

ZH_OBERGERICHT LE150037 vom 18. März 2016

ZH Obergericht, 2016-03-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE150037

FR: ZH_OBERGERICHT LE150037 du 18 mars 2016

IT: ZH_OBERGERICHT LE150037 del 18 marzo 2016

Erwägungen

E. 1

Die Parteien sind verheiratet und haben drei gemeinsame Kinder: E._____, geb. am tt.mm.1993, F._____, geb. am tt.mm.1996, und G._____, geb. am tt.mm.2002. Seit dem 13. Oktober 2014 standen sie sich vor Vorinstanz in einem

- 7 - Eheschutzverfahren gegenüber. Betreffend den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 67 E. I = Urk. 73 E. I). Die Vorinstanz fällt am 9. Juni 2015 den eingangs wiedergegebenen Entscheid (Urk. 73). Dieser wurde dem Berufungskläger und Gesuchsgegner (fortan: Gesuchsgegner) am 15. Juni 2015 zugestellt (vgl. Urk. 68/2). Die im Entscheid vom 9. Juni 2015 richtig genannte Berufungsfrist von 10 Tagen gemäss Art. 314 Abs. 1 ZPO endete daher mit Blick auf Art. 142 Abs. 1 ZPO und Art. 143 Abs. 1 ZPO am 25. Juni 2015.

E. 1.1

Die Vorinstanz hat den Gesuchsgegner verpflichtet, der Gesuchstellerin für den Monat April 2015 einen Unterhaltsbeitrag von Fr. 2'823.50, für die Zeit ab 1. Mai 2015 bis 30. Juni 2015 von Fr. 3'226.–, für die Zeit ab 1. Juli 2015 bis

- 10 - 31. März 2016 von Fr. 3'186.– und ab 1. April 2016 von Fr. 3'719.– zu bezahlen (Urk. 73 Dispositivziffer 8). Der Unterhaltsberechnung legte die Vorinstanz einen Gesamtbedarf der Parteien von Fr. 13'581.75 bis Juni 2015, Fr. 13'461.75 ab Juli 2015 und Fr. 12'661.75 ab April 2016 zugrunde. Diesen stellte sie einem monatlichen Nettoeinkommen der Gesuchstellerin von Fr. 4'351.05 gegenüber. Auf Seiten des Gesuchsgegners ging die Vorinstanz von einem monatlichen Einkommen von Fr. 7'217.10 netto (inkl. 13. Monatslohn) bei der H.____ AG und von einem monatlichen Einkommen von Fr. 5'131.15 bei der I.____ GmbH aus und rechnete dem Gesuchsgegner ein monatliches Nettoeinkommen von insgesamt Fr. 12'348.25 (zuzüglich all-fällige Kinder- und Ausbildungszulagen) an. Der Freibetrag von Fr. 3'117.55 (bis Juni 2015) beziehungsweise von Fr. 3'237.55 (ab Juli 2015) beziehungsweise von Fr. 4'037.55 (ab April 2016) wurde zu zwei Dritteln der Gesuchstellerin und den Kindern und zu einem Drittel dem Gesuchsgegner zugeteilt, was zu den eingangs erwähnten Unterhaltsbeiträgen an die Gesuchstellerin führte (Urk. 73 E. VI.3. ff.)

E. 1.2

Neben diversen Positionen im Bedarf des Gesuchsgegners ist im Berufungsverfahren insbesondere die Höhe des Einkommens des Gesuchsgegners bei der I.____ GmbH umstritten. Weiter beantragt der Gesuchsgegner mit der vorliegenden Berufung, der Gesuchstellerin sei unter dem Titel Eigenmietwert ein monatlicher Betrag von Fr. 2'000.– als Einkommen anzurechnen.

E. 2

Einkommen des Gesuchsgegners bei der I. _____ GmbH

E. 2.1

Die Vorinstanz erwog, der Gesuchsgegner sei Alleineigentümer der I. _____ GmbH. Im Jahr 2012 sei er noch bei dieser angestellt gewesen, seit 2013 nicht mehr. Gemäss Bilanz bzw. Erfolgsrechnung der I. _____ GmbH habe der Gewinn im Jahr 2012 Fr. 5'422.56, im Jahr 2013 Fr. 71'632.33 und im Jahr 2014 Fr. 33'424.97 betragen. Im Jahr 2012 habe der Gesuchsgegner gemäss Lohnausweis von dieser zudem einen Nettolohn von Fr. 74'242.- erhalten. Nach sei-

- 11 - nen eigenen Angaben habe der Gesuchsgegner den Gewinn jeweils für private Auslagen verwendet. Somit sei ihm dieser, auch im Lichte der Rechtsprechung, wonach als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit der Reingewinn gelte, als Einkommen anzurechnen. Für das Jahr 2012 habe das anrechenbare Einkommen (Einkommen und Gewinn) somit Fr. 79'664.56, für das Jahr 2013 Fr. 71'632.33 und für das Jahr 2014 Fr. 33'424.67 betragen. Da das Einkommen seit 2012 gesunken sei, stelle sich die Frage, ob nur das Jahr 2014 massgebend sei. Die Ausführungen des Gesuchsgegners, dass die Situation der I. _____ GmbH prekär sei, auch wegen der Frankenstärke, seien aber nicht glaubhaft und bestritten. Weshalb die Frankenstärke die I. _____ GmbH negativ beeinflusse, sei nicht ausgeführt worden. Zwar sei vom Gesuchsgegner behauptet worden, die K. _____ AG sei bis Ende 2011 der wichtigste Kunde gewesen und nun weggefallen, aus Urk. 38 ergebe sich jedoch, dass diese weiterhin Kunde sei. Ebenfalls nicht glaubhaft und bestritten sei die Behauptung des Gesuchsgegners, die I. _____ GmbH habe (zum Teil) die nötigen Akkreditierungen und Zertifizierungen nicht. Schliesslich sei auf die Email vom 17. Mai 2015 (Urk. 63) hinzuweisen, in welcher der Gesuchsgegner eine Möglichkeit suche, die I. _____ GmbH umzugestalten, damit er "bei der Scheidung nicht grössere Probleme bekomme". Angesichts dessen sei ausgehend von einem jährlichen Durchschnittseinkommen der letzten drei Jahre (2012-2014) von Fr. 61'573.85 ein durchschnittliches Monatseinkommen des Gesuchsgegners bei der I. _____ GmbH von Fr. 5'131.15 anzunehmen (Urk. 73 E. VI.5.4). 2.2.1. Der Gesuchsgegner beanstandet die vorinstanzliche Beurteilung seines monatlichen Einkommens bei der I. _____ GmbH. Dazu führt er aus, die Vorinstanz habe unberücksichtigt gelassen, dass auch eine GmbH Reserven bilden müsse. Nach dem auch auf eine GmbH anwendbaren Art. 671 Abs. 1 OR seien 5% des Jahresgewinnes der allgemeinen Reserve zuzuweisen, bis diese 20% des Aktienkapitals erreiche. Bei einem jungen Unternehmen, wie der I. _____ GmbH, seien die Reserven mit 10% des Jahresgewinnes zu äufnen. Werde von den drei von der Vorinstanz berechneten Jahresgewinnen von insgesamt Fr. 184'721.56 ein solcher Abzug vorgenommen, ergebe sich ein durchschnittlicher Monatsgewinn von lediglich Fr. 4'618.-.

- 12 - Weiter sei die Ansicht der Vorinstanz, dass er den konstanten Abwärtstrend der I. _____ GmbH nicht glaubhaft gemacht habe, falsch. Wie sich aus der neu ins Recht zu legenden Bilanz und Erfolgsrechnung der I. _____ GmbH per 31. März 2015 (Urk. 75/2-3) ergebe, habe diese in der Zeit von 1. Januar 2015 bis 31. März 2015 einen Verlust von Fr. 3'056.02 realisiert, was sich im laufenden sowie im Jahr 2016 nicht ändern werde, da die Kundin K. _____ AG für ...-Proben weggefallen sei. Für das Jahr 2015 sei insofern mit einem Verlust von Fr. 12'224.08 zu rechnen. Der Abwärtstrend setze sich somit fort. Angesichts der Rechtsprechung, wonach bei stetig sinkenden Erträgen der Gewinn des letzten Jahres massgeblich sei, und der begrenzten Zeit der Unterhaltspflichten auf Basis

des Eheschutzes, sei die aktuelle wirtschaftliche Lage der I._____ GmbH von 2014 und insbesondere 2015 zu berücksichtigen und nicht jene von 2012 und 2013. Somit sei von einem Einkommen des Gesuchsgegners aus der I._____ GmbH von Fr. 0.– auszugehen. Willkürlich sei denn auch insbesondere die vorinstanzliche Feststellung, er habe nicht glaubhaft gemacht, dass die I._____ GmbH die nötigen Akkreditierungen nicht habe. Dies gehe nicht nur aus dem Fragebogen der I._____ GmbH vom 8. Mai 2013 (Urk. 24/35), sondern auch aus der Bestätigung der K._____ AG vom 25. Juni 2015 (Urk. 75/5) hervor. Sodann verkenne die Vorinstanz, dass es nicht um die nötigen Zertifizierungen gegangen sei, sondern die nötige Akkreditierung, welche der I._____ GmbH fehle. Eine Zertifizierung sei für die I._____ GmbH für die Durchführung von ...-Proben für die K._____ AG nicht nötig. Vom 22. März 2012 bis zum 7. Dezember 2012 hätten sich die Aufträge der K._____ AG für ...-Proben auf Fr. 74'080.10 belaufen und vom 1. Januar 2013 bis zum 27. März 2013 auf Fr. 9'217.80. Während des Jahres vor Einführung des Erfordernisses der Akkreditierung durch die K._____ AG habe die I._____ GmbH somit einen Umsatz von Fr. 83'297.90 erzielt, was eine mehr als nur glaubhafte Erklärung für den Umsatzeinbruch von 2013 zu 2014 und 2015 sei. Unzutreffend sei zudem die gestützt auf die Email vom 14. Februar 2015 (Urk. 38) getroffene Annahme der Vorinstanz, die I._____ GmbH habe die Aufträge der K._____ AG gar nicht verloren, sei diese doch weiterhin Kundin der I._____ GmbH geblieben. Wie die Protokolle der I._____ GmbH zur Werkstoffprüfung für K._____ AG vom 12. Februar 2015 (Urk. 75/11-14) zeigen würden, sei es bei den in der Email vom 14. Februar

- 13 - 2015 genannten Teilen nicht um ...-Proben, sondern ausschliesslich um ...-Proben gegangen. Diese würden nicht unter die Akkreditierung fallen und könnten daher von der I._____ GmbH weiter für die K._____ AG ausgeführt werden. Willkürlich sei des Weiteren die Ansicht der Vorinstanz, der Gesuchsgegner habe die geschäftlichen Probleme der I._____ GmbH wegen des starken Frankens nicht glaubhaft dargestellt. Wie sich aus Seite 3 des vorinstanzlichen Protokolls ergebe, habe er detailliert und nachvollziehbar erklärt, warum und in welchem Grad die I._____ GmbH unter dem starken Franken leide. Die Gesuchstellerin könne sodann nur durch "Hacken" in den Besitz der Email vom 17. Mai 2015 (Urk. 63) gekommen sein. Die illegal beschaffte Email sei daher nicht verwertbar und aus den Akten zu weisen (Urk. 72 S. 5 ff.). 2.2.2. Die Gesuchstellerin hält demgegenüber dafür, das von der Vorinstanz ermittelte Einkommen des Gesuchsgegners aus der I._____ GmbH von monatlich Fr. 5'131.15 sei korrekt berechnet worden. Die vom Gesuchsgegner mit der Berufungsbegründung eingereichten Unterlagen (Urk. 75/2-14) seien unbeachtlich, da es sich um unechte Noven im Sinne von Art. 229 Abs. 3 ZPO handle. Um unzulässige Noven handle es sich auch bei den Behauptungen des Gesuchsgegners, dass auch eine GmbH Reserven bilden und die Vorinstanz von den Reingewinnen jeweils 10% an Reservezahlungen hätte abziehen müssen. Des Weiteren seien sämtliche Ausführungen des Gesuchsgegners unter Ziffer II.1 b/aa)-bb) der Berufungsschrift zum angeblichen Negativtrend der I._____ GmbH unzulässige Noven und aus dem Recht zu weisen. Dieser Abwärtstrend sei schliesslich in keiner Art und Weise ausgewiesen, weder mit der im Recht liegenden Bilanz- und Erfolgsrechnung 2014 noch mit der Erfolgsrechnung per 31. März 2015, welche ohnehin aus dem Recht zu weisen sei. Die Gesuchstellerin habe Unterlagen zur Auftragslage (Urk. 33/17) sowie zur Budgetierung (Urk. 33/14) ins Recht gelegt, welche die Behauptung des Gesuchsgegners widerlegen würden. Als unzulässige Noven zurückzuweisen seien auch die Ausführungen des Gesuchsgegners zur fehlenden Akkreditierung und zum Wegfall der K._____ AG als Kundin in Ziffer II.1b/cc) der

Berufungsschrift. Die Gesuchstellerin habe mit Urk. 38 den Beweis erbracht, dass die K._____ AG weiterhin Kundin der I._____

- 14 - GmbH sei. Der Gesuchsgegner habe den Inhalt der Urkunde nicht bestritten. Da- zu komme, dass der Umsatz 2012 noch höher gewesen sei als 2011, in dem Jahr, in welchem die K._____ AG nach Darstellung des Gesuchsgegners nicht mehr Kunde gewesen sein solle. Zudem habe sich der Gesuchsgegner nicht mit Urk. 38 auseinandergesetzt. Gemäss Urk. 38 und Urk. 33/16-17 führe die I._____ GmbH nach wie vor Aufträge für die K._____ AG durch und habe auch 2013 und 2014 Rechnungen an diese gestellt. Ein Umsatzeinbruch wegen des angeblichen Verlustes der K._____ AG werde bestritten. Im Jahr 2013 habe die I._____ GmbH einen Umsatz von Fr. 210'000.- und im Jahr 2014 von Fr. 171'873.- erzielt, wes- halb die Behauptung des Gesuchsgegners unhaltbar sei. Die Ausführungen des Gesuchsgegners zur Frankenstärke seien ebenfalls aus novenrechtlichen Gründen unbeachtlich. Gegen die Behauptung des Gesuchs- gegners spreche überdies ohnehin nicht nur der Umsatz des Jahres 2014, son- dern auch die Liste der Auftragsbestände. Den vom Gesuchsgegner eingereich- ten Unterlagen sei auch nicht zu entnehmen, dass die I._____ GmbH vorwiegend Kunden aus dem Ausland habe. Es sei auch kein Kausalzusammenhang zwi- schen dem Eurokurs und dem behaupteten Umsatz- oder Ertragsrückgang der I._____ GmbH ersichtlich. Die Email vom 17. Mai 2015 (Urk. 63) sei ausserdem nicht illegal beschafft worden; dieser Einwand sei neu und aus dem Recht zu wei- sen (Urk. 86 S. 3 ff.).

E. 2.3

Der Gesuchsgegner ist alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der I._____ GmbH (vgl. www.zefix.ch, besucht am 3. März 2016), folglich ist diesbe- züglich seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit wie diejenige eines Selbständig- erwerbenden zu beurteilen. Wie die Vorinstanz zutreffend dargelegt hat, ent- spricht bei selbständiger Erwerbstätigkeit das Einkommen dem Reingewinn im Durchschnitt mehrerer - in der Regel der letzten drei - Jahre, wobei auffällige, d.h. besonders gute oder besonders schlechte Geschäftsjahre unter Umstän- den aus- ser Betracht bleiben können. Nur bei stetig sinkenden oder steigenden Zahlen kann das Nettoeinkommen des letzten Jahres als massgebend betrachtet werden (BGer 5D_167/2008 vom 13. Januar 2009 E. 2; BGer 5A_790/2008 vom 16. Ja- nuar 2009 E. 2.1.2.; BGer 5A_684/2011 vom 31. Mai 2012 E. 2.2.; Haus- heer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Aufl., N 01.34 und N 05.72).

- 15 - Zunächst ist festzuhalten, dass die nunmehrigen Ausführungen des Gesuchsgeg- ners in der Berufung, wonach vom Reingewinn noch die Reservezahlungen von 10% abzuziehen seien, verspätet sind. Sie hätten problemlos bereits vor Vor- instanz vorgebracht werden können und sind daher im Berufungsverfahren nicht mehr zu beachten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Darüber hinaus wurden die von der Vor- instanz gestützt auf die jeweiligen Bilanzen bzw. Erfolgsrechnungen der I._____ GmbH (Urk. 24/45-47 und Urk. 36) sowie den Lohnausweis 2012 des Gesuchs- gegners (Urk. 4/11) errechneten Einkommen (Gewinn und Einkommen) von Fr. 79'664.56 für das Jahr 2012, Fr. 71'632.33 für das Jahr 2013 und Fr. 33'424.67 für das Jahr 2014 vom Gesuchsgegner in der Berufung nicht bean- standet, weshalb von diesen Beträgen auszugehen ist. Bezüglich des Einwandes des Gesuchsgegners, die I._____ GmbH verfüge - entgegen der Auffassung der Vorinstanz - nicht über die nötigen Akkreditierun- gen, gilt es sodann vorab zu bemerken, dass der Gesuchsgegner vor Vorinstanz ausführen liess, die K._____ AG sei bis Ende 2011 die wichtigste Kundin der I._____ GmbH gewesen. Ab 2012 habe die L._____ und somit die K._____ AG verlangt, dass ein Unternehmen, das ...-Proben durchführe, die

Akkreditierung nach ISO 17025 erfüllen müsse. Die I. _____ GmbH sei nicht in der Lage, diese zu erlangen, weshalb sie circa einen Drittel ihres Umsatzes verloren habe (Urk. 23 S. 17). Dies wurde von der Gesuchstellerin bestritten. Demgegenüber führt der Gesuchsgegner im Rahmen der Berufungsschrift aus, die K. _____ AG sei bis (recte) März 2013 die wichtigste Kundin gewesen und ab April 2014 sei von dieser die Akkreditierung nach ISO 17025 verlangt worden (Urk. 72 S. 8). An anderer Stelle der Berufungsschrift macht er geltend, die Akkreditierung fehle der I. _____ GmbH seit April 2013 und während des Jahres vor Einführung des Erfordernisses der Akkreditierung habe die I. _____ GmbH einen Umsatz von Fr. 83'297.90 erzielt, was eine glaubhafte Erklärung für den Umsatzeinbruch vom Jahr 2013 zu den Jahren 2014 und 2015 sei (Urk. 72 S. 10). Bei diesen Ausführungen und den neu eingereichten diversen ...-Proberechnungen der I. _____ GmbH an die K. _____ AG (Urk. 75/7-10) handelt es sich um unzulässige Noven im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO, die unberücksichtigt bleiben müssen. Auszugehen ist in diesem Zusammenhang von den Vorbringen des Gesuchsgegners vor Vorinstanz.

- 16 - Der vom Gesuchsgegner zur Untermauerung seiner Behauptung, wonach der I. _____ GmbH die nötigen Akkreditierungen gefehlt hätten, ins Recht gelegte, von der K. _____ AG ausgefüllte Fragebogen der I. _____ GmbH vom 8. Mai 2013 (Urk. 24/35) enthält lediglich unter dem Titel Hinweise und Verbesserungsvorschläge den Satz "im Zusammenhang mit Freigabe prüfpflichtiger Bauteile, z.B. für Schienenfahrzeuge der L. _____, besteht die Anforderung einer Akkreditierung nach ISO 17025". Diese Formulierung lässt allerdings keinen Schluss darauf zu, ob die I. _____ GmbH die Akkreditierung tatsächlich besessen hat oder nicht. Im Übrigen ergibt sich aus der Liste Auftragserteilung 2013, dass die K. _____ AG auch im Jahre 2013 bei der I. _____ GmbH ...-Prüfungen in Auftrag gegeben hat (vgl. die Aufträge der K. _____ AG vom 28. Februar 2013, vom 5./11./13./16./22./26. und 28. März 2013 sowie vom 3. und 4. April 2013 [Urk. 33/16]). Die Bestätigung der K. _____ AG vom 25. Juni 2015 (Urk. 75/5) kann im Berufungsverfahren als unzulässiges Novum nicht beachtet werden, da eine solche bereits früher bei der K. _____ AG hätte erhältlich gemacht und im vorinstanzlichen Verfahren vorgelegt werden können und müssen. Unter Berücksichtigung dieser Umstände ist der Vorinstanz beizupflichten, dass es dem Gesuchsgegner nicht gelungen ist, glaubhaft zu machen, dass die I. _____ GmbH nicht über die nötigen Akkreditierungen verfügt. Gestützt auf die Email der K. _____ AG vom 14. Februar 2015 (Urk. 38) ging die Vorinstanz zudem davon aus, dass die K. _____ AG - entgegen der Darstellung des Gesuchsgegners, wonach diese bis Ende 2011 die wichtigste Kundin gewesen und nun weggefallen sein soll - weiterhin Kundin der I. _____ GmbH sein würde. Die im Berufungsverfahren neu eingereichten Protokolle der I. _____ GmbH zur Werkstoffprüfung für die K. _____ AG vom 12. Februar 2015 (Urk. 75/11-14) hatten bereits anlässlich des vorinstanzlichen Verfahrens Bestand, wurden der Vorinstanz aber nicht vorgelegt. Weshalb der Gesuchsgegner trotz zumutbarer Sorgfalt zu deren Einreichung nicht in der Lage gewesen sein soll, ist weder dargestellt noch ersichtlich. Damit müssen diese neu beigebrachten Belege als unzulässige Noven im Rechtsmittelverfahren unbeachtet bleiben (vgl. E. II.2 hiervor). Dasselbe gilt für das aus diesen Protokollen abgeleitete Vorbringen des Gesuchsgegners, es sei bei den in der Email vom 14. Februar 2015 (Urk. 38) aufgeführten

- 17 - Teilen 2 1500096, 3 150099, 4 150102 und 5 150103 nie um ...-Proben gegangen, sondern ausschliesslich um ...-Proben, welche nicht unter die Akkreditierung fallen würden und daher von der I. _____ GmbH weiterhin für die Kundin K. _____ AG hätten ausgeführt

werden können. Der Gesuchsgegner hat vor Vorinstanz hinsichtlich der K._____ AG keine Differenzierung zwischen verschiedenen Arten von Aufträgen (insbesondere zwischen den eine Akkreditierung voraussetzenden ...-Proben und den nicht nach einer Akkreditierung verlangenden ...-Proben) vorgenommen, sondern lediglich pauschal ausgeführt, die K._____ AG sei als Kundin weggefallen, woraus eine Umsatzeinbusse von einem Drittel resultiert habe (Urk. 23 S. 17 f.). Diese Behauptung wird aber neben der Email vom 14. Februar 2015 (Urk. 38) auch durch die Auftragserteilungslisten 2013/2014 und die dazugehörigen Rechnungen (Urk. 33/16-17) widerlegt, ergibt sich doch daraus, dass die I._____ GmbH auch in den Jahren 2013 und 2014 eine Vielzahl von Aufträgen für die K._____ AG ausgeführt hat. Der Gesuchsgegner verweist sodann im Rahmen der Berufung auf Seite 3 des Protokolls der Hauptverhandlung (Urk. 31), wo er in Zusammenhang mit dem Jahresabschluss der I._____ GmbH 2014 ausgeführt habe, die Kunden der I._____ GmbH seien im Ausland, weshalb aufgrund des schwachen Euro-Franken Kurses rund 20% weniger Einnahmen erzielt würden. Die Situation der GmbH sei deswegen sehr kritisch einzuschätzen. Der pauschale Hinweis des Gesuchsgegners auf die Frankenstärke genügt nicht, um eine dauerhaft negative Entwicklung der GmbH darzulegen, zumal der Gesuchsgegner überhaupt nicht erläutert hat, inwiefern sich diese wirtschaftlichen Rahmenbedingungen konkret auf die Auftragslage und den Gewinn der GmbH auswirken würden. Überdies ergibt sich aus der Liste Auftragserteilung November 2013 bis 4. Juli 2014 (Urk. 33/17), dass es sich - mit einer einzigen Ausnahme - bei sämtlichen Auftraggebern der I._____ GmbH um im schweizerischen Handelsregister eingetragene juristische Personen mit Sitz in der Schweiz handelt. Der vom Gesuchsgegner geltend gemachte - überwiegende - Auslandsbezug ist somit nicht ersichtlich. Die Email vom 17. Mai 2015 (Urk. 63), auf welche die Vorinstanz verweist, wurde von der Gesuchstellerin mit Eingabe vom 18. Mai 2015 (Urk. 62) ins Recht gelegt

- 18 - und dem Gesuchsgegner von der Vorinstanz mit Schreiben vom 19. Mai 2015 (Urk. 64) zur Kenntnisnahme zugestellt. Da die rechtswidrige Beschaffung der Email durch die Gesuchstellerin somit vom Gesuchsgegner bereits im vorinstanzlichen Verfahren hätte geltend gemacht werden können, ist die betreffende Behauptung (vorn E. II.2) verspätet. Sie ist daher im Berufungsverfahren unbeachtlich. Ohnehin legt der Gesuchsgegner nicht dar, inwiefern sich die behauptete Unverwertbarkeit der Email zu seinen Gunsten auswirken sollte. Die Erfolgsrechnung und die Bilanz der I._____ GmbH per 31. März 2015 (Urk. 75/2-3) sind als echte Noven im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO vorliegend zu berücksichtigen, wurden sie dem Gesuchsgegner vom Treuhänder M._____ nämlich erst am 25. Juni 2015 zugestellt (vgl. Urk. 75/4) und umgehend ins Recht gelegt. Der Gesuchsgegner schliesst aus dem Umstand, dass diese für die ersten drei Monate des Jahres 2015 einen Verlust von Fr. 3'056.02 ausweisen, darauf, dass für das Jahr 2015 mit einem Verlust von Fr. 12'224.08 zu rechnen sei. Nicht nur liegen weitere Zahlen (beispielsweise in Form von Quartalsabschlüssen) für das Jahr 2015 nicht vor, als Begründung für seine Schlussfolgerung führt der Gesuchsgegner zudem auch lediglich an, die Kundin K._____ AG sei weggefallen. Davon ist aber, wie vorstehend aufgezeigt, nicht auszugehen. Im Übrigen wäre es selbst bei Wegfall eines wichtigen Kunden voreilig, automatisch auf ein negatives Jahresergebnis zu schliessen. Insgesamt ist es dem Gesuchsgegner - auch gestützt auf die Bilanz und Erfolgsrechnung per 31. März 2015 - nicht gelungen, einen stetigen Abwärtstrend der I._____ GmbH glaubhaft zu machen. Gegen die Methode der Vorinstanz, ausgehend vom Gewinn der I._____ GmbH der vergangenen drei Jahre (2012, 2013 und 2014) ein monatliches Durchschnittseinkommen des Gesuchsgegners zu ermitteln, ist

somit nichts einzuwenden. Mit der Vorinstanz ist daher gestützt auf ein anrechenbares Einkommen von Fr. 79'664.56 für das Jahr 2012, Fr. 71'632.33 für das Jahr 2013 und Fr. 33'424.67 für das Jahr 2014 von einem monatlichen Durchschnittseinkommen des Gesuchsgegners bei der I._____ GmbH von Fr. 5'131.15 auszugehen.

- 19 -

E. 3

Bedarf des Gesuchgegners Beim Bedarf des Gesuchsgegners sind folgende Positionen strittig: Die Wohnkosten, die Kleiderkosten sowie die Berücksichtigung eines Unterhaltsbeitrages für die mündige Tochter E._____. Die übrigen Positionen sind unangefochten.

E. 3.1

Wohnkosten des Gesuchsgegners

E. 3.1.1

Die Vorinstanz erachtete die ausgewiesenen Mietkosten des Gesuchsgegners von Fr. 2'300.– für eine alleinstehende Person unter Berücksichtigung der Situation mit den Kindern und des Wohnungsmarktes in Winterthur und Umgebung als übersetzt. Sie hielt diesbezüglich fest, dass es in Anbetracht der nächsten gesetzlichen Kündigungstermine (per Ende September 2015 bzw. per Ende März 2016) als angemessen erscheine, dem Gesuchsgegner bis Ende März 2016 Wohnkosten von Fr. 2'300.– anzurechnen und ab April 2016 solche in der Höhe von Fr. 1'500.– (Urk. 73 E. VI.6.2.b).

E. 3.1.2

Der Gesuchsgegner hält im Berufungsverfahren daran fest, es seien Mietkosten von Fr. 2'300.– in seinem Bedarf zu berücksichtigen. Die Gesuchstellerin lebe mit den drei Kindern in einem 7-Zimmer-Einfamilienhaus, weshalb ihm das Recht zu belassen sei, standesgemäss in der aktuellen Wohnung zu leben. Wegen seiner Steuerschulden verfüge er über einen Betreibungsregisterauszug, der praktisch alle Vermieter abschrecke. Dazu komme, dass die Steuerverwaltung ... sich weigere, nach der Bezahlung der betriebenen Steuerforderungen aus den Jahren 2008 und 2009 die entsprechenden Betreibungen zu löschen. Auf dem normalen Wohnungsmarkt habe er keine Chancen, eine günstige Wohnung zu mieten. Durch eine sehr glückliche und einmalige Fügung über einen Freund habe er die jetzige Wohnung erhalten. Weiter benötige er eine Wohnung, in die er seine Kinder bei Besuchen aufnehmen könne. Ferner habe die Gesuchstellerin in ihrem Eheschutzgesuch seinen Auszug aus dem ehelichen Haus innert Monatsfrist verlangt. Angesichts der zum Teil realisierten Drohungen der Gesuchstellerin habe er nicht lange fackeln können und sei möglichst rasch aus dem für ihn unsicher gewordenen ehelichen Haus geflüchtet (Urk. 72 S. 14 f.). Die Gesuchstellerin setzt dem entgegen, es sei dem Gesuchsgegner zumutbar,

- 20 - bis Ende März 2016 in eine Wohnung mit einem Mietzins von Fr. 1'500.– umzuziehen. Wie der Gesuchsgegner selber ausgeführt habe, verfüge er über Kontakte zu einer Immobilienfirma. Die Betreibungen seien schliesslich auch nicht hinderlich gewesen, eine sehr teure Wohnung zu mieten. Der Gesuchsgegner habe nicht bewiesen, dass er Suchbemühungen für eine günstige Wohnung gemacht habe. Im Reiheneinfamilienhaus würden vier Personen, drei davon in Ausbildung, leben und der Hypothekarzins zuzüglich aller Nebenkosten betrage lediglich rund Fr. 2'800.–. Der Gesuchsgegner beanspruche für

sich alleine jedoch eine 4 ½-Zimmerwohnung für Fr. 2'300.– (Urk. 86 S. 13).

E. 3.1.3

Der Berufungskläger hat gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO die Berufung zu begründen. Um diese Anforderung zu erfüllen, genügt es nicht, auf die Ausführungen bei der Vorinstanz zu verweisen oder in allgemeiner Weise den angefochtenen Entscheid zu kritisieren. Ein Berufungskläger hat sich vielmehr mit den einzelnen Erwägungen des erstinstanzlichen Urteils auseinanderzusetzen, und er muss im Einzelnen darlegen, weshalb der angefochtene Entscheid falsch ist und deshalb abgeändert werden soll (Begründungslast). Die Begründung muss genügend klar sein, damit die Berufungsinstanz sie ohne weiteres verstehen kann. Dies setzt voraus, dass ein Berufungskläger genau angibt, welche Ausführungen im vorinstanzlichen Entscheid er beanstandet und auf welche Aktenstücke er seine Kritik stützt (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 311 N 36; OGer ZH LC120049 vom 29. April 2013 E. 2.3.3.). Der Gesuchsgegner setzt sich mit den Erwägungen der Vorinstanz, wonach Wohnkosten von Fr. 2'300.– für ihn als alleinstehende Person unter Berücksichtigung der Situation mit den Kindern, aber auch des Wohnungsmarktes in Winterthur und Umgebung, übersetzt und ab April 2016 Wohnkosten von Fr. 1'500.– angemessen seien, in keiner Weise näher auseinander. Vielmehr beschränkt er sich auf Seite 14 der Berufungsschrift (Urk. 72) darauf, teilweise gar wörtlich zu wiederholen, was er hinsichtlich der von ihm geltend gemachten Wohnkosten bereits vor Vorinstanz im Rahmen der Stellungnahme zum (Eheschutz-)Gesuch der Gesuchstellerin vom 15. Dezember 2014 (Urk. 23 S. 11) vorgetragen hat. Ein Bezug zum angefochtenen Entscheid der Vorinstanz wird in den - sich in blossen

- 21 - Wiederholungen erschöpfenden - Ausführungen des Gesuchsgegners in der Berufungsschrift nicht hergestellt; insbesondere geht daraus nicht hervor, inwiefern die Vorinstanz nach Auffassung des Gesuchsgegners Recht falsch angewendet oder einen bestimmten Sachverhalt unrichtig festgestellt haben soll. Der Gesuchsgegner kommt insofern seiner Pflicht gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO, die Berufung zu begründen, nicht ausreichend nach. Es bleibt somit bei den von der Vorinstanz im Bedarf des Gesuchsgegners berücksichtigten Wohnkosten von Fr. 2'300.– bis Ende März 2016 und von Fr. 1'500.– ab 1. April 2016. Lediglich der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass der von der Vorinstanz ab 1. April 2016 im Bedarf des Gesuchsgegners berücksichtigte Mietzins von Fr. 1'500.– nicht zu beanstanden ist. Soweit der Gesuchsgegner sein Bedürfnis nach einer 4 ½-Zimmerwohnung mit dem ehelichen Standard beziehungsweise dem Umstand, dass die Gesuchstellerin in einem 7-Zimmer-Einfamilienhaus wohnt, begründet, ist ihm zunächst folgendes entgegenzuhalten: Die Parteien haben vor Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes zu fünft in der ehelichen Liegenschaft gelebt. Wenn der Gesuchsgegner nunmehr für sich alleine eine 4 ½-Zimmerwohnung beansprucht, resultiert daraus eine Erhöhung der Lebenshaltung, steht ihm alleine damit doch wesentlich mehr Raum zur Verfügung. Sodann ist zu beachten, dass das 7-Zimmer-Einfamilienhaus von der Gesuchstellerin nicht alleine, sondern nach wie vor mit den gemeinsamen Kindern der Parteien bewohnt wird, weshalb sich eine 4 ½-Zimmerwohnung für den Gesuchsgegner alleine auch nicht mit dem unter den Ehegatten herrschenden Gleichbehandlungsgrundsatz legitimieren lässt. Der dem Gesuchsgegner von der Vorinstanz zugebilligte Mietzins von Fr. 1'500.– ist sodann auch im Lichte des Wohnungsmarktes nicht zu kritisieren, ergibt doch ein Blick auf das Immobilienportal www.homegate.ch, dass bereits im Raum Winterthur

diverse Angebote für 2 ½ - 3 ½ - Zimmerwohnungen zu diesem Mietzins gefunden werden können. Im Übrigen hat der Gesuchsgegner vor Vorinstanz nicht geltend gemacht, an den Standort Win-terthur gebunden zu sein, weshalb es ihm auch zuzumuten wäre, innerhalb eines grösseren Radius nach einer Wohnung zu suchen, was das Angebot an verfügbaren Wohnungen in diesem Preissegment noch erhöht. Dem Gesuchsgegner wird auch nicht die Ausübung eines Besuchsrechts verwehrt, ist es ihm doch auch mit

- 22 - dem berücksichtigten Mietzins von Fr. 1'500.– möglich, eine Wohnung mit einem Gästezimmer zu mieten und seinen Kindern eine Übernachtungsmöglichkeit zu bieten. Des Weiteren ist zwar mit dem Gesuchsgegner einig zu gehen, dass Betreibungen grundsätzlich die Wohnungssuche erschweren können. Vergebliche Suchbemühungen betreffend eine günstigere Wohnung wurden vom Gesuchsgegner allerdings weder rechtsgenügend glaubhaft gemacht noch belegt. So erwähnte der Gesuchsgegner lediglich eine einzige Wohnung in Feldmeilen, welche er aufgrund seines Betreibungsregisterauszuges nicht erhalten habe (Urk. 31 S. 27). Im Übrigen wird der Umstand, dass der Gesuchsgegner nicht über einen leeren Betreibungsregisterauszug verfügt, durch die im vorinstanzlichen Entscheid berücksichtigte mehrmonatige Umstellungsfrist entschärft.

E. 3.2

Kleiderkosten des Gesuchsgegners

E. 3.2.1

Die Vorinstanz sah unter Verweis auf einen Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichtes vom 23. November 2004, LP040098, davon ab, Kleiderkosten im Bedarf des Gesuchsgegners zu berücksichtigen (Urk. 73 E. IV.6.2h).

E. 3.2.2

Der Gesuchsgegner moniert, die Vorinstanz habe in seinem Notbedarf keine Position für die Ersetzung der von der Gesuchstellerin zerschnittenen Geschäftsanzüge etc. aufgenommen, obwohl die Gesuchstellerin ihre Untat nie bestritten habe. Am 21. September 2011 habe die Gesuchstellerin ihm 7 Vestons, eine braune Sportjacke, eine graublau Winterjacke, ein kurzärmeliges Hemd, zwei Hosen und sechs blaue Anzüge zerschnitten und somit praktisch seine ganze Geschäftsgarderobe zerstört. Er habe in beiden beruflichen Positionen Kontakt mit Geschäftsleuten und müsse sich angemessen kleiden, weshalb ihm ohne Weiteres Fr. 300.– monatlich für die Ersetzung der Kleider zu gewähren seien (Urk. 72 S. 15 f.). Die Gesuchstellerin stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass dem Gesuchsgegner aufgrund der von der Vorinstanz zitierten Rechtsprechung, aber auch gestützt auf den Umstand, dass sie bestritten habe, alle mit Fotos dokumentierten Kleider zerschnitten zu haben, kein Kleiderbedarf in seinen Bedarf einzurechnen sei. Sie habe bloss einen Anzug zerschnitten. Dazu komme, dass der Gesuchsgegner gemäss Unterhaltsberechnung der Vorinstanz über einen Freibe-

- 23 - trag verfüge, aus welchem er die Kleider finanzieren könne. Die Kleider kaufe der Gesuchsgegner immer in der Türkei. Für einen Anzug bezahle er rund Fr. 100.– (Urk. 86 S. 14).

E. 3.2.3

Gemäss Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichtes des Kantons Zürich betreffend Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums

vom 16. September 2009 kann als Zuschlag zum monatlichen Grundbetrag ein Betrag von Fr. 20.– bis Fr. 60.– für überdurchschnittlichen Kleider- und Wäscheverbrauch berechnet werden. Bei dieser Position sind einerseits typische Berufskleider wie Überziehkleider oder Arbeitsschuhe gemeint, die durch körperliche Arbeit stark verschmutzt und dementsprechend durch häufige Reinigung übermässig abgenutzt werden; andererseits die An- bzw. Wiederbeschaffung solcher Kleider, wenn dafür in Abweichung von Art. 327 OR der Arbeitgeber nicht aufkommen sollte. Keinesfalls kann es jedoch angehen, einen Zuschlag für eine in modischer Hinsicht gepflegte Erscheinung am Arbeitsplatz zu gewähren, wie dies in den meisten Dienstleistungsberufen mit Publikumskontakt erwartet wird (so beispielsweise auch bei Bankangestellten, Rechtsanwälten etc.). Darauf basierende Mehrausgaben sind mit dem Grundbetrag abzudecken (OGer ZH LE120026 vom 3. September 2012 E. 3.3.2.; Phillip Maier, Die konkrete Berechnung von Unterhaltsansprüchen im Familienrecht, dargestellt anhand der Praxis der Zürcher Gerichte seit Inkraftsetzung der neuen ZPO, in: FamPra 2014 S. 326 mit Hinweis auf den Beschluss des OGer ZH LP040098 vom 23. November 2004). Vor diesem Hintergrund ist die Berücksichtigung von Kleiderkosten im Bedarf des Gesuchsgegners ausgeschlossen, zumal der Gesuchsgegner den beanspruchten Betrag mit dem Erwerb der für die Ausübung seines Berufes benötigten Anzüge begründet (Urk. 31 S. 17). Lediglich der Vollständigkeit halber bleibt betreffend die vom Gesuchsgegner geltend gemachte Beschädigung seiner Kleidungsstücke durch die Gesuchstellerin im Jahre 2011 zu bemerken, dass es dem Gesuchsgegner diesbezüglich offenstehen würde - ausserhalb des Eheschutzverfahrens - deliktische Schadenersatzansprüche gegen die Gesuchstellerin geltend zu machen.

E. 3.3

Unterhaltsbeitrag für die mündige Tochter E. _____

- 24 -

E. 3.3.1

Der Gesuchsgegner macht weiter geltend, es sei nicht verständlich, dass die Vorinstanz in seinem Notbedarf keinen Betrag für den Unterhalt für die noch studierende Tochter E. _____ eingesetzt habe. Es müsse in seinem Bedarf ein Betrag von Fr. 1'500.– für E. _____ berücksichtigt werden (Urk. 72 S. 16).

E. 3.3.2

Abgesehen davon, dass es sich beim vom Gesuchsgegner neu in seinem Bedarf geltend gemachten Unterhaltsbeitrag für E. _____ um ein unechtes und damit unzulässiges Novum (Art. 317 Abs. 1 ZPO) handelt, fallen die Leistungen des Gesuchsgegners für seine mündige Tochter bei der Bemessung des Unterhaltsbeitrages für die Gesuchstellerin persönlich (sowie der Unterhaltsbeiträge gegenüber den unmündigen beziehungsweise erst im Verlauf des Eheschutzverfahrens mündig werdenden Kindern) ausser Betracht. Die Unterhaltspflicht gegenüber dem Ehegatten und der Kinderunterhalt geht derjenigen gegenüber dem mündigen Kind vor; die Unterhaltskosten für das mündige Kind dürfen folglich nicht in das (erweiterte) Existenzminimum des unterhaltspflichtigen Ehegatten eingeschlossen werden (BGE 132 III 209 E. 2.3.). Für die Unterstützung der mündigen Tochter E. _____ besteht im Übrigen (bislang) keine rechtskräftige Verpflichtung, so wurde nämlich auf das von E. _____ vor Vorinstanz gestellte Gesuch um Verpflichtung des Gesuchsgegners zur Leistung von monatlich angemessenen Unterhaltsbeiträgen mit

Verfügung vom 11. November 2014 (Urk. 5) nicht eingetreten. Erst im Nachgang wurde - nach Darstellung des Gesuchsgegners - andersorts ein solches Gesuch anhängig gemacht (Urk. 23 S. 5).

- 25 -

E. 4

Einkommen der Gesuchstellerin Schliesslich ist auch das Vorbringen des Gesuchsgegners, wonach die Gesuchstellerin in einem von ihm finanzierten Haus wohne und ihr unter dem Titel Eingenietwert ein monatlicher Betrag von Fr. 2'000.- als Einkommen anzurechnen sei (Urk. 72 S. 15), nicht zielführend. Da der Gesuchsgegner diese Behauptung schon im vorinstanzlichen Verfahren hätte aufstellen können, ist sie im unter E. II.2 hiervor dargelegten Sinn verspätet. Sie ist im Berufungsverfahren unbeachtlich.

E. 5

Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsgegner auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.

E. 6

Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'456.- zu bezahlen.

E. 7

Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

E. 8

Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert liegt über Fr. 30'000.-. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 18. März 2016 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. N. Gerber versandt am: se

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