

ZH_OBERGERICHT LE160046 vom 7. November 2016

ZH Obergericht, 2016-11-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE160046

FR: ZH_OBERGERICHT LE160046 du 7 novembre 2016

IT: ZH_OBERGERICHT LE160046 del 7 novembre 2016

Erwägungen

E. 1

Am 3. Februar 2016 reichte die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchstellerin) beim Bezirksgericht Hinwil (Vorinstanz) ein Eheschutzbegehren ein (Urk. 1 und 2). Am 2. Juni 2016 fand die vorinstanzliche Hauptverhandlung statt (Vi-Prot. S. 4 ff.), an welcher die Parteien eine Teilvereinbarung

- 4 - schlossen (u.a. auch über die Obhut und Betreuung der beiden Kinder, geboren am tt.mm.2007 und tt.mm.2009; Vi-Prot. S. 25, Urk. 30). Am 23. Juni 2016 fällte die Vorinstanz den Endentscheid (Urk. 36 = Urk. 41; Dispositiv eingangs wieder gegeben).

E. 1.1

Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und Abs. 2 lit. b sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Die volle Parteientschädigung ist gestützt auf § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 bis 3, § 11 Abs. 1, § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf Fr. 2'500.– (zuzüglich allfälliger Mehrwertsteuer) festzulegen.

E. 1.2

Gegenstand des Berufungsverfahrens waren der Ehegatten- sowie der Kinderunterhalt. Ersterer ist mit Bezug auf die Kostenverteilung vernachlässigbar. Mit Bezug auf die Kinderunterhaltsbeiträge sprach die Vorinstanz der Gesuchstellerin Unterhaltsleistungen – bei einer mutmasslichen Dauer der Regelung von drei Jahren – von insgesamt Fr. 16'200.– (0.– August bis Dezember 2015, Fr. 3'000.– Januar 2016 bis September 2016, Fr. 13'200.– Oktober 2016 bis Juli 2018) zu. Mit der Berufung beantragt der Gesuchsgegner, es seien keine Unterhaltsbeiträge zuzusprechen. Die Gesuchstellerin beantragt die Abweisung der Berufung. Im Ergebnis werden Kinderunterhaltsbeiträge für eine mutmassliche Trennungsdauer von drei Jahren von insgesamt Fr. 6'320.– (Fr. 0.– August bis Dezember 2015, Fr. 1'920.– Januar 2016 bis September 2016; Fr. 4'400.– ab Oktober 2016 bis und mit Juli 2018) festgesetzt. Gesamthaft unterliegt die Gesuchstellerin zu rund 2/3 und der Gesuchsgegner zu rund 1/3. Entsprechend sind ihnen die Gerichtskosten aufzuerlegen.

- 16 -

E. 1.3

Dementsprechend ist die Gesuchstellerin zu verpflichten, dem Gesuchsgegner eine auf ein Drittel, mithin auf Fr. 830.–, reduzierte Parteientschädigung (mangels Antrags ohne Mehrwertsteuer) zu bezahlen. 2. Unentgeltliche Rechtspflege

E. 1.4

Auf die Parteivorbringen ist nachfolgend nur insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist. 2. Ehegattenunterhalt Der Gesuchsgegner beantragt im

Berufungsverfahren, es sei festzustellen, dass sich die Parteien wechselseitig keine Unterhaltsbeiträge schulden (Urk. 40 Ziff. 2 lit. a der Anträge). Vorliegend haben die Parteien im erstinstanzlichen Verfahren keine persönlichen Unterhaltsbeiträge beantragt (vgl. Urk. 41 E. II/3). Damit waren Ehegattenunterhaltsbeiträge nicht Gegenstand des vorliegend angefochtenen Ur-

- 6 - teils. Im zweitinstanzlichen Verfahren sind jedoch nur Fragen zu prüfen, welche erstinstanzlich thematisiert und entschieden wurden. Entsprechend ist auf diesen Antrag nicht einzutreten.

E. 2

Hiergegen hat der Gesuchsgegner und Berufungskläger (fortan Gesuchsgegner) am 4. August 2016 fristgerecht (Urk. 37) Berufung erhoben und die eingangs aufgeführten Berufungsanträge gestellt (Urk. 40). Mit Eingabe vom 16. September 2016 stellte der Gesuchsgegner ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 46).

E. 2.1

Im Berufungsverfahren liessen beide Parteien um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ersuchen, der Gesuchsgegner allerdings erst mit Eingabe vom 16. September 2016 (Urk. 46 S. 2; Urk. 51 S. 2).

E. 2.2

Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Ausserdem kann ihr eine unentgeltliche Rechtsvertretung bestellt werden, wenn dies zur Wahrung ihrer Rechte notwendig erscheint, insbesondere wenn auch die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Mittellosigkeit bzw. Bedürftigkeit (welche ihrerseits sowohl Einkommens- wie auch Vermögensarmut voraussetzt) ist dann zu bejahen, wenn die gesuchstellende Partei trotz Ausschöpfung sämtlicher eigener Hilfsmittel nicht in der Lage ist, neben dem Lebensunterhalt für sich und ihre Familie auch den Prozess zu finanzieren. Sie beurteilt sich nach der gesamten wirtschaftlichen Situation des Rechtssuchenden im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs. Dazu gehören einerseits sämtliche finanziellen Verpflichtungen, andererseits die Einkommens- und Vermögensverhältnisse (BGE 120 Ia 179 E. 3a). Ein allfälliger Überschuss zwischen dem effektiv zur Verfügung stehenden Einkommen und dem Notbedarf der gesuchstellenden Partei ist mit den für den konkreten Fall zu erwartenden Gerichts- und Anwaltskosten in Beziehung zu setzen und danach zu fragen, ob die gesuchstellende Partei mit dem ihr verbleibenden Überschuss in der Lage ist, die anfallenden Gerichts- und Anwaltskosten innert angemessener Frist selbst zu finanzieren. Im Sinne einer groben Faustregel geht die Rechtsprechung davon aus, dass der monatliche Überschuss es ihr ermöglichen sollte, die Prozesskosten bei weniger aufwendigen Prozessen innert eines Jahres, bei anderen innert zweier Jahre zu tilgen (Bühler, Die Prozessarmut, in: Schöbi [Hrsg.], Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung: SWR Bd. 3, Bern 2001,

- 17 - S. 182 f. und 185 f.; Meichssner, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege [Art. 29 Abs. 3 BV], Basel 2008, S. 75 f.; BGer 4A_87/2007 vom 11. September 2007, E. 2.1; 5A_663/2007 vom 28. Januar 2008, E. 3.1; 5A_26/2008 vom

E. 2.3

Die fehlende Aussichtslosigkeit ihrer Prozessstandpunkte ist bei beiden Parteien zu bejahen.

E. 2.4

Mit Blick auf die Einkommens- und Bedarfsverhältnisse sowie dessen Verschuldung kann von der Mittellosigkeit des Gesuchsgegners ausgegangen werden (siehe oben Ziff. III/3.5.1, Urk. 48/1-3 und Urk. 29/13). Überdies war er auf anwaltlichen Beistand angewiesen. Zu prüfen ist jedoch, auf welchen Zeitpunkt hin dem Gesuchsgegner die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren ist. Grundsätzlich wird die unentgeltliche Rechtspflege ab dem Zeitpunkt bewilligt, in welchem das Gesuch gestellt worden ist. Dabei können Anwaltskosten, die im Zusammenhang mit einer gleichzeitig eingereichten Rechtsschrift entstanden sind, berücksichtigt werden (vgl. BGE 122 I 203 E. 2c). Nur in Ausnahmefällen kann die unentgeltliche Rechtspflege rückwirkend erteilt werden (Art. 119 Abs. 4 ZPO), wobei von dieser Möglichkeit nur äusserst restriktiv Gebrauch zu machen ist (Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 119 N 12). Dies ist namentlich der Fall bei zeitlicher Dringlichkeit oder dann, wenn die nicht anwaltlich vertretene gesuchstellende Person ihren Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege nicht kannte, weil sie seitens des Gerichts über ihren Anspruch nicht aufgeklärt wurde (BGE 122 I 203 E. 2d f.; BSK ZPO-Rüegg, Art. 118 N 5 und Art. 119 N 5; Emmel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 119 N 4; siehe zum alten Recht auch Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 2 zu § 90 ZPO/ZH). Vorliegend ersuchte der Gesuchsgegner mit Eingabe vom 16. September 2016 um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege rückwirkend ab 4. August 2016 (Urk. 46 Ziff. 2 der Anträge). Er begründete dies damit, dass es ihm aufgrund der kurzen Berufungsfrist sowie Personalengpässen nicht möglich gewesen sei, das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege mit der Berufungsschrift vom 4. August 2016 zu stellen (Urk. 46 S. 4).

- 18 - Der Gesuchsgegner hat bereits im vorinstanzlichen Verfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt, die ihm in der Folge auch gewährt worden ist (siehe Urk. 35 = Urk. 48/4 und Urk. 41 Disp. Ziff. 7). Demzufolge lagen die erforderlichen Unterlagen dem Gesuchsgegner im Zeitpunkt der Zustellung des vorinstanzlichen Entscheids im Wesentlichen bereits vor (siehe Urk. 32 und 29/5 und 29/9-11). Weshalb es ihm nicht möglich gewesen sein soll, innert der Berufungsfrist von 10 Tagen bzw. im Rahmen der Berufungsbegründung auch das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu stellen und die (nur teilweise zu aktualisierenden) Unterlagen beizulegen, leuchtet daher nicht ein. Inwiefern in dieser Zeit sodann ein Personalengpass bestanden haben soll, legte der Gesuchsgegner nicht näher dar. Abgesehen davon obliegt es dem Gesuchsgegner bzw. dessen Rechtsvertreter, sich entsprechend zu organisieren. Mangels Vorliegens eines Ausnahmefalles ist dem Gesuchsgegner damit im Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege erst ab 16. September 2016 zu bewilligen und es ist ihm Rechtsanwalt X._____ ab diesem Zeitpunkt als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

E. 2.5

Die Gesuchstellerin macht bezüglich ihrer Einkommens- und Bedarfsverhältnisse geltend, es seien in ihrem Bedarf zusätzlich Steuerschulden für das Jahr 2014 zu berücksichtigen. Diese zahle sie in Raten von monatlich Fr. 930.– ab. Zudem zahle sie einen Kleinkredit in monatlichen Raten von Fr. 221.– sowie Steuerschulden des Jahres 2015 von monatlich Fr. 182.– ab (Urk. 51 S. 11). Bei der Prüfung der Mittellosigkeit sind im Bedarf tatsächlich

gemachte Zahlungen zu berücksichtigen. Bei privaten Schulden, wie für Kleinkredit- und Leasingraten, finden nur regelmässige Raten- und Abzahlungen Berücksichtigung. Sofern Betrag und Fälligkeitsdatum belegt sind, sind auch regelmässige Zahlungen an laufende Steuern sowie an verfallene Steuerschulden zu berücksichtigen (Emmel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 117 N 11). Vorliegend begnügte sich die Gesuchstellerin damit, den Privatkreditvertrag vom 18. Juli 2016 (Urk. 53/2) sowie die "Steuerberechnung 2015" (Urk. 53/3) einzureichen. Einen Beleg, wonach sie die behaupteten Raten auch in tatsächlicher Hinsicht leistet, reichte sie hingegen nicht ein. Insbesondere vermag der von ihr

- 19 - eingereichte Kontoauszug der UBS für den Zeitraum 1. September bis 30. September 2016 keine Zahlung in dieser Hinsicht zu belegen (siehe Urk. 53/4). Eine Nachfristansetzung gestützt auf Art. 56 ZPO drängt sich angesichts der anwaltlichen Vertretung vorliegend nicht auf. Zwar gelangt bei der Prüfung der Voraussetzungen zur Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege aufgrund der verfahrensrechtlichen Natur dieses Anspruchs die Untersuchungsmaxime zur Anwendung. Indes wird diese beschränkt durch das Antragsprinzip (Art. 119 Abs. 1 ZPO) und die Mitwirkungspflicht der Parteien (Art. 119 Abs. 2 ZPO). Die gerichtliche Fragepflicht ersetzt jedoch weder die zumutbare Mitwirkung der Parteien bei der Feststellung des Sachverhalts noch dient sie dazu, prozessuale Nachlässigkeiten auszugleichen (BGer 5A_115/2012 vom 20. April 2012, E. 4.5.2). Damit sind die von der Gesuchstellerin geltend gemachten Kreditabzahlungs- und Steuerraten für das Jahr 2015 mangels rechtsgenügenden Beleges erfolgter Zahlungen nicht im Bedarf zu berücksichtigen. Zu berücksichtigen sind hingegen die von ihr geltend gemachten Abzahlungsraten für die verfallenen Steuern des Jahres 2014 im Umfang der noch offenen Raten von Fr. 930.- (fällig per 31. August 2016) und Fr. 964.- (fällig per 30. September 2016; siehe Urk. 53/1,1; Urk. 25/7/2). Davon ausgehend, dass es sich vorliegend um einen wenig aufwendigen Prozess handelt und die Prozesskosten innert eines Jahres getilgt werden sollten, ergibt dies hinsichtlich der Steuern 2014 einen zu berücksichtigenden Betrag von monatlich rund Fr. 158.- (Fr. 930.- + Fr. 964.- dividiert durch 12). Für das Steuerjahr 2016 ist sodann ein monatlicher Betrag von Fr. 320.- einzusetzen (siehe oben Ziff. III/3.4.2 lit. d; siehe auch Urk. 51 S. 12, worin ein Betrag von Fr. 182.- monatlich geltend gemacht wurde, wobei wohl die zu leistenden Unterhaltsbeiträge noch nicht berücksichtigt worden sind). Die finanzielle Lage der Gesuchstellerin stellt sich damit wie folgt dar (siehe dazu auch Urk. 41 E. II/5): Einkommen Gesuchstellerin: Fr. 6'544.00 Kinderzulagen: Fr. 400.00 Unterhaltsbeiträge: Fr. 200.00 abzüglich: Grundbetrag / Gesuchstellerin Fr. 1'350.00

- 20 - Grundbetrag / C. _____ Fr. 400.00 Grundbetrag / D. _____ Fr. 400.00 Mietzins Fr. 1'980.00 Parkplatz Fr. 120.00 Krankenkasse / Gesuchstellerin Fr. 317.00 Krankenkasse / D. _____ und C. _____ Fr. 204.00 Hausrat-/Haftpflichtversicherung Fr. 30.00 Kommunikation Fr. 150.00 Auswärtige Verpflegung Fr. 0.00 Fahrtkosten Fr. 200.00 Kinderschulung / Kinderbetreuung Fr. 650.00 Steuern 2016 Fr. 320.00 Abzahlung verfallene Steuern 2014 Fr. 158.00 Total Bedarf Fr. 6'279.00 Monatlicher Überschuss Fr. 865.00 Angesichts des monatlichen Überschusses von Fr. 865.- sollte es für die Gesuchstellerin ohne Weiteres möglich sein, die Prozesskosten des Berufungsverfahrens innert eines Jahres zu tilgen. Die anwaltlichen Kosten dürften vorliegend überschaubar bleiben, nachdem die Mandatsführung diesbezüglich weder aufwendig noch besonders anspruchsvoll war. Mangels Bedürftigkeit ist das Gesuch der Gesuchstellerin um

Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren daher abzuweisen.

E. 2.6

Zusammengefasst ist damit dem Gesuchsgegner im Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege per 16. September 2016 zu bewilligen und es ist ihm Rechtsanwalt X. _____ ab diesem Zeitpunkt als unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen. Das Gesuch der Gesuchstellerin ist hingegen mangels Bedürftigkeit abzuweisen. Es wird beschlossen:

E. 3

Kinderunterhaltsbeiträge

E. 3.1

Vorbringen der Parteien Der Gesuchsgegner kritisiert im Wesentlichen, die Vorinstanz habe ihn – auch unter Annahme eines hypothetischen Einkommens ab 1. Oktober 2016 sowie ohne Berücksichtigung der laufenden Steuern – unter Eingriff in sein Existenzminimum zur Zahlung von Unterhaltsleistungen verpflichtet. Selbst auf der Grundlage des hypothetischen Einkommens ergebe sich eine Unterhaltsverpflichtung von nahezu null. Entsprechend erübrigten sich weitere Erörterungen zur Zulässigkeit der Annahme eines hypothetischen Einkommens. Zudem habe die Vorinstanz die wirtschaftlichen Verhältnisse in der Region Emmental (Burgdorf/Oberburg/Hasle-Rüegsau/Langnau) nicht berücksichtigt, sei diese Region doch ebenfalls von einer mehr als flauen Konjunktur betroffen. Niemand nehme freiwillig einen derartigen Arbeitsweg in Kauf, wie es der Gesuchsgegner und viele andere tun müssten. Darüber hinaus habe die Vorinstanz im Bedarf unzulässigerweise die laufenden Steuern nicht berücksichtigt, dafür jedoch die Zahlungsverpflichtung der Gesuchstellerin für rückständige Krankenkassenforderungen. Und schliesslich habe die Vorinstanz den Gesuchsgegner trotz aller rechnerischen Ergebnisse unter Verweis auf eine Protokollstelle – wonach er einen Maximalbetrag von Fr. 300.– pro Kind beantragt haben soll – zur Zahlung von Fr. 600.– pro Monat verpflichtet. Selbst wenn dem so gewesen wäre, hätte die Vorinstanz diesem Antrag mangels Leistungsfähigkeit nicht entsprechen dürfen (Urk. 40 S. 3 ff.). Dem hält die Gesuchstellerin in ihrer Berufungsantwort im Wesentlichen entgegen, dass sie nebst der Betreuung der beiden sieben- und neunjährigen Kinder einer Arbeitstätigkeit in einem 100 % Pensum nachgehe, obschon sie noch nicht arbeiten müsste bzw. einem viel tieferen Pensum nachgehen dürfte. Wäre dem so, würde die Gesuchstellerin nicht genug verdienen, um ihren Bedarf sowie denjenigen der Kinder zu decken, und der Gesuchsgegner müsste den gesamten Betrag, den er über sein Existenzminimum hinaus erziele, als Kinderunterhalt ab-

- 7 - führen. Eine Arbeitsanstrengung von 100 % dürfe auch vom Gesuchsgegner erwartet werden. Weder habe er belegt, dass er nach seiner Rückkehr nach E. _____/BE seine alte Stelle bei der F. _____ AG nicht mehr habe antreten können, noch dass es ihm nicht möglich sein soll, eine (Fest-)Anstellung in der Nähe seines Wohnortes zu finden und ein Einkommen in der Höhe seines früheren Einkommens zu erzielen. Insbesondere seien ihm von der Vorinstanz Fahrkosten in der Höhe von Fr. 600.– monatlich angerechnet worden und die Stadt Bern liege im gleichen Radius wie sein aktueller Arbeitsort. Damit sei es dem Gesuchsgegner durchaus möglich, sich in einem weiteren Umkreis nach einer Arbeitsstelle mit einem Lohn in der Höhe des angerechneten hypothetischen Einkommens umzusehen. Sodann decke der Begriff Steuerschulden im Kreisschreiben des Obergerichts auch die laufenden Steuerverpflichtungen ab, weshalb sie nicht im Bedarf zu

berücksichtigen seien. Hinzu komme, dass andernfalls die Gesuchstellerin den Gesuchsgegner noch alimentieren würde. Und schliesslich habe der Gesuchsgegner selbst einen monatlichen Unterhalt von Fr. 300.– pro Kind beantragt. Abgesehen davon stehe dem Gesuchsgegner über sein Existenzminimum hinausgehend ein Freibetrag von monatlich Fr. 541.– (Januar 2016 bis Juni 2016) bzw. Fr. 701.– (ab 1. Oktober 2016) zur Verfügung. Entsprechend seien die von der Vorinstanz festgesetzten Kinderunterhaltsbeiträge durchaus angemessen. Dürfte er seinen Freibetrag behalten, würde das dazu führen, dass die Gesuchstellerin – nebst der Betreuung der Kinder sowie einem Vollzeitpensum – den Gesuchsgegner alimentieren würde (Urk. 51 S. 3 ff.).

E. 3.2

Einkommen des Gesuchsgegners

E. 3.2.1

Die Vorinstanz erwog, dass der Gesuchsgegner erst 32-jährig und bis August 2015 arbeitstätig gewesen sei. Sodann sei ein Arbeitsunterbruch von lediglich fünf Monaten erfolgt. Seit Januar 2016 sei er über ein Temporärbüro wieder berufstätig. Trotz Problemen mit seinem Daumen sei es ihm gelungen, in den Jahren 2014 und 2015 bei der F. _____ AG auf dem Bau zu arbeiten. Selbst wenn dies (zumindest längerfristig) nicht mehr möglich sein sollte, hätte der Gesuchsgegner die Möglichkeit, in einer anderen Branche, beispielsweise als Lagerist, Fuss zu fassen. Unter diesen Umständen sei es ihm durchaus zuzumuten, eine besser bezahlte Arbeitsstelle zu finden. Unter Berücksichtigung einer Übergangs-

- 8 - frist von rund vier Monaten für die Stellensuche sei dem Gesuchsgegner daher per 1. Oktober 2016 ein hypothetisches Einkommen von Fr. 4'550.– anzurechnen. Dieses Einkommen entspreche seinem früheren Lohn bei der F. _____ AG (Urk. 41 E. II/7.4.).

E. 3.2.2

Grundsätzlich ist vom tatsächlich erzielten Einkommen des Unterhaltspflichtigen auszugehen. Soweit sein Einkommen nicht ausreicht, um den ausgewiesenen Bedarf der Kinder zu decken, kann ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden, sofern dieses zu erreichen zumutbar und möglich ist (BGE 128 III)

E. 3.2.3

Während der Gesuchsgegner zu Recht in rechtlicher Hinsicht die Zumutbarkeit einer Tätigkeit als Lagerist nicht bestreitet, verneint er in tatsächlicher Hinsicht die Möglichkeit, ein höheres Einkommen erzielen zu können (Urk. 40 S. 4). Er begnügt sich jedoch mit der pauschalen Behauptung, die wirtschaftlichen Verhältnisse in der Region Emmental (Burgdorf/Oberburg/Hasle-Rüegsau/Langnau) würden die Erzielung eines Einkommens in der Höhe des von der Vorinstanz hypothetisch festgesetzten nicht erlauben. Welches Einkommen in dieser Region seiner Ansicht nach maximal erzielbar sein soll, führt der Gesuchsgegner hingegen nicht näher aus. Auch legt er nicht dar und ist nicht einsichtig, weshalb es ihm nicht möglich sein sollte, im Umkreis der Stadt Bern eine besser bezahlte (Fest-) Anstellung zu finden, zumal die Stadt Bern vom Wohnort des Gesuchsgegners ungefähr in gleicher Entfernung liegt wie sein aktueller Arbeitsort (so auch Urk. 51 S. 9). Auch belegte der Gesuchsgegner in keiner Weise, dass er bereits (erfolgreich) Bemühungen für eine neue (Fest-)Anstellung unternommen habe. Dass ein höherer Lohn als Lagerist denn auch grundsätzlich erzielbar ist, stellte der Gesuchsgegner vor

Vorinstanz zu Recht nicht in Abrede (siehe Prot. S. 16; siehe auch Mülhauser, Das Lohnbuch 2016, S. 33, 41 und 316, wonach für einen unge-

- 9 - lernten Lageristen ab einem Alter von 30 Jahren bei einem 100 % Pensum in der Region Mittelland ein Bruttolohn von monatlich Fr. 4'808.72 erzielbar ist). Nach dem Ausgeführten kann somit davon ausgegangen werden, dass es dem Gesuchsgegner in tatsächlicher Hinsicht möglich wäre, ein Einkommen von Fr. 4'550.- zu erzielen.

E. 3.2.4

Ein hypothetisches Einkommen darf grundsätzlich nicht rückwirkend, sondern erst nach Ablauf einer angemessenen Übergangsfrist angerechnet werden. Der Gesuchsgegner musste seit dem erstinstanzlichen Entscheid, den er Ende Juli 2016 erhielt (vgl. Urk. 37), damit rechnen, dass er einen höheren Verdienst würde erzielen müssen. Dass er zwischenzeitlich entsprechende Suchbemühungen bereits (erfolglos) unternommen habe, hat er im Berufungsverfahren nicht behauptet, geschweige denn glaubhaft gemacht. Es rechtfertigt sich daher, ihm bereits ab 1. Oktober 2016 ein hypothetisches Einkommen anzurechnen.

E. 3.2.5

Sodann gibt das von der Vorinstanz festgesetzte (effektive) durchschnittliche Einkommen des Gesuchsgegners für die Zeit vom 1. Januar 2016 bis 30. September 2016 von monatlich Fr. 3'380.- (Urk. 41 E. II/6) zu Bemerkungen Anlass. Die Vorinstanz erwog, es sei kein dreizehnter Monatslohn vereinbart worden (Urk. 41 E. II/6 a.E.). Den eingereichten Lohnabrechnungen lässt sich jedoch offensichtlich jeweils ein "Guthaben 13. Monatslohn Monats/Jahrestotal" in variierender Höhe entnehmen (Urk. 29/5 unten). Zudem weisen sowohl der Einsatzvertrag vom 18. Dezember 2015 (für den Einsatzbetrieb G1._____ ...) als auch der Rahmen-Arbeitsvertrag vom 21. Dezember 2015 auf einen geltenden Gesamtarbeitsvertrag hin (siehe Urk. 29/4 und Urk. 29/3 Ziff. 14). Dabei sehen sowohl der GAV Personalverleih als auch der (mittlerweile nicht mehr in Kraft stehende) GAV Fabrik ..., G._____ S.A., einen Anspruch auf einen 13. Monatslohn vor. Entsprechend ist zum festgesetzten monatlichen Nettoeinkommen des Gesuchsgegners ein 13. Monatslohn anteilmässig hinzuzurechnen (siehe Six, Eheschutz, Ein Handbuch für die Praxis, 2. Auflage, 2014, Rz. 2.128 mit weiteren Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Damit ist für den Zeitraum 1. Januar 2016 bis 30. September 2016 von einem Einkommen des Gesuchsgegners von monatlich rund Fr. 3'660.- ([Fr. 3'380.- x 13] dividiert durch 12) netto auszugehen.

- 10 -

E. 3.3

Einkommen der Gesuchstellerin Das von der Vorinstanz festgesetzte Einkommen der Gesuchstellerin wurde nicht beanstandet. Entsprechend bleibt es bei einem Betrag von Fr. 6'544.- monatlich.

E. 3.4

Bedarf der Parteien

E. 3.4.1

Bedarf des Gesuchsgegners a) Die Vorinstanz erwog, dass bei engen Verhältnissen gestützt auf Ziff. VI des Kreisschreibens die Steuern nicht zu berücksichtigen seien. Insofern

könnten auch Abzahlungen, welche die Steuern betreffen, nicht in die Bedarfsrechnung aufgenommen werden. Die Leistung von Unterhaltsbeiträgen, namentlich für Kinder, würde der Begleichung von Steuerschulden vorgehen (Urk. 41 E. II/5 a.E.). b) Laufende Steuern und Steuerschulden bleiben im familienrechtlichen Existenzminimum (grundsätzlich) unberücksichtigt (BGE 95 III 39 E. 3 m.w.H.). Übersteigt das gemeinsame Einkommen die Existenzminima beider Ehegatten, sind die unter Berücksichtigung der Unterhaltsbeiträge geschuldeten Steuern mit einem angemessenen Betrag vor Verteilung des Überschusses zu berücksichtigen. Werden die Steuern trotz Überschusses nicht berücksichtigt, ist dies willkürlich. Führt die Berücksichtigung jedoch zu einem Mankofall, bleiben die Steuern unberücksichtigt (vgl. Six, a.a.O., Rz. 2.74 und Rz. 2.166 ff., mit Hinweis auf die Bundesgerichtliche Rechtsprechung). Die mutmasslichen Steuern sind pflichtgemäss zu schätzen. c) Ein Mankofall liegt in casu nicht vor (siehe nachfolgend Ziff. 3.5.1). Entsprechend ist den Parteien ein Betrag für laufende Steuern im (erweiterten) Bedarf einzusetzen. Das Argument der Gesuchstellerin, wonach sie dadurch den Gesuchsgegner alimentieren würde, verfängt nach dem zuvor Ausgeführten nicht. Ausgehend von einem steuerbaren Einkommen von jährlich rund Fr. 32'500.– (unter Berücksichtigung allgemeiner Steuerabzüge sowie der zu zahlenden Unterhaltsbeiträge; vgl. auch Vi-Prot. S. 6), rechtfertigt es sich vorliegend, dem Gesuchsgegner für laufende Steuern (inkl. direkter Bundessteuer) einen Betrag von monatlich rund Fr. 500.– (vgl. Online-Steuerrechner für den Kanton Bern) im erweiterten Bedarf zu berücksichtigen.

- 11 - d) Die übrigen Bedarfspositionen sind nicht streitig und erscheinen angemessen. Weitere Ausführungen dazu erübrigen sich.

E. 3.4.2

Bedarf der Gesuchstellerin a) Der Gesuchsgegner beanstandet, die Vorinstanz habe bei der Festsetzung des Bedarfs der Gesuchstellerin unzulässigerweise rückständige Krankenkassenforderungen berücksichtigt (Urk. 40 S. 5). Die Gesuchstellerin äussert sich dazu nicht (siehe Urk. 51 S. 1 ff.). b) Die Vorinstanz berücksichtigte für die Zeit vom 1. Januar bis 30. September 2016 im Bedarf der Gesuchstellerin Abzahlungsraten für ausstehende Krankenkassenprämien in der Höhe von monatlich Fr. 290.– und ging für diese Zeitspanne von einem Bedarf von Fr. 5'691.– aus (Urk. 41 E. II/5; vgl. auch E. II/7.2. und II/7.3.). Für die Zeit ab 1. Oktober 2016 erwog die Vorinstanz, dass die abzuzahlenden Krankenkassenprämien bis zu diesem Zeitpunkt getilgt sein dürften. Sie ging für diese Zeit von einem um den Betrag von Fr. 290.– verringerten Bedarf von Fr. 5'299.– aus (Urk. 41 E. II/7.4.). c) Bei den streitgegenständlichen Krankenkassenschulden handelt es sich gemäss Urk. 25/6/1 um aufgelaufene Prämien der Periode Januar bis April 2016 für die Gesuchstellerin sowie das Kind D.____ (siehe Urk. 25/4/1-2 und Urk. 25/6/1). Diese Kosten fanden für die Zeit 1. Januar bis 30. September 2016 jedoch bereits unter dem Titel "Krankenkasse / Gesuchstellerin" bzw. "Krankenkasse / D.____ [...]" im Bedarf Berücksichtigung. Es ist nicht einsichtig, weshalb dieser Posten zweimal zu berücksichtigen sein soll. Der Bedarf der Gesuchstellerin ist daher für die Zeit 1. Januar bis 30. September 2016 um Fr. 290.– zu verringern. Für die Zeit ab 1. Oktober 2016 ergibt sich keine Veränderung. Damit resultiert für die Gesuchstellerin ein Bedarf von Fr. 5'401.– (Fr. 5'691.– abzüglich Fr. 290.–). Der gleiche Bedarf ist der Gesuchstellerin für die Zeit ab 1. Oktober 2016 einzusetzen. Weshalb die Vorinstanz der Gesuchstellerin für diese Zeit stattdessen einen Bedarf von Fr. 5'299.– anrechnete, ist nicht nachvollziehbar (vgl. Urk. 41 E. II/5 und E. II/7.4.).

- 12 - Nach dem Ausgeführten kann offen bleiben, ob Abzahlungsschulden bezüglich Krankenkassenprämien – wie vom Gesuchsgegner vorgebracht – grundsätzlich keine Berücksichtigung im Bedarf finden. d) Wie erwähnt ist auch bei der Gesuchstellerin für laufende Steuern ein Betrag im Bedarf in Anrechnung zu bringen. Ausgehend von einem jährlichen steuerbaren Einkommen von rund Fr. 57'000.– (unter Berücksichtigung der Kinderzulagen, der Unterhaltsbeiträge, allgemeiner Steuerabzüge sowie des im Kanton Zürich vorgesehenen Kinderabzugs) rechtfertigt es sich, der Gesuchstellerin im Bedarf laufende Steuern von rund Fr. 320.– anzurechnen (vgl. Online-Steuerrechner Zürich). Die von der Gesuchstellerin im vorinstanzlichen Verfahren eingereichte Steuerberechnung 2016 (Urk. 28/12/1-2) kann vorliegend indes nicht massgebend sein, zumal die Gesuchstellerin darin Unterhaltsbeiträge von Fr. 930.– pro Kind berücksichtigt hat und offenbar keine Steuerabzüge vorgenommen worden sind.

E. 3.5

Überschussverteilung und Unterhaltsanspruch

E. 3.5.1

Die Gegenüberstellung von Einkommen und Bedarf der Parteien ergibt für die verschiedenen Zeiträume folgendes Bild: 1. August bis 31. 1. Januar bis 1. Juli bis 30. Ab 1. Oktober Dezember 2015 30. Juni 2016 September 2016 2016 Einkommen Gesuchstellerin Fr. 06'544.– Fr. 6'544.– Fr. 06'544.– Fr. 06'544.– Einkommen Gesuchsgegner Fr. 00'000.– Fr. 3'660.– Fr. 03'660.– Fr. 04'550.– Einkommen Total Fr. 06'544.– Fr. 10'204.– Fr. 10'204.– Fr. 11'094.– Bedarf Gesuchstellerin inkl. Steuern Fr. 05'721.– Fr. 05'721.– Fr. 05'721.– Fr. 05'721.– Bedarf Gesuchsgegner inkl. Steuern Fr. 03'339.– Fr. 03'339.– Fr. 04'129.– Fr. 04'349.– Bedarf Total Fr. 09'060.– Fr. 09'060.– Fr. 09'850.– Fr. 10'070.– Überschuss Gesuchstellerin Fr. 00'823.– Fr. 00'823.– Fr. 00'823.– Fr. 00'823.– Überschuss Gesuchsgegner – Fr. 03'339.– Fr. 00'321.– – Fr. 00'469.– Fr. 00'201.– Überschuss Total Fr. 00'000.– Fr. 01'144.– Fr. 00'354.– Fr. 01'024.–

E. 3.5.2

Daraus erhellt, dass ab 1. Januar 2016 die Gesamteinkünfte der Parteien den Familienbedarf übersteigen. Es stellt sich damit die Frage nach der Aufteilung des Überschusses. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist der

- 13 - Überschuss aus dem gesamten Einkommen beider Ehegatten, der nach Abzug des Bedarfs bleibt, in der Regel auf beide Ehegatten aufzuteilen. Dabei ist grundsätzlich nur dann eine hälftige Aufteilung vorzunehmen, wenn sich zwei Einpersonenhaushalte gegenüberstehen. Dagegen ist jenem Elternteil, der für minderjährige Kinder aufzukommen hat, regelmässig ein grösserer Anteil am Überschuss gutzuschreiben (vgl. BGE 126 III 8 E. 3c). Denn auch Kinder haben Anspruch auf einen Anteil am Überschuss.

E. 3.5.3

Die Gesuchstellerin arbeitet nebst der Betreuung der beiden Kinder in einem Vollzeitpensum, obschon sie nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung keiner Erwerbstätigkeit nachgehen müsste. Damit erbringt sie eine ganz erhebliche Mehrleistung. Dies ist bei der Überschussaufteilung zu berücksichtigen. Bei dieser Sachlage verfängt die in Rechtsprechung und Literatur angeführte Begründung für die gleichmässige Verteilung des Freibetrages nicht, es solle jedem Ehegatten ein möglichst gleich grosser finanzieller Spielraum zustehen (vgl. ZK-Bräm/Hasenböhler, Art. 163 ZGB N 111). Mit Blick auf den

Grundsatz der Gleich- behandlung der Ehegatten drängt es sich in casu vielmehr auf, der Gesuchstelle- rin einen ihrer Mehrleistung gerecht werdenden Anteil am Freibetrag zuzuweisen. Unter diesen Gesichtspunkten rechtfertigt es sich sogar, den Freibetrag vollum- fänglich der kinderbetreuenden Gesuchstellerin zuzuweisen.

E. 3.5.4

Der Unterhaltsanspruch entspricht folglich dem Bedarf der Gesuchstellerin zuzüglich eines allfälligen Freibetragsanteils im zuvor festgestellten Umfang ab- züglich ihres Einkommens: 1. August bis 31. 1. Januar bis 30. 1. Juli bis 30. Ab 1. Oktober Dezember 2015 Juni 2016 September 2016 2016 Bedarf Gesuchstellerin inkl. Steuern Fr. 05'721.- Fr. 05'721.- Fr. 05'721.- Fr. 05'721.- Anteil Überschuss Fr. 00'000.- Fr. 01'144.- Fr. 00'354.- Fr. 01'024.- ./Einkommen Gesuch- stellerin Fr. 06'544.- Fr. 06'544.- Fr. 06'544.- Fr. 06'544.- Unterhaltsanspruch Fr. 00'000.- Fr. 05'321.- Fr. 00'000.- Fr. 05'201.- Für die Zeit vom 1. August 2015 bis 31. Dezember 2015 sowie für die Zeit vom 1. Juli bis 30. September 2016 sah die Vorinstanz von der Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen ab (Urk. 41 E. II/7.1. und II/7.3.). Dies wurde nicht bean- standet und erweist sich nach den zuvor dargelegten Berechnungen als ange-

- 14 - messen. Für die Zeit vom 1. Januar 2016 bis 30. Juni 2016 sowie die Zeit ab 1. Oktober 2016 beträgt der Unterhaltsanspruch Fr. 321.- respektive Fr. 201.- für beide Kinder zusammen. Aus Praktikabilitätsgründen ist dieser Betrag auf Fr. 320.- (mithin Fr. 160.- pro Kind) respektive Fr. 200.- (mithin Fr. 100.- pro Kind) zu runden. Von der Zusprechung eines Unterhaltsbeitrages von monatlich Fr. 300.- pro Kind ist abzusehen, unabhängig davon, ob der Gesuchsgegner ei- nen solchen im vorinstanzlichen Verfahren beantragt hat oder nicht. Angesichts der in Kinderbelangen anwendbaren Offizial- und Untersuchungsmaxime ist das Gericht – entgegen der offenbaren Auffassung der Gesuchstellerin – nicht an ei- nen Parteiantrag gebunden (Art. 296 Abs. 3 ZPO). Ein Unterhaltsbeitrag von Fr. 300.- pro Kind erwiese sich denn auch angesichts der finanziellen Verhältnis- se der Parteien als unangemessen.

E. 3.5.5

Der Gesuchsgegner führt in seiner Berufungsschrift ins Feld, dass seine Bemühungen, für seine Kinder so viel wie möglich da zu sein, zu weniger verre- chenbaren Arbeitsstunden und damit zu einem geringeren (effektiven) Einkom- men führten. Bei der Festsetzung eines zu leistenden Unterhaltsbeitrages führe dies zu einer Schuldenwirtschaft, wodurch seine eigenen unausweichlichen Ver- pflichtungen auf der Strecke blieben. Dies zeige sein Auszug aus dem Betrei- bungsregister (Urk. 40 S. 3 a.E.). Wie vorangehende Erwägungen erhellen, ist der Gesuchsgegner durchaus in der Lage, pro Kind Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 160.- resp. Fr. 100.- zu leisten. Und dies unter Berücksichtigung der laufenden Steuern sowie unter Wahrung seines Existenzminimums. Es oblag ihm, sich um eine neue Anstellung mit einem Einkommen in der Höhe des hypothetischen zu bemühen. Soweit er sodann auf seinen Betreibungsregisterauszug verweist, ist anzumerken, dass der Gesuchsgegner offenbar bereits während geraumer Zeit seinen (unausweichli- chen) Verpflichtungen nicht nachgekommen ist (siehe auch Urk. 51 S. 3 ff.). Dass neue Betreibungen (bzw. Neuverschuldungen) einzig auf seine Unterhaltsver- pflichtung zurückzuführen sind, hat der Gesuchsgegner weder belegt noch liegt dies ohne Weiteres auf der Hand.

E. 3.6

Fazit Zusammengefasst ist der Gesuchsgegner damit zu verpflichten, an die Betreuung und Erziehung der beiden Kinder C._____ und D._____ folgende Unterhaltsbeiträge zu leisten: - 1. August 2015 bis 31. Dezember 2015: Fr.000.- - 1. Januar 2016 bis 30. Juni 2016: Fr. 160.- je Kind - 1. Juli 2016 bis 30. September 2016: Fr. 000.- - ab 1. Oktober 2016: Fr. 100.- je Kind. IV. 1. Kosten- und Entschädigungsfolgen

E. 4

Februar 2008, E. 3.1).

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