **E. 7.7**

Aus den Akten ergibt sich, dass der Beklagte vom 1. Januar 2015 bis

#### **E. 7.8**

Im September 2015 erhielt der Beklagte Leistungen seiner Krankentaggeldversicherung in der Höhe von Fr. 5'977.50 (Urk. 103/1) sowie eine Arbeitslosenentschädigung Fr. 708.60 (Urk. 103/2), wobei der Abrechnung zu entnehmen ist, dass der Beklagte im September lediglich für 1.3 Arbeitstage einen Taggeldanspruch hatte. Ein Taggeld beträgt Fr. 381.55. Gesamthaft belief sich das Erwerbserwerbseinkommen des Beklagten im September 2015 auf Fr. 6'686.–.

#### **E. 7.9**

Aus der Abrechnung der Krankentaggeldversicherung vom 28. September 2015 geht einerseits hervor, dass der Beklagte nach wie vor zu 50% arbeitsunfähig ist, andererseits, dass die Krankentaggeldversicherung auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses weiter besteht und bezahlt. Gemäss Art. 28 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (SR 837.0; nachfolgend: AVIG) haben Versicherte, die wegen Krankheit, Unfall oder Schwangerschaft vorübergehend nicht oder nur vermindert arbeits- und vermittlungsfähig sind, Anspruch auf das volle Taggeld, sofern sie die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllen. Dieser dauert längstens bis zum 30. Tag nach Beginn der ganzen oder teilweisen Arbeitsunfähigkeit und ist innerhalb der Rahmenfrist auf 44 Taggelder beschränkt. Art. 28 Abs. 2 AVIG hält weiter fest, dass Taggelder der Kranken- oder Unfallversicherung, die Erwerbserwerbseinkommen darstellen, von der Arbeitslosenentschädigung abgezogen werden. Art. 28 Abs. 4 AVIG hält sodann fest, dass Arbeitslose, welche ihren Anspruch nach Art. 28 Abs. 1 AVIG ausgeschöpft haben und welche weiterhin vorübergehend vermindert arbeitsfähig sind und deshalb Leistungen einer

- 42 - Taggeldversicherung beziehen, Anspruch auf das volle Taggeld haben, wenn sie mindestens 75 Prozent arbeitsfähig sind (lit. a) und Anspruch auf das um 50 Prozent gekürzte Taggeld haben, wenn sie zu mindestens 50 Prozent arbeitsfähig sind (lit. b), sofern sie unter Berücksichtigung ihrer verminderten Arbeitsfähigkeit vermittelbar sind und die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllen. Aus dem Gesagten folgt, dass der Beklagte, sollte er während des ganzen Monats November 2015 nach wie vor zu 50% arbeitsunfähig sein, in Anwendung von Art. 28 Abs. 1 AVIG Anspruch auf das volle Taggeld gemäss Arbeitslosenversicherung hat, weil er bis Oktober lediglich für 1,3 Tage Taggelder erhalten hat und deshalb die Rahmenfrist von 44 Tagen erst Ende November 2015 auslaufen wird. Der Entschädigungsanspruch des Beklagten berechnet sich wie folgt: Taggeld brutto (21,7 Tage x Fr. 381.55): Fr. 8'279.65 ./ AHV/EV/EO, NBU: 7.78% Fr. 644.15 ./ BVG Abzug\* Fr. 37.45 netto Fr. 7'598.– \*) Zu versichern ist lediglich der Teil des Taggeldes, welcher Fr. 94.75 übersteigt und nicht höher als 324.90 ist, d.h. maximal Fr. 230.15. Die Beiträge auf den versicherten Lohn betragen 1,5%, wobei der Anteil der durch die versicherte Person zu tragen ist, 0.75% beträgt. Damit ergibt sich folgende Rechnung: Fr. 230.15 x 0.75% x 21,7 Tage = Fr. 37.45 (vgl. Info-Blatt Seco Berufliche Vorsorge für arbeitslose Personen, abrufbar unter: [www.treffpunkt-arbeit.ch](http://www.treffpunkt-arbeit.ch))

### **E. 7.10**

Sollte der Beklagte im Dezember 2015 nach wie vor zu 50% arbeitsunfähig sein, ergibt sich in Anwendung von Art. 28 Abs. 4 AVIG ein Entschädigungsanspruch aus der Arbeitslosenversicherung von Fr. 3'799.– (Fr. 7598.05 : 2). Der Beklagte ist seit dem 22. April 2014 krankgeschrieben (Urk. 12/5). Die Leistungsdauer der Taggeldversicherung beträgt in der Regel 720 bis 730 Tage, weshalb davon ausgegangen werden darf, dass der Beklagte bis März 2016 Anspruch auf Krankentaggelder hat. Bei 50%-iger Arbeitsunfähigkeit beträgt ein Taggeld wie erwähnt Fr. 199.25 (vgl. Urk. 103/1). Damit ergeben sich monatliche Leistungen der Krankentaggeldversicherung von Fr. 6'060.– (Taggeld von Fr. 199.25 x 365 : 12). Ab Dezember 2015 bis 31. März 2016 ist deshalb von einem Erwerb ersatz einkommen des Beklagten von Fr. 9'859.– auszugehen ist.

- 43 -

### **E. 7.11**

Wie soeben ausgeführt, wird der Krankentaggeldanspruch des Beklagten im April 2016 auslaufen. Es kann davon ausgegangen werden, dass der Beklagte ab April 2016 wieder zu 100% arbeitsfähig sein wird, führte er doch selbst aus, dass er davon ausgehe, dass sich sein Zustand nach Abschluss des Gerichtsverfahrens weiter verbessern werde (Prot. S. 20). Für die von der Klägerin beantragte Anrechnung eines hypothetischen Einkommens von Fr. 10'200.– ab 1. Januar 2016 auf Seiten des Beklagten bleibt jedoch kein Raum, da aufgrund der Unterstellung von C.\_\_\_\_\_ unter die Obhut des Beklagten dessen zukünftiger Beschäftigungsgrad ungewiss ist und weil vom Beklagten gemäss der zuvor zitierten Rechtsprechung (BGE 115 II 427 Erw. 5; BGE 115 II 6 Erw. 3b) die Aufnahme einer vollen Erwerbstätigkeit erst erwartet werden kann, wenn C.\_\_\_\_\_ das 16. Altersjahr vollendet hat. Weil ausserdem ungewiss ist, ob der Beklagte bis April 2016 eine neue Stelle gefunden haben wird, ist ihm ab April 2016 eine volle Entschädigung der Arbeitslosenversicherung von Fr. 7'598.– (vgl. oben) anzurechnen.

### **E. 7.12**

Zusammenfassend ist auf Seiten des Beklagten von folgenden monatlichen Einkommen auszugehen: – Fr. 10'315.– vom 1. Januar 2015 bis 31. August 2015 – Fr. 6'686.– September 2015 – Fr. 7'598.– vom 1. Oktober 2015 bis 30. November 2015 – Fr. 9'859.– vom 1. Dezember 2015 bis 31. März 2016 – Fr. 7'598.– ab 1. April 2016 für die weitere Dauer des Getrenntlebens 8. Unterhaltsberechnung

### **E. 8**

Februar 2015 zu 100% (Urk. 49 S. 31), vom 9. Februar 2015 bis 17. Mai 2015 zu 50% (Urk. 51/2) und vom 18. Mai 2015 bis 9. August 2015 zu 25% arbeitsunfähig war. Seit dem 10. August 2015 ist er zu 50% krankgeschrieben (Urk. 80 und Urk. 103/1). Der Beklagte war danach in der Zeit vom 1. Januar 2015 bis 31. Au-

- 41 - gust 2015 durchschnittlich 50% arbeitsunfähig. Gestützt darauf ist von einem Anspruch auf Krankentaggeldern von Fr. 6'060.– pro Monat (Fr. 199.25 x 365 Tage:

### **E. 8.1**

Phase I: 1. Januar 2015 bis 30. November 2015

#### **E. 8.1.1**

Aus Praktikabilitätsgründen ist der Unterhaltsanspruch für die bereits in der Vergangenheit liegende Periode zu nivellieren.

- 44 -

#### **E. 8.1.2**

Das Gesamteinkommen der Parteien in der Zeit vom 1. Januar 2015 bis 30. November 2015 beläuft sich auf Fr. 124'202.–. Bedarfsseitig ergibt sich ein Gesamtbedarf von Fr. 85'762.–. Damit resultiert in der genannten Zeitspanne ein Freibetrag von Fr. 38'440.–, was einen durchschnittlichen Freibetrag von monatlich Fr. 3'495.– ergibt. Die Vorinstanz erachtete eine hälftige Freibetragsaufteilung angemessen (Urk. 49 S. 36), was von keiner Partei gerügt wurde, weshalb der Überschuss hälftig auf die Parteien aufzuteilen ist. Der Bedarf der Klägerin (inkl. C.\_\_\_\_\_) beläuft sich auf durchschnittlich Fr. 2'680.– pro Monat, während das durchschnittliche Einkommen der Klägerin Fr. 1'800.– beträgt. Somit ergibt sich folgender Unterhaltsanspruch der Klägerin zusammen mit C.\_\_\_\_\_: Bedarf der Klägerin: Fr. 2'680.– + Anteil Freibetrag 50%): Fr. 1'748.– ./ Einkommen Klägerin: Fr. 1'800.– Unterhaltsanspruch: Fr. 2'628.–

#### **E. 8.1.3**

Die Vorinstanz hat den Kinderunterhaltsbeitrag von C.\_\_\_\_\_ auf monatlich Fr. 850.– (zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Kinderzulagen) festgesetzt (Urk. 49 S. 37), was angemessen erscheint, weshalb es bei dieser Höhe bleibt. Aufgrund der mit vorliegendem Entscheid erfolgten Obhutsumteilung entfällt die Pflicht zur Leistung von Kinderunterhaltsbeiträgen an die Klägerin ab Entscheiddatum.

#### **E. 8.1.4**

Der Klägerin wurden von der Vorinstanz für den Monat Januar 2015 Ehegattenunterhaltsbeiträge von Fr. 1'741.85 zugesprochen. In den Monaten Februar bis Juli 2015 verpflichtete die Vorinstanz den Beklagten zur Leistung von Ehegattenunterhaltsbeiträgen von monatlich Fr. 1'540.60 und in den Monaten August 2015 bis November 2015 zu solchen von Fr. 1'283.40.

#### **E. 8.1.5**

Wie aus obiger Berechnung hervorgeht, würde ein im Vergleich zum vorinstanzlichen Urteil höherer Ehegattenunterhaltsbeitrag resultieren. Eine Erhöhung der Unterhaltsbeiträge ist aufgrund der Dispositionsmaxime jedoch nicht möglich, weshalb es mit Bezug auf die für die Zeit von Januar 2015 bis November 2015 geschuldeten Unterhaltsbeiträge beim vorinstanzlichen Entscheid bleibt. An

- 45 - dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass vor diesem Hintergrund letztlich nicht von Bedeutung ist, ob und in welchem Umfang dem Beklagten neben dem ihm von der Arbeitgeberin ausgerichteten Grundlohn noch Krankentaggelder ausbezahlt wurden. Selbst wenn der Unterhaltsberechnung beim Beklagten von Januar bis August 2015 ein Einkommen von Fr. 7'567.– und in den Monaten September bis Oktober 2015 ein solches von Fr. 6'055.– zu Grunde gelegt würde, wie dies vom Beklagten beantragt wird (vgl. Urk. 48 S. 15), würden nach wie vor die von der Vorinstanz festgesetzten Unterhaltsbeiträge resultieren.

#### **E. 8.2**

Phase II: 1. Dezember 2015 bis 31. März 2016 Ab Dezember 2015 ist auf Seiten des Beklagten von einem Einkommen von Fr. 9'859.– auszugehen. Auf Seiten der Klägerin ist nach wie vor von einem Einkommen von Fr. 1'800.– auszugehen. Der Bedarf der Klägerin beträgt unverändert Fr. 2'121.– und derjenige des Beklagten zusammen mit C. \_\_\_\_\_ Fr. 5'269.–. Es resultiert ein Freibetrag von Fr. 4'269.–, weshalb folgende Unterhaltsberechnung resultiert: Bedarf der Klägerin: Fr. 2'121.– + Anteil Freibetrag (50%): Fr. 2'135.– ./ Einkommen Klägerin: Fr. 1'800.– Unterhaltsanspruch: : Fr. 2'456.– Die Vorinstanz sprach der Klägerin für den Monat Dezember 2015 einen Ehegattenunterhaltsbeitrag von Fr. 1'283.40. Ab Januar 2016 (für die weitere Dauer des Getrenntlebens) verpflichtete sie den Beklagten zur Leistung von Ehegattenunterhaltsbeiträgen von monatlich Fr. 2'010.80. Auch in dieser Periode bleibt es aufgrund der Dispositionsmaxime bei den von der Vorinstanz festgesetzten Unterhaltsbeiträgen. Die Klägerin beantragte, den Beklagten ab Auszug aus der ehelichen Liegenschaft zu Ehegattenunterhaltsbeiträgen von Fr. 2'000.– zu verpflichten. Sollte die Klägerin bereits vor dem 31. März 2016 die eheliche Liegenschaft verlassen haben, ist ab diesem Zeitpunkt von dieser leicht reduzierten Unterhalts-

- 46 - pflicht auszugehen. Da die Klägerin nicht leistungsfähig ist, schuldet sie dem Beklagten bis auf weiteres keinen Kinderunterhalt.

### **E. 8.3**

Phase III: April 2016 In dieser Phase ist auf Seiten des Beklagten von einem Einkommen von Fr. 7'598.– auszugehen. Das Einkommen der Klägerin beträgt unverändert Fr. 1'800.–. Der Bedarf der Klägerin beträgt Fr. 3'921.– und derjenige des Beklagten zusammen mit C. \_\_\_\_\_ Fr. 3'619.–. Es resultiert ein Freibetrag von Fr. 1'858.–. Die Klägerin geht ab Auszug aus der ehelichen Liegenschaft von einer Partizipation am Freibetrag im Umfang von lediglich 40% aus (vgl. Urk. 58 S. 21). Damit resultiert folgende Unterhaltsberechnung: Bedarf der Klägerin: Fr. 3'921.– + Anteil Freibetrag (40%): Fr. 743.– ./ Einkommen Klägerin: Fr. 1'800.– Unterhaltsanspruch: : Fr. 2'864.– Weil die Klägerin ab Auszug aus der ehelichen Liegenschaft lediglich Unterhaltsbeiträge von Fr. 2'000.– beantragt (vgl. Urk. 110 S. 8), beschränkt sich die Unterhaltspflicht des Beklagten aufgrund der Dispositionsmaxime auf diesen Betrag.

### **E. 8.4**

Phase IV: Ab 1 Mai 2016 für die weitere Dauer des Getrenntlebens Ab Mai 2016 ist auf Seiten der Klägerin von einem Einkommen von Fr. 3'500.– auszugehen. Auf Seiten des Beklagten ist nach wie vor von einem Einkommen von Fr. 7'598.– auszugehen. Der Bedarf der Klägerin beträgt Fr. 4'156.– und derjenige des Beklagten zusammen mit C. \_\_\_\_\_ auf Fr. 3'619.–. Es resultiert ein Freibetrag von Fr. 3'323.–, weshalb folgende Unterhaltsberechnung resultiert: Bedarf der Klägerin: Fr. 4'156.– + Anteil Freibetrag (40%): Fr. 1'329.– ./ Einkommen Klägerin: Fr. 3'500.– Unterhaltsanspruch : Fr. 1'985.–

- 47 - Es rechtfertigt sich, den errechneten Unterhaltsanspruch auf Fr. 2'000.– pro Monat aufzurunden.

### **E. 8.5**

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen sind der Klägerin persönlich folgende monatliche Unterhaltsbeiträge zuzusprechen: rückwirkend für die Zeit vom 1. Januar 2015 bis 30. November 2015 Fr. 1'465.– (Durchschnitt der von der Vorinstanz für diesen Zeitraum zugesprochenen Unterhaltsbeiträge), Fr. 1'283.40 für Dezember 2015, Fr.

2'010.80 ab 1. Januar 2016 bis zum Auszug aus der ehelichen Liegenschaft, längstens bis 31. März 2016, Fr. 2'000.– ab Auszug aus der ehelichen Liegenschaft, spätestens ab 1. April 2016, für die weitere Dauer des Getrenntlebens. 9. Bereits geleistete Zahlungen 9.1. Der Beklagte beantragt, es sei davon Vormerk zu nehmen, dass er an den Unterhalt für C. \_\_\_\_\_ für die Monate Januar, Februar, Juni, Juli, August und September 2015 je Fr. 600.– sowie für April und Mai je Fr. 400.– bereits bezahlt habe. Im Mai 2015 habe er lediglich Fr. 400.– bezahlt, weil er den Kostenanteil der Klägerin am Geburtstagsfest von C. \_\_\_\_\_ von Fr. 200.– verrechnet habe (Urk. 48 S. 3 und S. 22 und Urk. 94). Dazu reicht er einen E-Banking-Auszug der Zürcher Kantonalbank (Urk. 96/1) ein. 9.2. Die Klägerin anerkennt die behaupteten Zahlungen bis auf die Zahlung von September 2015 (Prot. S. 28), wobei der Beklagte anlässlich der Berufungsverhandlung einräumte, dass die in Auftrag gegebene Zahlung im September 2015 infolge einer Unterdeckung des Kontos nicht ausgeführt werden können (Prot. S. 28). Die Berechtigung zur Verrechnung eines Kostenanteils von Fr. 200.– betreffend den Unterhaltsbeitrag für Mai 2015 bestreitet die Klägerin. Sie lässt diesbezüglich ausführen, dass sie von Anfang an gegen die vom Beklagten gewählten kostspieligen Aktivitäten gewesen sei (Urk. 58 S. 5). Da die vom Beklagten geltend gemachte Verrechnungsforderung von Fr. 200.– bestritten

- 48 - wurde, kann in diesem Umfang nicht von einer Tilgung der Unterhaltsforderung ausgegangen werden. 9.3. Der Beklagte ist nach dem Gesagten seiner Unterhaltspflicht bereits im Umfang von Fr. 3'800.– (Zahlungen berücksichtigt bis Ende September 2015) nachgekommen, wovon Vormerk zu nehmen ist. 10. Überweisung der Rückerstattungen der Krankenkasse (Dispositivziffer 10) / Editionsbegehren (Dispositivziffer 11) 10.1. Der Beklagte beantragt, Dispositivziffer 10 des vorinstanzlichen Urteils, wonach er verpflichtet wurde, der Klägerin die Rückerstattungen der Krankenkasse ... in der Höhe von Fr. 1'317.40 und Fr. 1'018.– für die Rechnungen von Dr. med. F. \_\_\_\_\_ vom 10. Juli 2014 über Fr. 1'463.– und vom 4. September 2014 über Fr. 1'131.10 zu überweisen, infolge Gegenstandslosigkeit ersatzlos aufzuheben (Urk. 48 S. 3), da er die Rückerstattungen bereits am 12. Januar 2015 (Urk. 26/12) vorgenommen habe (Urk. 48 S. 22). Die Klägerin führt zutreffend aus, dass sich im Zeitpunkt des vorinstanzlichen Entscheids in den Akten lediglich ein Zahlungsauftrag, nicht jedoch ein Zahlungsbeleg betreffend die fraglichen Zahlungen befunden habe. Die Klägerin anerkennt jedoch, dass die Rückerstattung der beiden Beträge zwischenzeitlich erfolgt ist (Urk. 58 S. 16). Weil nicht belegt ist, dass die fraglichen Rückzahlungen bereits vor Erlass des vorinstanzlichen Entscheids erfolgt sind, musste die Vorinstanz das Begehren nicht infolge Gegenstandslosigkeit erledigt abschreiben. Unbestritten ist, dass die beiden Zahlungen mittlerweile erfolgt sind, wovon Vormerk zu nehmen ist. 10.2. Sodann beantragt der Beklagte, Dispositivziffer 11, womit sein Antrag um Verpflichtung der Klägerin i.S.v. Art. 170 ZGB zur Herausgabe der Kontoauszüge ihres Lohnkontos seit dessen Eröffnung abgewiesen wurde, infolge Gegenstandslosigkeit aufzuheben (Urk. 48 S. 3). Weil der Beklagte diesen Antrag mit keinem Wort begründet, erschliesst sich nicht, was der Beklagte mit diesem Antrag bezweckt, weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist.

- 49 - F. Vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Die Vorinstanz auferlegte die Gerichtsgebühr von Fr. 2'500.– der Klägerin zu einem Viertel und dem Beklagten zu drei Vierteln (Dispositivziffer 14). Sodann verpflichtete sie den Beklagten zur Leistung einer hälftigen Parteientschädigung an die Klägerin (Dispositivziffer 15). 2. Der Beklagte beantragt, Dispositivziffer 13 (Gerichtsgebühr) sei aufzuheben. Auch hier begründet der

Beklagte mit keinem Wort, weshalb er mit der Höhe der Gerichtsgebühr nicht einverstanden ist. Da sich das vorinstanzliche Verfahren als verhältnismässig aufwändig gestaltete – es wurden zwei Verhandlungen und eine Kinderanhörung durchgeführt –, ist die Gerichtsgebühr von Fr. 2'500.– in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 2 lit. b sowie § 8 Abs. 1 GebV OG nicht zu beanstanden.

#### **E. 12**

Monate) auszugehen, wobei zu berücksichtigen ist, dass es sich dabei um den Nettobetrag handelt, weil auf dem Krankentaggeld keine Sozialversicherungsleistungen abgezogen werden. Unter Hinzurechnung des hälftigen Nettogrundlohns (zuzüglich Pauschalspesen), mithin von Fr. 4'256.– (Fr. 8'162.– + Fr. 350.– : 2), ist auf Seiten des Beklagten in der Zeit vom 1. Januar 2015 bis 31. August 2015 von einem monatlichen (Erwerbsersatz-)einkommen von gerundet Fr. 10'315.– (Fr. 6'060.– + Fr. 4'256.–) auszugehen.

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