

ZH_OBERGERICHT LE150075 vom 18. Mai 2016

ZH Obergericht, 2016-05-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE150075

FR: ZH_OBERGERICHT LE150075 du 18 mai 2016

IT: ZH_OBERGERICHT LE150075 del 18 maggio 2016

Erwägungen

E. 1

Die Parteien sind seit dem tt. Mai 2011 verheiratet. Sie haben einen gemeinsamen Sohn, C._____, geboren am tt.mm.2011. Am 28. Mai 2015 hat der Kläger und Berufungsbeklagte (fortan Kläger) die vormals eheliche Wohnung in ... zusammen mit C._____ verlassen (Urk. 1 S. 3; Urk. 3 S. 4). Am 29. Mai 2015 ersuchte er bei der Vorinstanz um den Erlass von Eheschutzmassnahmen. Gleichzeitig beantragte der Kläger, C._____ sei im Sinne einer vorsorglichen Massnahme unter seine alleinige Obhut zu stellen (Urk. 1 S. 2 f.). Die Beklagte und Berufungsklägerin (fortan Beklagte) reichte mit Eingabe vom 1. Juni 2015 ebenfalls ein Eheschutzbegehren ein. Gleichzeitig stellte sie das superprovisorische Begehren, es sei dem Kläger zu verbieten, mit C._____ die Schweiz zu verlassen. Die Daten von C._____ seien ins RIPOL aufzunehmen (Urk. 3 S. 2 f.). Mit Verfügung vom

E. 1.1

Die Vorinstanz sprach der Beklagten persönliche Unterhaltsbeiträge von monatlich Fr. 950.– vom 29. Mai 2015 bis zum 31. August 2015, von Fr. 440.– vom 1. September 2015 bis zum 30. November 2015 sowie von Fr. 410.– ab dem 1. Dezember 2015 zu (Urk. 39 S. 30 ff. und S. 42, Dispositivziffer 6). Für den Fall, dass ihr die Obhut über C._____ nicht zugesprochen werde, beantragt die Beklagte persönliche Unterhaltsbeiträge ab dem 1. Dezember 2015 von Fr. 3'650.– pro Monat (Urk. 38 S. 2, Antrag 6, und 19 f.).

E. 1.2

Die Vorinstanz ging bei der Berechnung des Unterhaltsanspruches ab dem 1. Dezember 2015 von einem (hypothetischen) Einkommen der Beklagten von Fr. 3'900.– aus. Den Bedarf der Beklagten bezifferte sie mit Fr. 3'917.–. Die Vorinstanz erwog, es resultiere ein Manko von Fr. 17.–, welches der Kläger auszugleichen habe. Weiter legte die Vorinstanz das Einkommen des Klägers auf Fr. 8'120.– fest. Sie errechnete für den Kläger (inkl. C._____) einen Bedarf von Fr. 6'949.–. Damit resultiere ein Überschuss von Fr. 1'171.– (Fr. 8'120.– minus Fr. 6'949.–). Den Überschuss verteilte die Vorinstanz im Verhältnis ein Drittel zugunsten der Beklagten und zwei Drittel zugunsten des Klägers. Sie sprach der - 24 - Beklagten einen Unterhaltsanspruch von (gerundet) Fr. 410.– zu (Fr. 17.– plus Fr. 390.35). 2.1. Die Beklagte hat ab dem 1. April 2014 Leistungen der Arbeitslosenkasse von durchschnittlich (ohne Kinderzulagen) netto Fr. 3'020.– pro Monat bezogen (Urk. 39 S. 16). Die Vorinstanz sah es im Wesentlichen als glaubhaft an, dass die Beklagte ihre Anstellung aufgrund gesundheitlicher Probleme gekündigt hatte. Die Beklagte sei jung und gesund. Die zur Kündigung geführten Erschöpfungsstände habe sie mittels Dorntherapie in den Griff bekommen. Die Beklagte habe bisher als Verkäuferin und teilweise als Filialeiterin gearbeitet. Gestützt auf die Angaben der Beklagten sowie das Lohnbuch von Philipp Mülhauser, Ausgabe 2015, ging die Vorinstanz bei einem 100

%-Arbeitspensum von einem erzielbaren Nettolohn von Fr. 3'700.– aus. Weiter erwog sie, die Beklagte sei während der Ehe arbeitstätig gewesen und möchte dies nach eigenen Angaben auch weiterhin sein. Überdies seien keine Gründe ersichtlich, weshalb sie keiner Vollzeitstelle nachgehen könnte. Der Beklagten sei daher nach Ausschöpfung der Taggelder der Arbeitslosenkasse (per 1. Dezember 2015) ein hypothetisches Einkommen von Fr. 3'700.– anzurechnen. Da der Beklagten bei Erwerbstätigkeit zudem Kinderzulagen von Fr. 200.– pro Monat zustünden, sei ab dem 1. Dezember 2015 von einem Einkommen von Fr. 3'900.– auszugehen (Urk. 39 S. 16 ff.). 2.2. Die Beklagte macht mit der Berufung geltend, sie verfüge ab dem 1. Dezember 2015 über kein Einkommen mehr. Sie sei Ende November 2015 ausgesteuert worden. Trotz intensiver Stellensuchbemühungen sei es ihr nicht gelungen, eine Anstellung zu finden. Sie habe alle Kontrollfristen der Arbeitslosenversicherung restlos erfüllt und habe keinen einzigen Einstelltag gehabt. Auch nach der Aussteuerung bewerbe sie sich immer noch intensiv. Mit Verweis auf BGE 128 III 4 ff. E. 4a kommt die Beklagte zum Schluss, es könne ihr kein hypothetisches Einkommen angerechnet werden. Entsprechend sei bei ihr ab dem 1. Dezember 2015 von einem Einkommen von Fr. 0.– auszugehen (Urk. 38 S. 12 ff.). 2.3. Gemäss dem Kläger sind die Vorbringen der Beklagten verspätet und damit unbeachtlich. Die Tatsache des Wegfalls der Taggelder der Arbeitslosen-

- kasse ab 1. Dezember 2015 sei ein unechtes Novum. Sachliche Gründe, weshalb die Beklagte trotz klarer Kenntnis dieses Umstandes vor Vorinstanz keine Eventualbegehren geltend gemacht habe bzw. ab 1. Dezember 2015 von einem möglichen Wegfall des Einkommens (bzw. der ALV-Taggelder) ausgegangen sei, würden nicht vorliegen (Urk. 45 S. 14 f.). Neue Tatsachen werden im Berufungsverfahren - wie bereits dargelegt - nur noch berücksichtigt, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Die genannte Voraussetzung trifft ohne weiteres auf echte Noven zu. Unter einem echten Novum sind Tatsachen zu verstehen, die sich erst nach dem Aktenschluss des erstinstanzlichen Entscheids verwirklicht haben (vgl. BK ZPO II-Sterchi, Art. 317 N 4). Die Tatsache des Wegfalls der Taggelder der Arbeitslosenkasse war den Parteien zwar bereits im Zeitpunkt des vorinstanzlichen Verfahrens bekannt; hingegen hatte sie sich dazumal noch nicht verwirklicht bzw. es war nicht bekannt, ob die Beklagte bis dann eine Arbeitsstelle finden würde. Mit der Aussteuerung und der anhaltenden Arbeitslosigkeit liegt ein echtes Novum vor, welches im Berufungsverfahren geltend gemacht werden kann. Da ein echtes Novum vorliegt, ist auch die Erhöhung der geforderten persönlichen Unterhaltsbeiträge von vor Vorinstanz verlangten Fr. 1'500.– (Urk. 15 S. 1, Antrag 6) auf Fr. 3'650.– (Urk. 38 S. 2, Antrag 6) zulässig (Art. 317 Abs. 2 lit. a und b ZPO i.V.m. Art. 227 Abs. 1 ZPO). Der neu geltend gemachte Anspruch ist in der gleichen Verfahrensart zu beurteilen und steht mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang. 2.4. Im Eheschutzverfahren darf bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen vom tatsächlichen Leistungsvermögen eines Ehegatten abgewichen und stattdessen von einem hypothetischen Einkommen ausgegangen werden, wenn eine entsprechende Einkommenssteigerung möglich und zumutbar ist. Die beiden Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein (vgl. BGer 5A_583/2013 vom 25. September 2013 E. 3.1; BGE 128 III 4 E. 4a). Vorliegend blieb unangefochten, dass der Beklagten eine Anstellung im Verkauf mit einem 100 %-Pensum zumutbar ist, und dass sie mit einer solchen Anstellung ein Einkommen von netto Fr. 3'900.– pro Monat (inkl. Fr. 200.– Kinderzulage) er-

- 26 - zielen kann. Die Beklagte wendet jedoch ein, trotz intensiver Suchbemühungen per 1. Dezember 2015 keine Anstellung gefunden zu haben (Urk. 38 S. 13 f.). Gemäss Kläger blieb die Beklagte den Beweis dafür schuldig, dass sie auch nach Ablauf des Anspruchs auf Taggelder aus der Arbeitslosenversicherung intensiv nach einer Stelle gesucht habe (Urk. 45 S. 15). Aus Urk. 41/5 ergibt sich, dass die Beklagte nach ihrem Wegzug aus ... nach Stein am Rhein ab dem 1. September 2015 bei der Arbeitslosenkasse des Kantons Schaffhausen Taggelder bezogen hat. Die Ausschöpfung der Taggelder erfolgte per 28. Oktober 2015. Aufgrund der im Recht liegenden Urkunden "Nachweis der persönlichen Arbeitsbemühungen" (Urk. 41/6) sowie von diversen Schreiben und Kopien von E-Mail, welche der Beklagten erteilte Absagen dokumentieren (Urk. 41/6), erscheint glaubhaft, dass sich die Beklagte bis gegen Ende November 2015 intensiv um eine Anstellung bemüht hat. Anzeichen dafür, dass sie die Auflagen der Arbeitslosenkassen der Kantone Zürich und Schaffhausen nicht erfüllt hätte, ergeben sich nicht aus den Akten. Damit ist von genügenden Suchbemühungen der Beklagten bis im November 2015 auszugehen. Denn insbesondere der Umstand, dass ein Ehegatte bereits über eine längere Zeit arbeitslos ist und alle Voraussetzungen zum Bezug von Taggeldern erfüllt, ist ohne gegenteilige Anhaltspunkte (z.B. Leistungskürzungen, offensichtlich untaugliche Bewerbungen) ein Indiz dafür, dass er alles unternommen hat, was man vernünftigerweise von ihm verlangen konnte, um seine Arbeitslosigkeit zu vermeiden bzw. zu verkürzen (Six, Eheschutz, Ein Handbuch für die Praxis, 2. Auflage, 2014, N 2.151 mit Hinweis auf 5A_138/2010 vom 8. Juli 2010). Mit dem Kläger ist jedoch davon auszugehen, dass ab Dezember 2015 Behauptungen und Belege dafür, dass sich die Beklagte auch weiterhin intensiv beworben hätte, fehlen. Suchbemühungen werden auch durch die Tatsache, dass die Beklagte seit dem 1. Dezember 2015 vom Sozialamt von Stein am Rhein unterstützt wird (Urk. 52/7), nicht glaubhaft belegt. Bezieht der unterhaltspflichtige Ehegatte Sozialhilfeleistungen, bedeutet dies nicht, dass es ihm nicht möglich ist, ein Erwerbseinkommen zu erzielen (BGer 5A_248/2011 vom 14. November 2011).

- 27 - Es ist somit davon auszugehen, dass die Beklagte trotz intensiver Suchbemühungen bis November 2015 während mehr als eineinhalb Jahren keine Anstellung finden konnte. Bereits aus diesem Grunde rechtfertigt es sich nicht, ihr trotz der nicht belegten derzeitigen Suchbemühungen bereits ab Dezember 2015 ein hypothetisches Einkommen anzurechnen. Vielmehr ist abzuschätzen, wann sie bei anhaltenden genügenden Suchbemühungen eine Anstellung finden könnte. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass die Beklagte vor Vorinstanz und auch im Berufungsverfahren um die Obhut von C. _____ kämpfte. Zwar ist unbestritten, dass die Beklagte auch bei einer Obhutzuteilung an sie wiederum arbeitstätig sein wollte (Prot. Vi S. 23). Doch wurde gerade im Dezember 2015 das Berufungsverfahren angehoben. Der Beklagten war bewusst, dass eine volle Berufstätigkeit ihre grundsätzlich vorhandenen Aussichten auf die Zuteilung der Obhut von C. _____ schmälern würde; dies mit der Argumentation, sie habe weniger Zeit für die persönliche Betreuung des Kindes zur Verfügung als der Kläger. Es ist der Beklagten daher zuzugestehen, dass sie sich in dieser Situation bis zum Entscheid der Kammer über die Frage der Zuteilung der Obhut nicht mehr so intensiv um eine Arbeitsstelle bemühte und sich nicht auf ein bestimmtes Arbeitspensum festlegen wollte. Zudem kann unter den gegebenen Umständen nicht davon ausgegangen werden, dass die Beklagte im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Möglichkeit der rückwirkenden Anrechnung eines hypothetischen Einkommens bis im November 2015 einer vollen Erwerbstätigkeit nachging und eine vorbestehende Unterhaltspflicht erfüllte (vgl. BGer 5A_184/2015 vom

22. Januar 2016 E. 3.2 und BGer 5A_341/2011 vom 20. September 2011 E. 2.5.1). Die Beklagte ist bis anhin zwar Unterhaltspflichten gegenüber C._____ und dem Kläger dahingehend nachgekommen, dass sie mit ihrem Einkommen (später mit den Taggeldern) an den Unterhalt der Familie beitrug. Dies geschah jedoch unter der Prämisse, dass die Parteien zusammen lebten und der Kläger zufolge seiner gesundheitlichen Beeinträchtigungen zu 100 % zu Hause war. Nach der Trennung der Parteien haben sich diese Verhältnisse grundlegend verändert. Der Beklagten ist eine Zeitspanne für die Anpassung an die neuen (nunmehr von der zweiten Instanz bestätigten) Vorgaben, dass ihr die Obhut über C._____ nicht zugeteilt wird und sie zu 100 % arbeitstätig sein muss,

- 28 - zu gewähren. Unter Berücksichtigung der vorangehenden Erwägungen erscheint es angemessen, der Beklagten ein Einkommen von netto Fr. 3'700.– zuzüglich Fr. 200.– Kinderzulage ab dem 1. August 2016 anzurechnen. 3. Unangefochten blieb, dass der Kläger eine volle IV-Rente von Fr. 2'303.– von der Ausgleichskasse Zürcher Arbeitgeber (Urk. 11/6; Urk. 11/7) sowie eine Rente von der Pensionskasse H._____ von Fr. 4'162.60 (Urk. 11/5), damit total Fr. 6'465.60 pro Monat bezieht. Weiter erhält er Kinderrenten von Fr. 921.– aus der Ausgleichskasse und Fr. 732.70 aus der Pensionskasse, damit total Fr. 1'653.70 pro Monat (Urk. 39 S. 15 f.; Urk. 45 S. 18).

E. 3

Mit Verfügung vom 22. Januar 2016 des Einzelgerichts am Bezirksgericht Bülach wurde das von der Beklagten vor Vorinstanz gestellte Protokollberichtigungsbegehren abgewiesen (vorinstanzliche Akten Urk. 42 S. 9, Dispositivziffer 1).

E. 3.1

Beide Parteien haben für das Berufungsverfahren ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege sowie um Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin gestellt (Urk. 38 S. 3; Urk. 45 S. 2, prozessuale Anträge Ziffer 2).

E. 3.2

Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Wenn dies zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist, besteht darüber hinaus ein Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

E. 3.3

Aus den vorangehenden Erwägungen ergibt sich, dass der Kläger seit Einreichung seines Gesuchs und noch bis Ende Juli 2016 ein Manko aufweist (vgl. S. 38 f. E. 6.2). Er hat kein Vermögen (Urk. 11/25). Damit ist der Kläger mittellos im Sinne des Gesetzes. Seine Begehren waren nicht aussichtslos. Es ist dem Kläger die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

E. 3.4

Die Beklagte wird seit dem 1. Dezember 2015 vom Sozialamt von Stein am Rhein unterstützt (Urk. 52/7). Sie hat kein Vermögen (Urk. 11/25). Damit ist die Beklagte mittellos im Sinne des Gesetzes. Da ihre Berufungsbegehren nicht aussichtslos waren, ist ihr die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und in der Person von Rechtsanwältin lic.

iur. X. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

- 43 - Es wird beschlossen:

E. 4

Im Berufungsverfahren können neue Tatsachen nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht wurden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Da im Berufungsverfahren indes auch die Vorschriften über das erstinstanzliche Verfahren sinngemäss anzuwenden sind, stellt sich die Frage, ob in denjenigen Verfahren, in denen der Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären ist, mithin in den Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen, neue Tatsachen und Beweismittel in analoger Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO bis zur Urteilsberatung vorgebracht werden können. Dies ist in der Literatur umstritten. Das Bundesgericht hat eine solche analoge Anwendung abgelehnt und festgehalten, dass einzig Art. 317 Abs. 1 ZPO massgeblich sei (BGE 138 III 626f. E. 2.2). Auch in den Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen, ist deshalb Art. 317 Abs. 1 ZPO zu beachten. Dies gilt auch bei Verfahren in Kinderbelangen, in denen gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO der Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen ist. Unechte Noven, die bei zumutbarer Sorgfalt bereits vor erster Instanz hätten geltend gemacht werden können, können daher grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden, es sei denn, eine Partei rüge, die

- 7 - Vorinstanz habe eine bestimmte Tatsache in Verletzung der Untersuchungsmaxime nicht beachtet (Hohl, Procédure civile, Tome II, Deuxième Edition, Rz. 2414 f.). Solche unechten Noven sind im Sinne von Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO ohne Verzug, d.h. mit der Berufungsbegründung bzw. der Berufungsantwort vorzubringen. Nach Berufungsbegründung und -antwort können nur noch echte Noven vorgebracht werden, und zwar längstens bis zum Beginn der Urteilsberatung. Dies gilt auch für Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen (BGE 138 III 788 E. 4.2; Hohl, a.a.O., Rz 1172).

E. 4.1

Die Vorinstanz ging für die Phase ab dem 1. Dezember 2015 bei der Beklagten von folgendem Bedarf aus (Urk. 39 S. 20 ff., insbesondere S. 34): Grundbetrag: Fr. 1'200.– Wohnkosten inklusive Nebenkosten (jedoch ohne Stromkosten): Fr. 1'600.– Krankenkasse (KVG): Fr. 206.– Haftpflicht-/Mobiliarversicherung: Fr. 30.– Kommunikation und Mediennutzung: Fr. 120.– Auslagen für Arbeitsweg/Mobilität: Fr. 123.– Auswärtige Verpflegung: Fr. 218.– Schulden: Fr. 150.– Steuern: Fr. 270.– Total: Fr. 3'917.–

E. 4.2

Eingesetzt wurde der Grundbetrag gemäss den Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. September 2009 für einen alleinstehenden Schuldner, welcher nicht in einer Haushaltgemeinschaft mit einer erwachsenen Person lebt (II. Ziffer 1.2). Die Beklagte lebt seit dem 1. September 2015 bei ihrem neuen Partner in dessen Liegenschaft in Stein am Rhein (Urk. 11/11; Urk. 38 S. 15). Der Kläger beantragt deshalb, es sei der Grundbetrag von Fr. 1'100.– für eine Person, welche in einer Haushaltgemeinschaft mit einer erwachsenen Person lebt, einzusetzen (Urk. 45 S. 16; Kreisschreiben II. Ziffer 1.1). Dem ist zu beizupflichten. Die Beklagte lebt mit ihrem Partner in einer sog. (einfachen) Wohn- und Lebensgemeinschaft, die Einsparungen mit sich bringt. Dabei spielt es keine

Rolle, ob die Beziehung der beiden "nach wie vor sehr

- 29 - frisch" ist (Urk. 56 S. 8). Ein Abstellen auf die aktuellen wirtschaftlichen Verhältnisse und damit die momentan tatsächlich vorhandenen Einsparungen ist insofern gerechtfertigt, als der eheliche Unterhalt - im Gegensatz zum nachehelichen Unterhalt (vgl. Art. 129 ZGB) - unter erleichterten Voraussetzungen an veränderte Verhältnisse angepasst und auch ohne weiteres nachträglich erhöht werden kann. Entscheidend ist daher nicht die Dauer der Partnerschaft, sondern der wirtschaftliche Vorteil, der daraus gezogen wird (vgl. zum Ganzen BGE 138 III 97 E. 2.3.1 und 2.3.2 je mit Hinweisen). Es ist ein Grundbetrag von Fr. 1'100.- einzusetzen.

E. 4.3

Die Beklagte lebte im Zeitpunkt des Erlasses des vorinstanzlichen Urteils noch in der vormals ehelichen Wohnung in Die Vorinstanz ging für die Phase ab dem 1. Dezember 2015 bei der Beklagten für die Region Bülach von (hypothetischen) Wohnkosten von Fr. 1'600.- aus (Urk. 39 S. 22). Die Beklagte beantragt die Beibehaltung dieses Betrages (Urk. 38 S. 15). Gemäss Kläger sind aufgrund der veränderten Gegebenheiten bei der Beklagten (Zusammenleben mit dem neuen Partner in dessen Eigenheim) Wohnkosten von maximal Fr. 1'200.- einzusetzen (Urk. 45 S. 16 f.). Vorab kann auf die vorangehenden Ausführungen verwiesen werden. Die Einsparung der Beklagten, welche sie dadurch erzielt, dass sie mit ihrem neuen Partner zusammen lebt, ist zu berücksichtigen. Die Beklagte behauptet nicht, wie hoch der Wohnkostenanteil ist, welchen sie ihrem Partner zu bezahlen hat. Sie hat keine Behauptungen aufgestellt oder Belege eingereicht, aus welchen sich die für die Liegenschaft ihres Partners anfallenden Kosten ergeben würden. Mit dem Kläger ist davon auszugehen, dass derzeit die Hypothekarzinsen für ein Eigenheim oft massiv günstiger sind als die Mietkosten für ein entsprechendes Wohnobjekt (Urk. 45 S. 16). Es ist daher von den seitens des Klägers maximal anerkannten Fr. 1'200.- auszugehen.

E. 4.4

Aufgrund der vorangehenden Ausführungen ist der Betrag für die Haftpflicht-/Mobiliarversicherung gemäss dem Antrag des Klägers von vorinstanzlich eingesetzten Fr. 30.- auf Fr. 15.- pro Monat zu senken (Urk. 45 S. 17).

- 30 -

E. 4.5

Die Beklagte macht zufolge ihres Umzuges nach Stein am Rhein unter der Bedarfsposition Mobilität neu Fr. 240.- pro Monat geltend (Urk. 38 S. 16). Der Kläger anerkennt diesen Betrag (Urk. 45 S. 17).

E. 4.6

Wie vorangehend dargelegt, ist der Beklagten ab dem 1. August 2016 ein hypothetisches Einkommen basierend auf einem Arbeitspensum von 100 % anzurechnen. Entsprechend sind im Bedarf der Beklagten ab diesem Zeitpunkt die von der Vorinstanz eingesetzten (Urk. 39 S. 25) und grundsätzlich anerkannten Fr. 218.- pro Monat für auswärtige Verpflegung zu berücksichtigen (vgl. Urk. 12 S. 23 und Urk. 45 S. 17).

E. 4.7

Die Beklagte hat vor Vorinstanz unter dem Titel Selbstbehalt/Franchise Arztkosten Fr. 100.- pro Monat geltend gemacht. Sie führte an, sie besuche regelmässig die

Dorntherapie, welche ihr seit der Erkrankung anfangs 2014 helfe, ihre Arbeitstätigkeit aufrecht zu erhalten. Sie sei dringend auf diese Behandlungen angewiesen. Sie habe 20 % der Kosten selber zu tragen. Darüber hinaus sei es gerichtsnotorisch, dass Kinder immer wieder mal krank würden und Arztbesuche nötig seien (Urk. 15 S. 14). Die Vorinstanz setzte die Kosten im Bedarf der Beklagten nicht ein. Sie erwog, dass Gesundheitskosten, die von der obligatorischen Krankenkasse nicht erfasst seien, unberücksichtigt blieben (Urk. 39 S. 30 mit Hinweis auf Jann Six, a.a.O., N 2.110). Die Beklagte führt in der Berufungsschrift die Fr. 100.– wiederum in ihrem Bedarf auf (Urk. 38 S. 18 f.), ohne sich jedoch mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinanderzusetzen. Auf die Ausführungen der Vorinstanz kann verwiesen werden. Für die Dorntherapie anfallende Kosten hat die Beklagte aus einem allfälligen Überschuss zu bezahlen.

E. 4.8

Unangefochten blieben die Positionen Krankenkasse (Fr. 206.–) und Kommunikation und Mediennutzung (Fr. 120.–).

E. 4.9

Die Vorinstanz hat bei der Beklagten für die Phase ab dem 1. Dezember 2015 Fr. 150.– pro Monat zur Schuldentilgung eingesetzt. Sie hat diesen Betrag eingesetzt für die Tilgung der Steuerschulden der Parteien für das Jahr 2014 bei der Gemeinde ... von total Fr. 7'274.55 (Urk. 11/23). Die Vorinstanz ging davon aus, dass diese Schuld nach den Einkommen der Parteien zu verteilen sei und

- 31 - zwar 75 % an den Kläger und 25 % an die Beklagte. Im Ergebnis rechnete sie bei der Beklagten ab dem 1. September 2015 Fr. 150.– pro Monat ein (Urk. 39 S. 26 und S. 32 ff.). Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung gehen persönliche, nur einen Ehegatten betreffende Schulden gegenüber Dritten - auch gegenüber dem Fiskus - der familienrechtlichen Unterhaltspflicht nach und gehören nicht zum (allenfalls erweiterten) Existenzminimum, sondern sind nach dem Ermessen des Sachgerichts im Rahmen einer allfälligen Überschussaufteilung zu berücksichtigen. Zum Bedarf hinzuzurechnen sind nur diejenigen regelmässig abbezahlten Schulden, welche die Ehegatten für den gemeinsamen Lebensunterhalt aufgenommen haben (BGer 5A_923/2012 vom 15. März 2013, E. 3.1 mit Hinweisen). Gleich zu verfahren ist mit den Schulden für die Zeit der gemeinsamen Besteuerung. Entgegen der von der Vorinstanz vertretenen Auffassung (Urk. 39 S. 25 f., E. 6.9.12.1) genügt es gemäss der zitierten Rechtsprechung jedoch nicht, dass eine Schuld regelmässig abzubezahlen ist; vielmehr muss von demjenigen, welcher sie in seinem Bedarf berücksichtigt haben will, zudem glaubhaft gemacht werden, dass er die Schuld auch effektiv regelmässig abbezahlt. Die Beklagte behauptet nicht, ab dem 1. September 2015 je einen Betrag an das Steueramt der Gemeinde ... zwecks Abzahlung der Steuerschulden 2014 überwiesen zu haben. Damit sind die Fr. 150.– in ihrem Bedarf nicht zu berücksichtigen.

E. 4.10

Die Vorinstanz berücksichtigte bei der Beklagten ab 1. Dezember 2015 eine monatliche Steuerbelastung von Fr. 270.– (Urk. 39 S. 29 und S. 34). Dieser Betrag wurde von der Beklagten für den Fall, dass ein Überschuss besteht und nicht auf den Notbedarf der Parteien abgestellt werden muss, nicht bestritten (Urk. 38 S. 17 f.). Es sind im Bedarf der Beklagten Fr. 270.– einzusetzen.

E. 4.11

Damit ergibt sich für die Beklagte der folgende Bedarf: Grundbetrag: Fr. 1'100.–
Wohnkosten inklusive Neben- kosten (jedoch ohne Stromkosten): Fr. 1'200.–

- 32 - Krankenkasse (KVG): Fr. 206.– Haftpflicht-/Mobiliarversicherung: Fr. 15.–
Kommunikation und Mediennutzung: Fr. 120.– Auslagen für Arbeitsweg/Mobilität: Fr.
240.– Notbedarf: Fr. 2'881.– Steuern: Fr. 270.– Erweiterter Bedarf: Fr. 3'151.– Ab dem 1.
August 2016 sind zusätzlich Fr. 218.– für die Position auswärtige Ver- pflegung zu
berücksichtigen. Es ergibt sich ein erweiterter Bedarf von Fr. 3'369.–.

E. 5

Mit der vorliegenden Berufung nicht angefochten werden die Dispositivzif- fern 1, 5 und 7 bis 11. Dispositivziffer 6 wird nur insoweit angefochten, als der Be- klagten ein persönlicher Unterhaltsanspruch von Fr. 410.– ab dem 1. Dezember 2015 zugesprochen wurde (Urk. 38 S. 12). Die Rechtskraft der nicht angefochte- nen Dispositivziffern ist vorzumerken. Sie trat ein, sobald die Berufungsfrist für sämtliche zum Rechtsmittel legitimierten Parteien abgelaufen war, damit am 11. Dezember 2015 (vgl. zum Zeitpunkt BK-Sterchi, Band II, Art. 315 N 4; Urk. 37).

E. 5.1

Für den Kläger und C._____ ging die Vorinstanz für die Phase ab dem 1. Dezember 2015 von folgendem Bedarf aus (Urk. 39 S. 20 ff., insbesondere S. 34): Grundbetrag Kläger: Fr. 1'350.– Grundbetrag C._____: Fr. 400.– Wohnkosten inklusive Neben- kosten (jedoch ohne Stromkosten): Fr. 1'850.– Krankenkasse (KVG): Fr. 260.– Krankenkasse C._____ (KVG/VVG): Fr. 109.– Haftpflicht-/Mobiliarversicherung: Fr. 30.– Kommunikation und Mediennutzung: Fr. 150.– Auslagen für Arbeitsweg/Mobilität: Fr. 400.– Schulden: Fr. 1'775.– Steuern: Fr. 625.– Total: Fr. 6'949.–

E. 5.2

Unangefochten blieben die Positionen Grundbetrag Kläger und Grund- betrag C._____ von Fr. 1'350.– und Fr. 400.–.

E. 5.3

Die Wohnkosten des Klägers belaufen sich seit dem 1. November 2015 anerkanntermassen auf Fr. 1'700.– pro Monat (Urk. 45 S. 18; Urk. 49/5; Urk. 56 S. 8).

E. 5.4

Die Krankenkassenprämie des Klägers beträgt neu anerkanntermassen Fr. 368.20 und jene von C._____ Fr. 79.50 (Urk. 45 S. 19 f.; Urk. 49/6+7; Urk. 56 S. 8).

E. 5.5

Für die Kommunikationskosten und die Billag sind die geltend gemach- ten Fr. 139.– einzusetzen (Urk. 45 S. 20). Weiter sind die von der Vorinstanz ein-

- 33 - gesetzten Fr. 30.– für die Hausrat- und Haftpflichtversicherung zu berücksichti- gen.

E. 5.6

Aufgrund der "nachweislichen gesundheitlichen Probleme" des Klägers sprach die Vorinstanz seinem Fahrzeug Kompetenzcharakter zu (Urk. 39 S. 24). Die Beklagte bestreitet den Kompetenzcharakter. Der Kläger arbeite nicht. Eine medizinische

Notwendigkeit für ein Fahrzeug bestehe nicht (Urk. 38 S. 16; Urk. 56 S. 8). Der Kläger hat keine ärztliche Bestätigung eingereicht, welche belegt, dass er aus medizinischen Gründen auf ein Fahrzeug angewiesen ist. Zwar führt die Physiotherapeutin E._____ Gangprobleme und Gleichgewichtsstörungen des Klägers an (vgl. vorangehend S. 9 f. und Urk. 13/15), doch lässt auch ihr Bericht nicht glaubhaft erscheinen, dass der Kläger aus medizinischen Gründen zwingend auf ein Fahrzeug angewiesen wäre. Der Kläger lebt seit der Trennung der Parteien in Zürich. Die Stadt weist ein sehr gutes öffentliches Verkehrsnetz auf. Das soziale Netz des Klägers befindet sich in Zürich (Prot. Vi S. 20), insbesondere leben dort (in seiner unmittelbaren Nähe) seine Eltern und seine Schwester. C._____ besucht in Zürich die Krippe und wird dort eingeschult werden. Der Kläger arbeitet nicht. Er hat Zeit, sich seinen Tag einzuteilen. Wie von ihm selbst angeführt, ist C._____ bekannt, dass er Pausen machen muss (Prot. Vi S. 21). Es ist nicht ersichtlich, wieso er auf ein Fahrzeug angewiesen sein soll, um C._____ gut in die Kinderkrippe und zu seinen Freizeitaktivitäten bringen zu können. Für schwerere Besorgungen können Hauslieferdienste beigezogen werden (Urk. 12 S. 25). Der Kompetenzcharakter des Fahrzeuges ist zu verneinen, weshalb die vom Kläger geltend gemachten Kosten von total rund Fr. 826.– pro Monat (Fr. 662.05 Leasingrate plus [gerundet] Fr. 164.– für die Kosten der Motorfahrzeugversicherung sowie die Strassenverkehrsabgaben [Fr. 1'768.80 plus Fr. 199.– durch 12]) nicht zu berücksichtigen sind (Urk. 45 S. 20). Es sind beim Kläger die von der Beklagten geltend gemachten und dem Betrage nach nicht bestrittenen Auslagen von Fr. 84.– pro Monat für ein ZVV-Abonnement für zwei Zonen, damit die Stadt Zürich, zu berücksichtigen (Urk. 38 S. 16; Urk. 45 S. 20).

- 34 -

E. 5.7

Es ist unbestritten, dass C._____ mindestens an einem Morgen pro Woche die Kinderkrippe besucht, da der Kläger in dieser Zeit seinen wöchentlichen Termin bei der Physiotherapeutin wahrnimmt (Urk. 45 S. 21; Urk. 56 S. 2). Die geltend gemachten Kosten für die Krippe von Fr. 252.– pro Monat sind belegt (Urk. 49/2). Sie sind in den Bedarf des Klägers aufzunehmen. Zu beachten ist hingegen, dass C._____ ab dem Schuljahr 2016/2017 den Kindergarten besuchen wird. Ab diesem Zeitpunkt ist die Betreuung durch eine Krippe nicht mehr nötig. Entsprechend sind die Kosten nur bis und mit Juli 2016 zu berücksichtigen.

5.8.1. Die Vorinstanz hat im Bedarf des Klägers ab dem 1. Dezember 2015 monatlich (gerundet) Fr. 1'775.– für die Rückzahlung von Schulden berücksichtigt (Urk. 39 S. 34): Fr. 1'325.45 für einen bei der I._____ AG aufgenommenen Kredit (Urk. 39 S. 27) und Fr. 450.– für die Steuerschulden 2014 (Urk. 39 S. 26).

5.8.2. Der Kläger hat am 22. September 2014 bei der I._____ AG einen Kredit aufgenommen. Der Darlehensbetrag betrug Fr. 40'000.–. Hinzu kamen Zinsen und Kosten von Fr. 7'716.20, womit sich eine Gesamtsumme von Fr. 47'716.20 ergab. Diese Summe sollte vereinbarungsgemäss in 36 Monatsraten à je Fr. 1'325.45 zurückbezahlt werden. Die erste Rate war am 31. Oktober 2014 fällig (Urk. 11/28). Die Beklagte bestreitet in der Berufung nach wie vor, dass der Kredit für den Unterhalt der Familie verwendet worden sei (Urk. 15 S. 11 f.; Urk. 38 S. 17). Sodann sei dessen regelmässige Rückzahlung nicht belegt (Urk. 56 S. 3 f.). Gemäss dem Kläger sind in seinem Bedarf monatliche Raten von Fr. 1'458.– zu berücksichtigen (Urk. 45 S. 21). Wie bereits dargelegt (vgl. vorangehend S. 30 f. E. 4.9), sind zum Bedarf nur diejenigen regelmässig abbezahlten Schulden hinzuzurechnen, welche die Ehegatten für den gemeinsamen Lebensunterhalt aufgenommen haben. Der Kläger hat vor Vorinstanz weder

behauptet noch belegt, dass er die Kreditraten an die I. _____ AG regelmässig bezahlt. In der Berufung legt er nunmehr eine Kopie eines Einzahlungsscheines über einen Betrag von Fr. 1'458.– an die I. _____ AG ins Recht, auf welchem sich der handschriftliche Vermerk "bez. 5.1.16" sowie ein Kürzel befindet (Urk. 49/11). Mit der Beklagten ist davon auszugehen, dass der kopierte Einzahlungsschein mit dem handschriftlichen Vermerk eine regelmässige

- 35 - Zahlung der Raten nicht glaubhaft belegt (Urk. 56 S. 3 f.). Hat der Kläger die Zahlung effektiv via E-Banking getätigt, wäre es ihm ein leichtes gewesen, einen Ausdruck der vorgenommenen Zahlung einzureichen. Auch hätte beim betreffenden Kreditinstitut eine Aufstellung der eingegangenen Zahlungen angefordert und hernach eingereicht werden können. Der Kläger führt nicht an, um wessen Kürzel es sich auf dem Einzahlungsschein handelt. Es erscheint nicht glaubhaft, dass ihm von jemandem die Bezahlung des Betrages quittiert wurde. Belegt wird denn auch nur eine einzige Zahlung anfangs Januar 2016. Zudem bleibt der Kläger eine Erklärung dafür schuldig, wieso die monatliche Rate von Fr. 1'325.45 auf Fr. 1'458.– angestiegen ist. Diese Tatsache zeugt nicht von regelmässig vorgenommenen Zahlungen der ursprünglich vereinbarten Raten, sondern von Ausständen. Da die regelmässige Zahlung der Raten nicht glaubhaft erscheint, kann offen bleiben, ob der Kredit zur Deckung von gemeinsamen Lebenshaltungskosten verwendet wurde. 5.8.3. Weiter beruft sich der Kläger darauf, wie bereits vor Vorinstanz geltend gemacht, dass die Parteien über massive Steuerschulden verfügten, welche er abbezahle. So bezahle er die ausstehenden Staats- und Gemeindesteuern 2013 mit monatlichen Raten von Fr. 500.– ab (Urk. 45 S. 21, mit Hinweis auf Urk. 12 S. 26 und Urk. 11/23-27; Urk. 49/10). Sobald er diese Schulden beglichen habe (voraussichtlich im März 2016), werde er damit beginnen, die bis heute noch unbezahlten Staats- und Gemeindesteuern des Jahres 2014 abzubezahlen. Von dieser Steuerschuld von Fr. 7'274.55 sei bis anhin nichts abbezahlt worden. Er habe dieses Vorgehen mit dem zuständigen Steuerkommissär, Herrn J. _____ von der Gemeinde ..., so besprochen. Folglich müssten in seinem Bedarf weiterhin monatlich Fr. 500.– für die Abzahlungsraten der gemeinsamen Steuerschulden berücksichtigt werden (Urk. 45 S. 20 f.). Gemäss Beklagter gehen auch die Steuerschulden den familienrechtlichen Pflichten nach. Im Weiteren sei die Bezahlung der Schulden nicht belegt (Urk. 56 S. 8). Gemäss dem von den Parteien mit der Stadt Zürich im Februar 2015 getroffenen Zahlungsabkommen betreffend die Steuern 2013 war der Ausstand von Fr. 11'023.65 in fünf monatlichen Raten à Fr. 1'837.– und einer Rate à

- 36 - Fr. 1'838.65 zu bezahlen. Die erste Rate war zahlbar bis zum 28. Februar 2015, die letzte Rate bis zum 31. Juli 2015 (Urk. 11/25; Urk. 11/27). Es wurde von keiner Partei behauptet, dass ein Teil dieser Schuld bei Einleitung des vorliegenden Verfahrens per Ende Mai 2015 bereits beglichen war. Weiter war unbestritten, dass die ausstehenden Steuern für das Jahr 2014 bei der Gemeinde ... sich auf Fr. 7'274.55 beliefen (Urk. 11/23+24). Somit ergaben sich gemeinsame Steuerschulden von Fr. 18'298.20. In der Berufung unbestritten blieb nun, dass im Januar 2016 noch rund Fr. 8'300.– an gemeinsamen Staats- und Gemeindesteuern offen waren: Fr. 1'000.– (Raten à je Fr. 500.– für Februar und März 2016) für die Steuerschulden 2013 bei der Stadt Zürich und Fr. 7'274.55 für die Steuerschulden 2014 bei der Gemeinde Damit ist glaubhaft erstellt, dass der Kläger in der Zeit zwischen Mai 2015 und Januar 2016 Abzahlungen von rund Fr. 10'000.– getätigt hat. Entsprechend sind in seinem Bedarf ab dem Dezember 2015 Fr. 500.– zu berücksichtigen. Es erscheint glaubhaft, dass er auch weiterhin Zahlungen in diesem Umfang

vornehmen wird. 5.8.4. Weiter macht der Kläger geltend, er habe aufgrund seines Hirninfarktes bzw. seiner Hirnblutung vom 25. Oktober 2010 bis zum 2. Oktober 2015 ein Haftpflichtverfahren gegen das behandelnde Spital geführt. Das Mandat habe ohne Erfolg beendet werden müssen. Nunmehr "sitze" er auf Anwaltskosten von Fr. 17'147.10. Die Kosten seien erst nach dem erstinstanzlichen Verfahren angefallen. Gemäss obergerichtlicher Rechtsprechung müssten sie innert zwei Jahren abbezahlt werden, weshalb Fr. 715.– pro Monat in seinem Bedarf zu berücksichtigen seien (Urk. 45 S. 21 f.; Urk. 49/12). Bei den geltend gemachten Kosten handelt es sich offensichtlich nicht um solche, welche für gemeinsame Lebenshaltungskosten während des Zusammenlebens angefallen sind. Sie sind im Bedarf des Klägers nicht zu berücksichtigen. Gleich verhält es sich mit den Leasingraten von Fr. 662.05 pro Monat (Urk. 11/19), welche zufolge des fehlenden Kompetenzcharakters des Fahrzeuges des Klägers nicht berücksichtigt werden können. Es wird auf diese Positionen bei der Frage der Aufteilung eines allfälligen Überschusses zurückzukommen sein.

- 37 -

E. 5.9

Beim Kläger ist von einem Renteneinkommen von rund Fr. 8'120.– pro Monat bzw. Fr. 97'440.– pro Jahr auszugehen. Hiervon abzuziehen ist der Kinderabzug von Fr. 9'000.–. Abgezogen werden können im Weiteren die an den getrennt lebenden Ehegatten zu zahlenden Unterhaltsbeiträge. Aufgrund der nachfolgenden Erwägungen rechtfertigt es sich, weitere Fr. 8'400.– (12 x Fr. 700.–) abzuziehen. Es ergibt sich ein steuerbares Einkommen von rund Fr. 80'000.–. Vermögen besitzt der Kläger nicht (Urk. 11/24; Urk. 11/25). Die einfache Staats- und Gemeindesteuer (getrennt, Einzelertariff, Konfession andere) beläuft sich gemäss dem Steuerrechner des Kantons Zürich (abrufbar via www.steuern.ch) auf Fr. 7'483.15 bzw. Fr. 623.60 pro Monat. Die Direkte Bundessteuer beträgt Fr. 1'071.– bzw. Fr. 89.25 pro Monat. Es ergibt sich eine Steuerbelastung von (abgerundet) Fr. 710.–.

E. 5.10

Damit ergibt sich für den Kläger und C._____ der folgende Bedarf: Grundbetrag Kläger: Fr. 1'350.– Grundbetrag C._____: Fr. 400.– Wohnkosten inklusive Nebenkosten (jedoch ohne Stromkosten): Fr. 1'700.– Krankenkasse (KVG): Fr. 368.20 Krankenkasse C._____ (KVG/VVG): Fr. 79.50 Haftpflicht-/Mobiliarversicherung: Fr. 30.– Kommunikation und Mediennutzung: Fr. 139.– Auslagen für Arbeitsweg/Mobilität: Fr. 84.– Fremdbetreuungskosten C._____: 252.– Notbedarf: Fr. 4'402.70 Schulden: Fr. 500.– Steuern: Fr. 710.– Erweiterter Bedarf: Fr. 5'612.70 Ab dem 1. August 2016 entfallen die Fremdbetreuungskosten von Fr. 252.–. Es ergibt sich ein erweiterter Bedarf von Fr. 5'360.70.

E. 6

Auf die Ausführungen der Parteien wird nachfolgend nur soweit notwendig eingegangen. II. A) Zuteilung der Obhut 1. Die Zuteilung der Obhut für C._____ ist umstritten. Die Vorinstanz hat C._____ für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut des Klägers gestellt. Sie erwog, es sei dem Kläger aufgrund seiner hundertprozentigen IV-Berentung grundsätzlich möglich, C._____ persönlich zu betreuen. Die Beklagte dagegen sei auf der Suche nach einer Vollzeitstelle. Entsprechend müsste sie C._____ während ihren Arbeitszeiten fremdbetreuen lassen. Bei der Obhutzuteilung sei daher grundsätzlich dem

Kläger der Vorzug zu geben (Urk. 39 S. 8 f. E. 3.5.1). Im Wei-

- 8 - teren kam die Vorinstanz zum Schluss, es würden keine begründeten Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Kläger aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage wäre, sich um C._____ zu kümmern. Die Beklagte spreche ihm die grundsätzliche Erziehungsfähigkeit auch nicht ab (Urk. 39 S. 9 f. E. 3.5.2). 2. Der Begriff der Obhut hat mit dem neuen Recht eine reduzierte Bedeutung erhalten. Er schliesst das Aufenthaltsbestimmungsrecht nicht mehr mit ein. Dieses ist nun Teil der elterlichen Sorge, welche vorliegend bei beiden Eltern verbleibt. Unter Obhut zu verstehen ist neu nur noch die faktische Betreuung des Kindes in Hausgemeinschaft (früher: sog. faktische Obhut), d.h. die Befugnis, mit dem minderjährigen Kind in häuslicher Gemeinschaft zu leben, die tägliche Betreuung des Kindes und die Ausübung der Rechte und Pflichten betreffend die alltägliche Pflege und Erziehung (Büchler/Maranta, Das neue Recht der elterlichen Sorge - Unter besonderer Berücksichtigung der Aufgaben der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, in: Jusletter vom 11. August 2014, S. 5). Für die Zuteilung der Obhut an einen Elternteil im Rahmen eines Eheschutzverfahrens gelten grundsätzlich die gleichen Kriterien wie im Scheidungsfall. Nach der Rechtsprechung hat das Wohl des Kindes Vorrang vor allen anderen Überlegungen, insbesondere vor den Wünschen der Eltern. Vorab muss die Erziehungsfähigkeit der Eltern geklärt werden. Ist diese bei beiden Elternteilen gegeben, sind vor allem Kleinkinder und grundschulpflichtige Kinder demjenigen Elternteil zuzuteilen, der die Möglichkeit hat und dazu bereit ist, sie persönlich zu betreuen. Erfüllen beide Elternteile diese Voraussetzung ungefähr in gleicher Weise, kann die Stabilität der örtlichen und familiären Verhältnisse ausschlaggebend sein. Schliesslich ist - je nach Alter der Kinder - ihrem eindeutigen Wunsch Rechnung zu tragen. Diesen Kriterien lassen sich die weiteren Gesichtspunkte zuordnen, namentlich die Bereitschaft eines Elternteils, mit dem anderen in Kinderbelangen zusammenzuarbeiten, oder die Forderung, dass eine Zuteilung der Obhut von einer persönlichen Bindung und echter Zuneigung getragen sein sollte (BGer 5A_115/2015 vom 1. September 2015 E. 5.1 mit Hinweisen). 3. Vorliegend beantragt keine Partei, C._____ sei unter die gemeinsame Obhut beider Eltern zu stellen. Eine derartige Lösung wäre derzeit auch nicht an-

- 9 - gezeigt. Der Kläger wohnt in Zürich, die Beklagte in Stein am Rhein. C._____ wird ab dem Schuljahr 2016/2017 den Kindergarten besuchen. Ein tägliches oder wöchentliches Hin- und Herpendeln zwischen den beiden Wohnorten stünde nicht im Kindeswohl.

E. 6.1

Es ist der Unterhaltsanspruch der Beklagten zu berechnen. Die Vorinstanz ist nach der zweistufigen Methode vorgegangen. Bei der zweistufigen Methode werden von den gemeinsamen Einkünften der Parteien zunächst die beidseitigen Notbedarfe abgezogen. Ein (allenfalls) verbleibender Überschuss ist unter den Parteien aufzuteilen. Je nach den konkreten (wirtschaftlichen) Verhältnissen kann es sich für die Zwecke der Unterhaltsberechnung rechtfertigen, den

- 38 - (betriebsrechtlichen) Notbedarf um gewisse Bedarfspositionen, insbesondere die Steuern, zu erweitern (BGer 5A_425/2015 vom 5. Oktober 2015, E. 3.3, mit Hinweis auf BGer 5A_1003/2014 vom 26. Mai 2015, E. 4.2.1). Die Vorinstanz hat bei ihrer Berechnung einerseits bei den Einkünften des Klägers die Kinderrenten hinzugerechnet. Andererseits hat sie den gemeinsamen Bedarf des Klägers und von C._____ in Abzug gebracht. Dieser Vorgehensweise kann nicht gefolgt werden. Wie dargelegt, erhält der Kläger für C._____

derzeit Kinderrenten aus der 1. und 2. Säule von gesamthaft Fr. 1'653.70 pro Monat. Diese Renten stehen dem Kinde zu respektive dienen dessen Unterhalt (vgl. Art. 285 ZGB). Es sollen aus diesen Geldern keine Unterhaltszahlungen an die Beklagte finanziert werden. Es sind daher vom für den Kläger und C._____ berechneten Bedarf die Kosten von C._____ abzuziehen. Die Kosten belaufen sich auf total Fr. 1'382.– (Fr. 400.– Grundbetrag, Fr. 600.– Anteil Wohnkosten, Fr. 80.– Krankenkasse, Fr. 40.– Anteil Kommunikation und Mediennutzung, Fr. 10.– Anteil Hausrat- und Haftpflichtversicherung und Fr. 252.– Fremdbetreuungskosten). Es ist beim Kläger allein von einem Notbedarf von Fr. 3'020.70 (Fr. 4'402.70 minus Fr. 1'382.–) sowie einem erweiterten Bedarf von Fr. 4'230.70 (Fr. 5'612.70 minus Fr. 1'382.–) auszugehen. Der Wegfall der Fremdbetreuungskosten von Fr. 252.– per 1. August 2016 führt zu keiner Veränderung der Beträge, da sich sowohl der Gesamtbedarf als auch die Kosten von C._____ um je Fr. 252.– reduzieren. Wie bereits erwähnt, sollen aus den Kinderrenten keine Unterhaltszahlungen an die Beklagte finanziert werden. Die Renten sollen vielmehr voll und ganz dem Kinde zugute kommen. Dennoch ist vorliegend zu beachten, dass auch bei der nicht obhutsberechtigten Beklagten Kosten für C._____ anfallen (z.B. bei Ausübung des Besuchsrechts am Wochenende). Es rechtfertigt sich daher, beim Einkommen der Beklagten die Kinderzulagen von monatlich Fr. 200.– nicht miteinzubeziehen. Es ist ihr ein Nettoeinkommen ab dem 1. August 2016 von Fr. 3'700.– anzurechnen. Es wurde bereits festgestellt, dass Dispositivziffer 5 des vorinstanzlichen Entscheids, welcher die Beklagte mangels Leistungsfähigkeit von der Zahlung von Kinderunterhaltsbeiträgen befreit, in Rechtskraft erwachsen ist. Die Beklagte sei an dieser Stelle jedoch daran erinnert, dass sie inskünftig alles daran zu setzen hat, ihren Sohn auch in finanzieller Hinsicht unterstützen zu können. Die Kosten von C._____

- 39 - werden mit zunehmenden Alter ansteigen. Es wird der Zeitpunkt kommen, in welchem er seinen Bedarf nicht mehr mittels der ihm zustehenden Kinderrenten decken kann.

E. 6.2

Für die Zeitspanne vom 1. Dezember 2015 bis Ende Juli 2016, in welcher der Beklagten kein Einkommen anzurechnen ist, ergibt sich ein Gesamteinkommen der Parteien von Fr. 6'465.60, was dem Renteneinkommen des Klägers entspricht. Die Einkünfte reichen nicht aus, um die erweiterten Bedarfe der Parteien von total Fr. 7'381.70 (Fr. 3'151.– plus Fr. 4'230.70) zu decken. Entsprechend ist auf die Notbedarfe der Parteien abzustellen. Hieraus resultiert ein Überschuss von Fr. 563.90 (Fr. 6'465.60 minus [Fr. 2'881.– plus Fr. 3'020.70]). Es erscheint angemessen, diesen Betrag zwischen den Parteien im Verhältnis der berücksichtigten Steuern, damit ein Drittel zugunsten der Beklagten und zwei Drittel zugunsten des Klägers, zu verteilen. Damit resultiert ein Unterhaltsanspruch der Beklagten vom 1. Dezember 2015 bis Ende Juli 2016 von (gerundet) Fr. 3'070.– (Fr. 2'881.– plus Fr. 187.95).

E. 6.3

Für die Zeit ab dem 1. August 2016 belaufen sich die Gesamteinkünfte der Parteien auf Fr. 10'165.60 (Fr. 6'465.60 plus Fr. 3'700.–). Hiervon sind die erweiterten Bedarfe der Parteien von total Fr. 7'599.70 (Fr. 3'369.– plus Fr. 4'230.70) abzuziehen. Es resultiert ein Überschuss von Fr. 2'565.90. Es ist zu prüfen, ob dem Kläger ein Anteil des Überschusses vorneweg zur Deckung der behaupteten Schuldzahlungen zuzuweisen ist. Nicht zu berücksichtigen sind die geltend gemachten Fr. 1'458.– zur Abbezahlung des Kredites bei der I._____ AG. Wie vorangehend dargelegt, ist nicht glaubhaft, dass der Kläger die Raten

regelmässig bezahlt. Unbestritten blieb hingegen, dass der Kläger die Leasingraten für sein Fahrzeug von Fr. 662.05 pro Monat bezahlt (Urk. 11/19; Urk. 56 S. 8). Hingegen dient das Fahrzeug nur dem Kläger, weshalb er die Kosten aus seinem Überschuss zu begleichen hat. Betreffend der geltend gemachten Kosten vor Fr. 715.– pro Monat für die Abzahlung der Honorarforderung von Dr. iur. Z._____ ist Folgendes zu beachten: Ein Entscheid, welcher den von ihm behaupteten Abschluss des Verfahrens belegen würde, wurde nicht eingereicht. Dr. Z._____ hat seine Rechnung vom 2. Oktober 2015 denn auch als "Zwischenhonorarnote" be-

- 40 - zeichnet (Urk. 49/12). Der Kläger behauptet nicht, mit Dr. Z._____ eine Abzahlungsvereinbarung betreffend das behauptete Honorar abgeschlossen zu haben. Er behauptet nicht, seit Oktober 2015 irgendwelche Zahlungen an Dr. Z._____ geleistet zu haben. Entsprechende Belege wurden nicht eingereicht. Damit ist die regelmässige Abzahlung dieser Schuld nicht belegt. Sie kann bei der Überschussverteilung nicht vorneweg berücksichtigt werden. Der Überschuss kann nach kleinen und grossen Köpfen verteilt werden. Sodann resultiert bei C._____ bereits aus den Rentenbezügen abzüglich seines Bedarfs ein Überschuss. Es erscheint daher angemessen, der Beklagten einen Überschussanteil von Fr. 900.– zukommen zu lassen. Damit resultiert ein Unterhaltsanspruch der Beklagten ab dem 1. August 2016 von (gerundet) Fr. 570.– (Fr. 3'369.– plus Fr. 900.– minus Fr. 3'700.–).

E. 6.4

Entsprechend ist der Kläger zu verpflichten, der Beklagten ab dem 1. Dezember 2015 bis und mit 31. Juli 2016 einen persönlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 3'070.– und hernach für die weitere Dauer des Getrenntlebens von Fr. 570.– pro Monat zu bezahlen.

E. 7

Aufgrund der vorangehenden Erwägungen ist C._____ für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut des Klägers zu stellen. Anzeichen dafür, dass es dem Kläger mit der beantragten Obhutzuteilung nicht um das Wohl von C._____ gehen würde, sondern nur darum, sich an der Beklagten zu rächen (Urk. 38 S. 6), ergeben sich nicht aus den Akten. Im Gegenteil hielt die Physiotherapeutin E._____ in ihrem Bericht fest, die Betreuung von C._____ gebe dem Kläger eine "bedeutungsvolle Lebensaufgabe" (Urk. 13/15). Der Psychologe F._____ erwähnt, dass es dem Kläger sehr wichtig sei, seiner Rolle als Vater gerecht zu werden (Urk. 13/16). Unter diesen Umständen kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass der Kläger nicht gegen seine Mutter einschreiten würde, wenn sich der von der Beklagten in ihrer Eingabe vom 27. Januar 2016 geschilderte Vorfall am 24. Dezember 2015, als die Beklagte C._____ gefragt habe, was er am Arm habe, und dieser gesagt habe, die Mutter des Klägers habe ihm mit dem Messer weh getan, weil er böse gewesen sei (Urk. 50 S. 3), so bewahrheiten würde. Das vorinstanzliche Urteil ist zu bestätigen. Die Berufung der Beklagten ist insoweit abzuweisen. B) Besuchsrecht 1. Die Vorinstanz erklärte die Beklagte für berechtigt, C._____ "jedes zweite Wochenende des Monats" von Freitagabend, 17.00 Uhr, bis Sonntagabend, 19.00 Uhr, sowie für den Zeitraum, in welchem sie noch keiner Erwerbstätigkeit nachgehe, oder für den Fall, dass sie ein Arbeitspensum von 80 % oder weniger

- 20 - eingehe, C._____ zusätzlich an einem Tag in der Woche bis jeweils 19.00 Uhr zu betreuen. Weiter berechnete die Vorinstanz die Beklagte, C._____ "ab kindergartentpflichtigem Alter" für drei Wochen jährlich während der Schulferien auf eigene Kosten

mit sich oder zu sich in die Ferien zu nehmen. Ein weitergehendes Besuchsrecht behielt sie der Absprache der Parteien vor (Urk. 39 S. 11 ff. und S. 42, Dispositivziffer 4). 2. Die Beklagte beantragt, sie solle bereits ab Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes berechtigt sein, C._____ für drei Wochen im Jahr in die Ferien zu nehmen. Ferner seien ihr pro Woche zwei kurze Telefonate mit C._____ zuzugestehen (Urk. 38 S. 2, Eventualantrag Ziffer 3, und S. 11). Der Kläger widersetzt sich diesen Anträgen (Urk. 45 S. 12 f.). 3. Wie bereits erwähnt, hat die Beklagte C._____ seit dem erstinstanzlichen Verfahren jedes zweite Wochenende sowie über die Weihnachtsfeiertage zu sich auf Besuch genommen. Sodann hat sie C._____ in unregelmässigen Abständen am Freitagnachmittag besucht (Urk. 45 S. 12; Urk. 56). Die von der Vorinstanz getroffene Besuchsrechtsregelung ist grundsätzlich beizubehalten. Die Regelung entspricht dem Kindeswohl. Das Dispositiv ist jedoch dahingehend zu korrigieren, als neu nur noch festgehalten wird, dass die Beklagte berechtigt sein soll, C._____ jedes zweite Wochenende zu sich auf Besuch zu nehmen. Der Zusatz "des Monats" ist zu streichen, weil er dahingehend verstanden werden könnte, dass das Besuchsrecht nur jeweils an jedem zweiten Wochenende des Monats stattfinden soll. Aus der Begründung der Vorinstanz geht jedoch klar hervor, dass beabsichtigt war, der Beklagten ein Besuchsrecht jedes zweite Wochenende zuzusprechen (Urk. 39 S. 12 f.). Die Parteien haben das Besuchsrecht denn bis anhin auch so gelebt. Sodann wird die Beklagte darauf hingewiesen, dass ab dem Eintritt von C._____ in den Kindergarten bei der Ausübung des Besuchsrechts unter der Woche dessen Unterrichtszeiten zu beachten sein werden.

E. 7.1

Der Kläger stellt den Antrag, die Beklagte habe ihm für das Berufungsverfahren einen Prozesskostenbeitrag von Fr. 5'000.– zu bezahlen (Urk. 45 S. 2, prozessuale Anträge Ziffer 1). Die Beklagte beantragt die Abweisung des Antrags (Urk. 56 S. 2).

E. 7.2

Die Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags setzt unter anderem Leistungsfähigkeit der angesprochenen Partei voraus. Die Beklagte wird seit dem 1. Dezember 2015 von der Sozialbehörde der Stadt Stein am Rhein unterstützt (Urk. 52/7). Sie ist - soweit bekannt - nach wie vor arbeitslos. Eine derzeitige Leistungsfähigkeit der Beklagten ist zu verneinen. Entsprechend ist das Gesuch des Klägers abzuweisen.

- 41 - III. 1. Trifft die Rechtsmittelinstanz eine neue Entscheidung, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Die Vorinstanz hat die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens von Fr. 3'600.–, vorbehältlich weiterer Auslagen, den Parteien je zur Hälfte auferlegt und keine Parteientschädigungen zugesprochen (Urk. 39 S. 43, Dispositivziffern

E. 12

und 13). Die Regelung blieb unangefochten. Es kann auf die zutreffende Begründung der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 39 S. 40). Die Erhöhung der persönlichen Unterhaltsbeiträge an die Beklagte erfordert keine Abänderung der getroffenen Regelung. Die Kosten sind den Parteien demnach je zur Hälfte aufzuerlegen, wobei sie aufgrund der für das erstinstanzliche Verfahren beiden Parteien gewährten unentgeltlichen Prozessführung (Urk. 39 S. 41) einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen sind, unter entsprechendem Nachforderungsvorbehalt gemäss Art. 123 ZPO. Weiter sind den Parteien keine Entschädigungen zuzusprechen. 2.1. Umstritten waren im Berufungsverfahren die

Zuteilung der Obhut über C._____ sowie das Besuchsrecht. Weiter verlangte die Beklagte die Herausgabe der Reisedokumente von C._____ sowie eine Erhöhung ihrer persönlichen Unterhaltsbeiträge ab dem 1. Dezember 2015 von Fr. 410.– auf Fr. 3'650.–, damit um Fr. 3'240.– pro Monat. Es liegt eine nichtvermögensrechtliche Streitigkeit vor. Die Entscheidgebür für das zweitinstanzliche Verfahren ist in Anwendung der §§ 6 Abs. 1 i.V.m. 5 Abs. 1 und 6 Abs. 2 lit. b sowie 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 4'500.– festzusetzen. 2.2. Betreffend die zu regelnden Kinderbelange sind die Kosten der Berufung den Parteien praxisgemäss je zur Hälfte aufzuerlegen. Mit Bezug auf die von der Beklagten beantragte Erhöhung der persönlichen Unterhaltsbeiträge ist gestützt auf die Annahme, dass die Beiträge ab dem 1. Dezember 2015 noch für rund zwei Jahre zu bezahlen sind (Trennungszeitpunkt 28. Mai 2015) von einem Unterliegen der Beklagten von rund 70 % auszugehen. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass vorliegend die Kinderbelange den überwiegenden Teil des

- 42 - Berufungsverfahrens ausmachen, rechtfertigt es sich, die Kosten den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 2 ZPO). 2.3. Es sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

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