

ZH_OBERGERICHT LE170065 vom 16. April 2018

ZH Obergericht, 2018-04-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE170065

FR: ZH_OBERGERICHT LE170065 du 16 avril 2018

IT: ZH_OBERGERICHT LE170065 del 16 aprile 2018

Erwägungen

E. 1

Die Parteien sind seit dem tt. August 2008 verheiratet. Aus ihrer Ehe ging der gemeinsame Sohn C._____, geboren am tt.mm.2010, hervor. Mit Eingabe vom 6. Juni 2017 gelangte die Gesuchstellerin, Erstberufungsbeklagte und Zweitberufungsklägerin (nachfolgend Gesuchstellerin) an das Bezirksgericht Horgen (Vorinstanz) und ersuchte um Anordnung von Eheschutzmassnahmen (Urk. 1). Bezüglich des Verlaufs des vorinstanzlichen Verfahrens kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 41 E. 1 = Urk. 69 E. 1). Am 14. Juli 2017 fällte die Vorinstanz den eingangs wiedergegebenen Entscheid (Urk. 69). Er wurde den Parteien in begründeter Fassung am 26. Oktober 2017 zugestellt (Urk. 57/1 und 57/2).

E. 2

Sowohl die Gesuchstellerin als auch der Gesuchsgegner, Erstberufungskläger und Zweitberufungsbeklagte (nachfolgend Gesuchsgegner) haben gegen das vorinstanzliche Urteil fristgerecht mit Eingaben vom 3. bzw. 6. November 2017 (vgl. Urk. 68 und Urk. 81/68) Berufung erhoben, wobei sie die eingangs wiedergegebenen Anträge stellten. Die Erstberufung wurde unter der Geschäftsnummer LE170065 und die Zweitberufung unter LE170066 an Hand genommen.

- 12 -

E. 3

Die Parteien - die Gesuchstellerin im Erstberufungsverfahren (Urk. 77) und der Gesuchsgegner im Zweitberufungsverfahren (Urk. 81/76) - erstatteten rechtzeitig die jeweiligen Berufungsantworten. Mit Beschluss vom 5. Januar 2018 (Urk. 81/79 = Urk. 82) wurden die Berufungsverfahren LE170065 und LE170066 unter der Geschäftsnummer LE170065 vereinigt und weitergeführt.

E. 4

Mit Eingaben vom 6. respektive 7. Februar 2018 (Urk. 87 und Urk. 90) reichten die Parteien ihre jeweiligen Stellungnahmen zu den Berufungsantworten ins Recht. Mit Verfügung vom 21. Februar 2018 (Urk. 93) wurde die Gesuchstellerin zur Novenstellungnahme aufgefordert, welche am 5. März 2018 (Urk. 94) fristgerecht einging. Letztere wurde dem Gesuchsgegner mit Verfügung vom 20. März 2018 zur Kenntnisnahme gebracht (Urk. 96). Mit derselben Verfügung wurde den Parteien mitgeteilt, dass sich das Berufungsverfahren als spruchreif erweise und in die Phase der Urteilsberatung übergegangen sei.

E. 4.1

Phase I

E. 4.1.1

Die Vorinstanz berechnete das Einkommen des Gesuchsgegners in zwei Phasen: Die erste Phase wurde von August bis Dezember 2017 und die zweite Phase ab Januar 2018 für die weitere Dauer des Getrenntlebens festgesetzt. In der ersten Phase ging der Gesuchsgegner weiterhin einer selbständigen Erwerbstätigkeit in seiner Unternehmung F._____ GmbH nach. Die Vorinstanz stützte sich zur Beurteilung seines Einkommens auf Lohnblätter der Monate Januar bis Juni 2017 (Urk. 69 S. 32) und bezifferte das monatliche Nettoeinkommen (exklusive Kinderzulagen) auf Fr. 1'594.80 (Urk. 69 S. 32). Die Gesuchstellerin wertet das gesuchsgegnerische Einkommen von Fr. 1'500.- für die erste Phase angesichts des Familienbedarfs als "schlicht absurd und nicht plausibel" (Urk. 81/68 S. 8). Dem Gesuchsgegner sei in der ersten Phase ein Nettoeinkommen von Fr. 7'500.- anzurechnen (Urk. 68 S. 132). Die vom Gesuchsgegner eingereichten Unterlagen seien von diesem selbst erstellt worden und damit als reine Parteiaussagen zu werten. In der Vergangenheit habe der Gesuchsgegner mit seinem Einkommen einen Familienbedarf von Fr. 7'600.- decken müssen (Urk. 81/68 S. 11). Der Gesuchsgegner selbst habe in der Befragung einen Familienbedarf von Fr. 7'200.- bestätigt (Urk. 81/68 S. 11). Schliesslich beantragt die Gesuchstellerin, die Kinderunterhaltsbeiträge bereits ab Juni 2017 zuzusprechen.

E. 4.1.2

Die Vorinstanz merkte das Getrenntleben der Parteien ab dem 5. Juni 2017 vor, bewilligte den Kinderunterhalt für C._____ jedoch ohne nähere Begründung erst ab August 2017. Die Unterhaltspflicht beginnt mit der Aufnahme des Getrenntlebens, weshalb nachfolgend zu prüfen ist, ob für C._____ ab 1. Juni 2017 Unterhalt zuzusprechen ist.

E. 4.1.3

Bei Selbständigerwerbenden ist die finanzielle Verflechtung zwischen Privathaushalt und Unternehmen regelmässig gross und der Gewinnausweis relativ leicht beeinflussbar (Jann Six, Eheschutz, 2. Aufl., 2014, Rz 2.137). Daher wird

- 23 - bei der Berechnung des Einkommens von Selbständigerwerbenden auf das Durchschnittseinkommen einer Vergleichsperiode abgestellt (OGer ZH LE160045 vom 10.11.2016, E. III.3.4; OGer ZH LE150032 vom 21.01.2016, E. II.B.3.5; BGer 5A_684/2011 vom 31. Mai 2012 E. 2.2). Indem die Vorinstanz das Einkommen des Gesuchsgegners in der ersten Phase einzig auf die Lohnblätter der Monate Januar bis Juni 2017 stützte, wurde die finanzielle Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners nicht zuverlässig erstellt. Im Berufungsverfahren legte der Gesuchsgegner seine Lohnabrechnung für das Geschäftsjahr 2017 ins Recht (Urk. 89/2). Demnach verdiente er im Jahr 2017 ein Nettoeinkommen von Fr. 31'500.-. Hiervon sind die Kinderzulagen in der Höhe von Fr. 2'400.- abzuziehen und der in der Lohnabrechnung belastete Betrag von Fr. 2'000.- für die Nutzung des Privatfahrzeuges (im Bedarf entsprechend berücksichtigt) hinzuzurechnen. Dies ergibt ein jährliches Nettoeinkommen des Gesuchsgegners von Fr. 31'100.-, was einem monatlichen Nettolohn von Fr. 2'592.- entspricht. Neben der Lohnabrechnung für das Jahr 2017 liegen auch die Jahresrechnungen der Unternehmung des Gesuchsgegners ab 2014 bis 2016 im Recht. Die Erfolgsrechnungen weisen über die Jahre stark schwankende Dienstleistungserträge auf. Wurden im Jahr 2014 noch Fr. 163'018.- erwirtschaftet, waren es im Jahr 2016 nur noch Fr. 79'803.10. Vor diesem Hintergrund hätte die Vorinstanz die Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners für die

weitere Dauer seiner selbständigen Erwerbstätigkeit anhand eines Durchschnittserwerbs über mehrere Geschäftsjahre bemessen müssen. Die vom Gesuchsgegner ins Recht gelegten Jahresrechnungen von 2014 bis 2016 weisen in der Erfolgsrechnung eine jährliche Ausgabeposition "Personalaufwand" aus. Auf Vorhalt der Jahresrechnungen bestätigte der Gesuchsgegner in der vorinstanzlichen Anhörung, dass es sich dabei um sein jährliches Nettoeinkommen handle (Prot. I. S. 27). Somit ist das Nettoeinkommen des Gesuchsgegners über eine Vergleichsperiode von vier Jahren (2014 bis 2017) bekannt.

E. 4.1.4

Dem Einwand der Gesuchstellerin, der Gesuchsgegner habe, gemessen am ehelichen Bedarf, wesentlich mehr verdienen müssen, kann nicht gefolgt werden. Der Gesuchsgegner konnte mit Belegen aufzeigen, dass er in den letzten Ehejahren zahlreiche Schulden angehäuft hat. Der Gesuchsgegner kompensierte

- 24 - durch die Anhäufung der Schulden seinen schwankenden Erwerb. Vor diesem Hintergrund kann vom Bedarf der Familie nicht auf das Einkommen des Gesuchsgegners geschlossen werden. Der Gesuchsgegner seinerseits unterlässt es zu begründen, geschweige den glaubhaft zu machen, weshalb er vorbringt, in der ersten Phase gar keinen Unterhalt zu schulden.

E. 4.1.5

Zusammenfassend ist in der ersten Phase, in welcher der Gesuchsgegner selbständig war und seinen Lohn aus seiner Gesellschaft bezog, auf den Durchschnittswert der Nettoeinkommen der vergangenen vier Jahre abzustellen. Jahr Nettolohn pro Jahr Durchschnittl. Nettolohn pro Monat 2014 Fr. 31'118.65 Fr. 2'590.00 2015 Fr. 39'431.70 Fr. 3'285.00 2016 Fr. 27'250.00 Fr. 2'270.00 2017 Fr. 31'100.00 Fr. 2'590.00 Durchschnittl. Monatslohn 2014 - 2017 Fr. 2'685.00 Hieraus resultiert ein monatliches Nettoeinkommen des Gesuchsgegners von Fr. 2'685.- (exklusive Kinderzulagen).

E. 4.2

Phase II

E. 4.2.1

In der zweiten Phase ab Januar 2018 rechnete die Vorinstanz dem Gesuchsgegner ein hypothetisches monatliches Nettoeinkommen von Fr. 5'500.- (exklusive Kinderzulagen) an (Urk. 69 S. 34 f.). Die Vorinstanz stützte sich dabei auf frühere Löhne des Gesuchsgegners im Angestelltenverhältnis und auf den Verdienst eines Versicherungsmaklers im Aussendienst zwischen 30 und 40 Jahren gemäss dem Lohnbuch Schweiz 2017 (Fr. 6'298.- brutto; Urk. 69 S. 32). Der Gesuchsgegner bringt vor, er sei seit dem 1. Januar 2018 wiederum in einer Festanstellung bei der H._____ AG und verdiene dabei ein Nettoeinkommen von

- 25 - Fr. 3'800.- (Urk. 68 S. 4). Hierzu reicht er einen Arbeitsvertrag zwischen ihm und der H._____ AG vom 23. Oktober 2017 (Urk. 71/3) ins Recht. Der Gesuchsgegner führt aus, er habe sich mit "viel Energie um eine feste Anstellung beworben und diese auch gefunden" (Urk. 68 S. 4). Es handle sich nicht um einen Gefälligkeitsvertrag; er habe nie mehr verdient, als er heute verdiene, und was früher "dazu gekommen" sei, seien Zuschüsse der Familie gewesen (Urk. 87 S. 5). Er gelte als türkischer "Hilfsarbeiter", der seine Lehre abgebrochen habe und in der Versicherungsbranche nicht über eine einschlägige Ausbildung verfüge (Urk. 81/76 S. 9). Die Zeiten, in denen Makler zwischen Fr. 5'000.- und

10'000.- verdient hätten, seien "längst vorbei" (Urk. 68 S. 4). Es sei gerichtsnotorisch, dass die ...- Versicherung in den letzten Jahren eine Vielzahl von Arbeitsstellen abgebaut habe (Urk. 68 S. 4). Gemäss der Gesuchstellerin gibt es im Einkommen des Gesuchsgegners keinen Unterschied zwischen der ersten und der zweiten Phase. Demnach habe der Gesuchsgegner auch in der zweiten Phase ein Einkommen von Fr. 7'500.- beizubringen (Urk. 68 S. 12). Der Gesuchsgegner sage selbst, dass er als Angestellter teilweise bis zu Fr. 7'200.- verdient habe (Urk. 68 S. 13). Die beantragten Fr. 7'200.- entsprächen auch dem Lohnrechner "Salarium", wonach ungelernete Versicherungsmakler einen durchschnittlichen Lohn von Fr. 8'975.- verdienen würden (Urk. 68 S. 12). Die Vorinstanz habe den Gesuchsgegner im Lohnbuch Schweiz 2017 falsch eingestuft, da er bald 40 Jahre alt und daher in einer höheren Kategorie einzustufen sei (Urk. 68 S. 12).

E. 4.2.2

Der Gesuchsgegner macht geltend, nie mehr verdient zu haben als in seiner heutigen Anstellung. Früher seien einzig noch Zuschüsse der Familie hinzugekommen. Dieser Aussage kann nicht gefolgt werden. Noch vor Vorinstanz gab der Gesuchsgegner zu Protokoll, als angestellter Versicherungsmakler zwischen Fr. 4'500.- und Fr. 7'200.- verdient zu haben (Prot. I. S. 25). Dieses Einkommen ist klar höher als der nun vorgebrachte Lohn von Fr. 3'800.-. Der Gesuchsgegner bringt weiter vor, seine aktuelle Anstellung mit "viel Energie" gefunden zu haben. Aufgrund seiner Ausbildung und Nationalität habe er auf dem Arbeitsmarkt kaum Chancen gehabt. Diese Aussage des Gesuchsgegners ist nicht glaubhaft. Vor seiner Selbständigkeit hatte der Gesuchsgegner mit derselben Ausbildung und derselben Nationalität gemäss eigenen Angaben Anstellungen mit Einkünften

- 26 - zwischen Fr. 4'500.- und Fr. 7'200.-. Nun, da der Gesuchsgegner in derselben Sparte eine zusätzliche - über zehnjährige - Berufserfahrung als Selbständigerwerbender nachweisen kann, sollen sich die Chancen auf dem Arbeitsmarkt verschlechtern haben. Weshalb dem so ist, wurde vom Gesuchsgegner weder substantiiert vorgebracht noch belegt. Der Gesuchsgegner begnügt sich mit der Behauptung, es sei gerichtsnotorisch, dass beispielsweise die ...-Versicherung in den letzten Jahren eine Vielzahl von Arbeitsstellen abgebaut habe, und die Zeiten, in denen Makler zwischen CHF 5'000.- und CHF 10'000.- verdienen konnten, seien längst vorbei. Damit genügt der Gesuchsgegner seiner Begründungspflicht nicht. Die Vorinstanz hat bei der Festsetzung eines hypothetischen Einkommens zu Recht auf die bisherige Tätigkeit des Gesuchsgegners und sein vor der Anstellung bei der F._____ GmbH erzielteres Einkommen abgestellt und dabei auch das Lohnbuch Schweiz 2017 herangezogen (Urk. 69 S. 33 f.). Will dies der Gesuchsgegner anfechten, hat er substantiiert darzutun, weshalb es ihm dennoch nicht möglich ist, dieses Einkommen zu erzielen. Nicht massgeblich ist, dass er sich nun zu einem markant tieferen Lohn hat anstellen lassen, als ihm die Vorinstanz angerechnet hat. Mit der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens wird nämlich dem Verpflichteten auferlegt, dasjenige Einkommen zu erzielen, welches mit zumutbarem Aufwand und gutem Willen tatsächlich erzielt werden kann (BGE 128 III 4, E. 4a ff.). Folglich ist dem Gesuchsgegner ein höheres als das derzeit erzielte Einkommen durchaus zumutbar und möglich.

E. 4.2.3

Hinsichtlich der Höhe des erzielbaren Lohnes ist unter anderem auf das Salarium (www.lohnrechner.bfs.admin.ch) zu verweisen. Hier müssen im Internet mindestens sechs

obligatorische Kriterien angegeben werden. Weitere Angaben sind freiwillig. Wenn keine Kategorie ausgewählt wird, verwendet das Salarium den häufigsten Wert, der in der Erhebung beobachtet wurde. Konkret ist vorliegend von folgenden Kriterien auszugehen: Region: Zürich (ZH) Branche: 65 Versicherungen, Pensionskassen (ohne Sozialversicherung) Berufsgruppe: 33 Nicht akademische betriebswirtschaftliche u. kaufmännische Fachkräfte

- 27 - Stellung im Betrieb: Ohne Kaderfunktion Wochenstunden: 42 Ausbildung: Unternehmensinterne Ausbildung Alter: 39 Dienstjahre: 0 (häufigster Wert Salarium) Unternehmensgrösse: Weniger als 20 Beschäftigte 12/13 Monatslohn: 12. Monatslohn Sonderzahlungen: Ja (häufigster Wert Salarium) Stunden/Monatslohn: Monatslohn Niedergelassene: Kat. C Bei der Anwendung dieser Kriterien resultiert ein Medianbruttolohn von Fr. 6'830.-. Zieht man hiervon einen Betrag von Fr. 780.- für die Sozialbeiträge ab (vgl. <https://www.ethz.ch/de/die-eth-zuerich/arbeiten-lehren-forschen/welcome-center/services-und-downloads/lohnrechner.html>, Jahreslohn: 81'960.-, Beschäftigungsgrad: 100%, Alter: 39), kann der Gesuchsgegner gemäss Salarium einen monatlichen Nettolohn von Fr. 6'050.- erzielen. Die Vorinstanz stützte die Höhe des hypothetischen Einkommens auf das Lohnbuch Schweiz 2017 der Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Zürich, wonach ein Versicherungsmakler im Aussendienst im Alter zwischen 30 und 40 Jahren einen Bruttolohn von Fr. 6'298.- erzielen kann. Im Lohnbuch Schweiz erfolgt die Alters-einstufungen in Zehnjahreskategorien. Die einzelnen Einstufungen weisen daher merkliche Lohnunterschiede auf. Aktuell ist der Gesuchsgegner über 39 Jahre alt. Aufgrund der grossen Altersspanne in den jeweiligen Kategorien rechtfertigt sich eine Einstufung des Gesuchsgegners in die Lohnklasse ab 40 Jahren. In dieser Lohnklasse kann der Gesuchsgegner ein Bruttoeinkommen von Fr. 6'958.- erzielen. Hiervon sind die Sozialbeiträge von Fr. 797.- (wiederum: <https://www.ethz.ch/de/die-eth-zuerich/arbeiten-lehren-forschen/welcome-center/services-und-downloads/lohnrechner.html>, Bruttojahreslohn: Fr. 83'496, Beschäftigungsgrad: 100%, Alter: 40) abzuziehen. Somit kann der Gesuchsgegner gemäss der Einstufung nach dem Lohnbuch Schweiz 2017 ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 6'161.- erwirtschaften. Überdies sind die Löhne des Gesuchsgegners in früheren Anstellungen zu berücksichtigen. Gemäss den Anga-

- 28 - ben des Gesuchsgegners waren dies bis zu Fr. 7'200.-. Unter Berücksichtigung all dieser Informationen rechtfertigt es sich, dem Gesuchsgegner ein hypothetisches Nettoeinkommen (exklusive Kinderzulagen) von Fr. 6'100.- anzurechnen.

E. 4.2.4

Ein hypothetisches Einkommen darf grundsätzlich nicht rückwirkend, sondern erst nach Ablauf einer angemessenen Übergangsfrist angerechnet werden (OGer ZH LE160046 vom 07.11.2016, E.III.3.2.4). Entscheidend ist dabei, inwiefern die geforderte Umstellung für die betroffene Person voraussehbar war (BGer 5A_224/2016 vom 13. Juni 2016, E. 3.3. m.w.H.). Massgebend ist damit die Zustimmung des erstinstanzlichen Urteils (OGer ZH LE150010 vom 09.07.2015, E. III.C.3.3). Ab der Zustellung des erstinstanzlichen Urteils im Juli 2017 (Urk. 42/2) war es für den Gesuchsgegner damit voraussehbar, dass er einen höheren Verdienst würde erzielen müssen. Die rückwirkende Anrechnung ab dem 1. Januar 2018 ist vorliegend gerechtfertigt.

E. 4.2.5

Zusammengefasst ist dem Gesuchsgegner in der zweiten Phase, d.h. ab dem 1. Januar 2018, ein hypothetisches Nettoeinkommen von Fr. 6'100.- zumutbar und möglich. 5. Bedarf des Gesuchsgegners

E. 5

In Kinderbelangen gilt unabhängig vom Verfahren die Untersuchungsmaxime (Art. 296 Abs. 1 ZPO). Danach hat der Richter den Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen, bis über die erforderlichen Tatsachen hinreichende Klarheit besteht (BGer 5A_59/2016 vom 1. Juni 2016, E. 4.4). Aus diesem Grund ist ein Gericht verpflichtet, Beweismassnahmen anzuordnen, falls diese zulässig und zur Klärung des massgeblichen Sachverhalts notwendig sind (BGer 5A_645/2016 vom 18. Mai 2017, E. 3.2.4.).

E. 5.1

Die Vorinstanz setzte den Bedarf des Gesuchsgegners auf Fr. 3'366.- fest. Der Gesuchsgegner bemängelt den für seine Krankenkassenprämien eingesetzten Betrag von CHF 157.- (Urk. 68 S. 5): Er bezahle per 1. Januar 2018 einen Prämienbetrag von Fr. 312.- (Urk. 68 S. 5). Überdies habe er in E._____ eine Zweizimmerwohnung zum Preis von CHF 1'490.- inklusive Nebenkosten gefunden (Urk. 87 S. 2). Sein Bedarf sei entsprechend höher. Die Gesuchstellerin rügt die seitens der Vorinstanz im Bedarf des Gesuchsgegners für die erste Phase eingesetzten Wohnkosten. Der Gesuchsgegner habe in seinem Büro gewohnt, weshalb ihm auch keine Wohnkosten entstanden seien (Urk. 81/68 S. 13). Hinsichtlich des neuen Mietvertrages bringt die Gesuchstellerin vor, die Akontozah-

- 29 - lungen von Fr. 200.- für Nebenkosten würden bei einem Einpersonenhaushalt nicht vollständig benötigt (Urk. 94 S. 2). Zusammenfassend sind damit in der ersten Phase die Wohnkosten und in der zweiten Phase die Krankenkassenprämien und die Wohnnebenkosten des Gesuchsgegners strittig.

E. 5.2

Die Vorinstanz rechnete dem Gesuchsgegner über beide Phasen einen monatlichen Betrag von Fr. 1'400.- für Wohnkosten an. Der Gesuchsgegner lebte jedoch in der ersten Phase unbestrittenermassen in den Lokalitäten seines Unternehmens (Urk. 87 S. 2). Die Kosten für die Räumlichkeiten des Unternehmens wurden von der GmbH getragen (vgl. Urk. 21/18). Der Gesuchsgegner hatte damit in der ersten Phase keine effektiven Wohnkosten. Somit sind dem Gesuchsgegner in der ersten Phase keine Wohn- und Nebenkosten anzurechnen. In der zweiten Phase sind lediglich die Nebenkosten der neuen Wohnung des Gesuchsgegners strittig. Da vorliegend jedoch der Mietvertrag auf eine Person ausgestellt ist, muss davon ausgegangen werden, dass auch die Nebenkosten auf eine Person ausgerichtet sind (Urk. 89/1). Überdies ist der Nebenkostenbetrag von Fr. 200.- für eine Zweizimmerwohnung auch bei einem Einpersonenhaushalt durchaus gerichtsüblich, weshalb sich die Anrechnung des Betrags von Fr. 200.- rechtfertigt. Somit ist dem Gesuchsgegner in der ersten Phase für die Wohn- und Nebenkosten kein Betrag einzusetzen und in der zweiten Phase entstehen ihm Kosten von Fr. 1'490.- pro Monat.

E. 5.3

Es trifft zu, dass der Gesuchsgegner ab Januar 2018 eine Krankenkassenprämie von Fr. 312.- hat. Da dem Gesuchsgegner in der zweiten Phase, mithin ab Januar 2018, ein hypothetisches Einkommen von Fr. 6'100.- angerechnet wird, darf auch nicht mehr von

einer Prämienverbilligung ausgegangen werden. Damit ist die Rüge des Gesuchsgegners hinsichtlich der Höhe der ihm angerechneten Krankenversicherungsprämien gerechtfertigt. Dem Gesuchsgegner ist in der zweiten Phase ab Januar 2018 im Bedarf ein Betrag von Fr. 312.- für die Krankenversicherungsprämie einzusetzen. Im Jahr 2017 kam der Gesuchsgegner in den Genuss einer Prämienvergünstigung (Urk. 21/5) weshalb in der ersten Phase weiter-

- 30 - hin von monatlichen Krankenversicherungsprämien von rund Fr. 157.- auszugehen ist.

E. 5.4

Zusammenfassend hat der Gesuchsgegner damit in der ersten Phase einen Bedarf von Fr. 1'936.-. In der zweiten Phase ist ihm ein Bedarf von Fr. 3'589.- anzurechnen.

Bedarfsposition Gesuchsgegner 1. Phase 2. Phase Grundbetrag 1'200.00 1'200.00 Wohninkl. Nebenkosten 0.00 1'490.00 KVG 157.00 312.00 Kommunikation inkl. Billag 120.00 120.00 Mobilitätskosten 242.00 242.00 Auswärtige Verpflegung 217.00 217.00 Total Bedarf 1'936.00 3'581.00 6. Unterhaltsberechnung

E. 6

Der Gesuchsgegner hat im vorinstanzlichen Verfahren zahlreiche Unterlagen eingereicht: Die Steuererklärung 2016 (Urk. 21/6), die Schlussrechnung der Steuerjahre 2014 und 2015 (Urk. 21/20), die provisorischen Steuerrechnungen der Jahre 2016 und 2017 (Urk. 21/20), den Lohnausweis 2016 (Urk. 21/17), die Jahresrechnungen seiner GmbH für die Jahre 2014 bis 2016 (Urk. 21/18), die Kontobewegungen seines Postkontos (Nr. 1) für die Zeit vom 1. April 2017 bis zum 30. Juni 2017 (Urk. 21/19) sowie einen Darlehensvertrag mit seiner Mutter

- 16 - über Fr. 68'000.- (Urk. 21/7) und Abrechnungen über Kundenbeziehungsweise Kreditkartenschulden per Mai/Juni 2017 (Urk. 21/11-15). Im Berufungsverfahren legte der Gesuchsgegner überdies die Kontobewegungen seines Postkontos (Nr. 1) für die Zeit vom 1. Juli 2017 bis zum 31. Oktober 2017 (Urk. 71/5) sowie eine Lohnabrechnung für das Geschäftsjahr 2017 (Urk. 89/2) ins Recht. Für die Jahre 2016 und 2017 liegen damit umfangreiche Unterlagen zur finanziellen Situation des Gesuchsgegners im Recht (Steuererklärung, Kontobewegungen, Kartenabrechnungen, Lohnabrechnung). Anhand der Schlussrechnungen für die Steuerjahre 2014 und 2015 lässt sich zudem die finanzielle Situation des Gesuchsgegners in den Vorjahren ableiten. Überdies hat der Gesuchsgegner die kompletten Jahresrechnungen seiner GmbH von 2016 bis ins Jahr 2014 (Urk. 21/18) ins Recht gelegt. Hierzu reichte er auch eine Mandatsbestätigung der Treuhandunternehmung G._____ Treuhand ein, welche bestätigt, die Buchhaltung der GmbH des Gesuchsgegners seit 2009 vorgenommen zu haben (Urk. 89/3). Somit liegen die wesentlichen Unterlagen zur Beurteilung der finanziellen Situation des Gesuchsgegners im Rahmen des summarischen Verfahrens vor.

E. 6.1

Aufgrund der vorstehenden Erwägungen resultiert sowohl für die erste wie auch für die zweite Phase eine höhere Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners und damit in beiden Phasen höhere Unterhaltsbeiträge für C._____.

E. 6.2

In der ersten Phase ist von einem Nettoeinkommen des Gesuchsgegners von Fr. 2'685.- auszugehen. Nach der Deckung seines Bedarfs von Fr. 1'936.- verbleiben dem Gesuchsgegner noch rund Fr. 750.-. Der Gesuchsgegner hat daher in der ersten Phase vom 1. Juni 2017 bis zum 31. Dezember 2017 einen Unterhaltsbetrag von Fr. 750.- zuzüglich allfälliger Kinder- und Familienzulagen an C._____ zu leisten. Der Betrag wird vollumfänglich dem Barunterhalt von C._____ (in der Höhe von Fr. 1'090.-; vgl. Urk. 69 S. 49) angerechnet. Demnach bleibt der

- 31 - Barunterhalt im Umfang von Fr. 340.- ungedeckt. Der Betreuungsunterhalt von C._____ bleibt vollständig ungedeckt. Diese Mankoberechnung erfolgt ohne Berücksichtigung allfälliger Kinder- und Familienzulagen.

E. 6.3

In der zweiten Phase ist dem Gesuchsgegner ein hypothetisches Einkommen von Fr. 6'100.- (exklusive Kinder- und Familienzulagen) anzurechnen. Diesem Einkommen steht ein Bedarf von Fr. 3'581.- gegenüber. Damit verbleibt dem Gesuchsgegner nach Deckung seines Bedarfs ein Überschuss von Fr. 2'519.-. Diesen Überschuss bzw. gerundet Fr. 2'520.- hat der Gesuchsgegner zuzüglich allfälliger Kinder- und Familienzulagen an den Unterhalt von C._____ zu leisten. Dabei entfallen Fr. 1'090.- auf den Bar- und gerundet Fr. 1'430.- auf den Betreuungsunterhalt von C._____. Der Betreuungsunterhalt von C._____ wird im Umfang von Fr. 1'419.- nicht gedeckt. Diese Mankoberechnung erfolgt ohne Berücksichtigung der Kinder- und Familienzulagen. V. Kosten- und Entschädigungsfolgen A. Erstinstanzliches Verfahren Die Vorinstanz auflegte die Gerichtskosten den Parteien je zur Hälfte und sprach entsprechend keine Parteientschädigungen zu (Urk. 69 S. 53 ff.). Diese Kosten- und Entschädigungsregelung wurde im Berufungsverfahren nicht angefochten. Trifft die Rechtsmittelinstanz eine neue Entscheidung, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Auch nach der vorgenommenen Korrektur des angefochtenen Urteils erscheint eine hälftige Kostenauflegung für das erstinstanzliche Verfahren angemessen. Das vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Urk. 69 S. 53 ff., Dispositivziffer 14 bis 16) ist demnach zu bestätigen.

- 32 - B. Zweitinstanzliches Verfahren 1. Abschliessend ist über die zweitinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen zu befinden. Für das vorliegende Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 2 lit. b GebV OG eine pauschale Entscheidegebühr von Fr. 4'500.- festzusetzen. 2. Umstritten waren im vorliegenden Berufungsverfahren im Wesentlichen die Kinderunterhaltsbeiträge sowie ein kleiner Teil des Besuchsrechts. Überdies waren Editionsanträge der Gesuchstellerin zu beurteilen. Hinsichtlich der nicht-finanziellen Kinderbelange sind die Verfahrenskosten gemäss ständiger Praxis der erkennenden Kammer - unabhängig vom Verfahrensausgang - den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen, sofern unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses gute Gründe zur Antragsstellung hatten (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO; ZR 84 Nr. 41). Vorliegend besteht keine Veranlassung, von dieser Praxis abzuweichen, so dass die Verfahrenskosten bezüglich der Kinderbelange den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen sind. 3. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen mit Bezug auf die Kinderunterhaltsbeiträge richten sich demgegenüber nach Obsiegen und Unterliegen. Der Gesuchsgegner beantragt eine Reduktion der Kinderunterhaltsbeiträge auf Fr. 300.- und eine Unterhaltspflicht ab Januar 2018 (Urk. 68 S. 2 f.). Damit verlangt er ausgehend von einer Gültigkeitsdauer der vorliegenden Eheschutzmassnahmen von drei

Jahren ab Aufnahme des Getrenntlebens die Festsetzung eines Unterhaltsanspruchs von insgesamt Fr. 8'700.- (29 x Fr. 300.-). Die Gesuchstellerin ersuchte um Beiträge von Fr. 3'740.- ab dem Getrenntleben (Urk. 81/68 S. 2 f.), mithin um Unterhaltsbeiträge von Fr. 134'640.- (36 x Fr. 3'740.-). Im Ergebnis beträgt die Unterhaltspflicht des Gesuchsgegners über eine mutmassliche Gültigkeitsdauer der vorliegenden Eheschutzmassnahmen von drei Jahren insgesamt Fr. 78'330.- (7 x Fr. 750.- + 29 x Fr. 2'520.-). Mit dem vorliegenden Entscheid erfahren die Unterhaltsbeiträge im Vergleich zum vorinstanzlichen Urteil zwar eine leichte Erhöhung, jedoch nicht im von der Gesuchstellerin beantragten Umfang. Der Gesuchsgegner unterliegt beim Kinderunterhalt mehrheitlich. Jedoch unterliegt die Gesuchstellerin bei ihren Editionsbegehren vollumfänglich. Vor diesem Hinter-

- 33 - grund hält sich das Obsiegen und Unterliegen der Parteien im Berufungsverfahren gesamthaft betrachtet in etwa die Waage. Die Prozesskosten für das Berufungsverfahren sind den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteischädigungen wettzuschlagen. 4. Den Parteien wurde mit Beschluss vom 5. Januar 2018 (Urk. 83) für das vorliegende Berufungsverfahren bereits die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und eine unentgeltliche Rechtsvertretung bestellt. Infolge dessen sind die Gerichtskosten einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen, unter Hinweis auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO. Es wird beschlossen: 1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositivziffern 1 bis 8 (ohne 5 Lemma 3) sowie 12 und 13 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 14. Juli 2017 in Rechtskraft erwachsen sind. 2. Die von der Gesuchstellerin gestellten Editionsbegehren werden abgewiesen. 3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis. Es wird erkannt: 1. Der Gesuchsgegner wird berechtigt und verpflichtet, den gemeinsamen Sohn auf eigene Kosten wie folgt zu betreuen: - [Lemma 1: unverändert (rechtskräftig)] - [Lemma 2: unverändert (rechtskräftig)] - ab 1. Mai 2018 jeweils in geraden Kalenderwochen von Freitag 18.00 Uhr bis Sonntag 18.00 Uhr und in ungeraden Kalenderwochen

- 34 - am Mittwochnachmittag nach Schulschluss bis Donnerstagmorgen Schulbeginn; - [Lemma 4: unverändert (rechtskräftig)] - [Lemma 5: unverändert (rechtskräftig)] [weitere Besuchsregelungen: unverändert (rechtskräftig)] 2. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin folgende monatliche, jeweils im Voraus auf den ersten des Monats zahlbare Kinderunterhaltsbeiträge, zuzüglich allfälliger gesetzlicher und/oder vertraglicher Familienzulagen, zu bezahlen: - Fr. 750.- rückwirkend ab 1. Juni 2017 bis 31. Dezember 2017 - Fr. 2'520.- ab 1. Januar 2018 für die weitere Dauer des Getrenntlebens (wobei Fr. 1'090.- auf den Barunterhalt und Fr. 1'430.- auf den Betreuungsunterhalt entfallen). 3. Mit dem festgesetzten Unterhaltsbeitrag ist der gebührende Unterhalt des gemeinsamen Sohnes C._____ nicht gedeckt. Bis zum 31. Dezember 2017 fehlt (ohne Berücksichtigung allfälliger Kinder- und Familienzulagen) monatlich ein Barbetrag von Fr. 340.- und der komplette Betreuungsunterhalt von Fr. 2'849.-. Ab dem 1. Januar 2018 fehlt (wiederum ohne Berücksichtigung der Kinder- respektive Familienzulagen) monatlich ein Betrag von Fr. 1'419.-, welcher gänzlich auf den Betreuungsunterhalt entfällt. 4. Der festgesetzte Unterhaltsbeitrag gemäss Ziff. 2 bzw. die festgestellten Mankos gemäss Ziff. 3 basieren auf den folgenden finanziellen Grundlagen der Parteien: - Monatliches Nettoeinkommen des Sohnes C._____: Fr. 200.- - Monatliches Nettoeinkommen der Gesuchstellerin: Fr. 0.- - Vermögen der Gesuchstellerin: Fr. 0.-

- 35 - - Monatliches Nettoeinkommen des Gesuchsgegners (exkl. Kinderzulagen): 1. Juni 2017 bis 31. Dezember 2017 Fr. 2'685.- ab 1. Januar 2018 (hypothetisch) Fr. 6'100.- - Vermögen des Gesuchsgegners Fr. -62'901.- - Kinderunterhalt: Barbedarf des Sohnes C. _____ Fr. 1'090.- - Betreuungsunterhalt des Sohnes C. _____ Fr. 2'849.- - Notbedarf der Gesuchstellerin: Fr. 3'214.- - Notbedarf des Gesuchsgegners: vom 1. Juni 2017 bis zum 31. Dezember 2017 Fr. 1'936.- ab dem 1. Januar 2018 Fr. 3'581.- 5. Das vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Dispositiv-Ziffern

E. 7

Die von der Gesuchstellerin geforderten Unterlagen zielen im Wesentlichen auf eine Analyse des Ausgabeverhaltens des Gesuchsgegners ab. Anhand dieses Ausgabeverhaltens kann jedoch nicht abschliessend nachgewiesen werden, ob das ausgegebene Geld aus Einkommen - oder wie vom Gesuchsgegnern behauptet - aus Darlehen von Freunden und Familie stammt. Dies zeigt sich exemplarisch anhand der von der Gesuchstellerin vorgebrachten Abrechnung der Supercard Mastercard vom 23. Mai 2017 (Urk. 21/12). Gemäss der Gesuchstellerin ist diese Abrechnung und die darauf ersichtliche Zahlung von CHF 991.10 ein Indiz für die Existenz eines bisher unbekanntes Postkontos des Gesuchsgegners (Urk. 81/68S. 10). Gemäss dem Gesuchsgegnern stammt das Geld indes nicht von einem weiteren Konto, sondern aus einem Darlehen seiner Mutter. Tatsächlich spricht die am Tag der Überweisung der Supercard Mastercard belastete Einzahlungsgebühr der Post für die Glaubhaftigkeit der Aussage des Gesuchsgegners:

- 17 - Die Post erhebt solche Gebühren regelmässig beim Zahlungsempfänger von Einzahlungen am Postschalter und nicht bei Überweisungen von andern Postkonten. Die bereits im Recht liegenden Jahresrechnungen der Unternehmung des Gesuchsgegners dokumentieren sämtliche Vermögensabflüsse der Gesellschaft bis ins Jahr 2014 zurück. Diese Buchhaltung wurde gemäss Mandatsbestätigung vom 16. Januar 2018 (Urk. 89/3) von einem Treuhandunternehmen geführt. Somit lässt sich glaubhaft bestimmen, welche Mittel der Gesuchsgegnern der GmbH entnommen hat. Aus den vorgenannten Gründen ist der Editionsantrag der Gesuchstellerin hinsichtlich der geforderten Unterlagen zum Ausgabeverhalten des Gesuchsgegners abzuweisen.

E. 8

Die Gesuchstellerin verlangt überdies die Edition von Jahresrechnungen der GmbH des Gesuchsgegners bis ins Jahr 2011 und Steuererklärungen des Gesuchsgegners bis ins Jahr 2007 zurück. Im Eheschutzverfahren ist grundsätzlich auf die aktuelle Einkommenssituation abzustellen (Jann Six, Eheschutz, 2. Aufl., 2014, Rz 2.136). Eine Ausnahme bildet die Berechnung des Einkommens von Selbständigerwerbenden. Hier wird dem schwankenden Einkommen Rechnung getragen, indem grundsätzlich auf das Durchschnittseinkommen der letzten drei Jahre abgestellt wird (OGer ZH LY160041 vom 28.03.2017, E. 3.4.1). Wie vorstehend dargelegt, hat der Gesuchsgegnern die einschlägigen Dokumente zur Bestimmung seines Einkommens bis ins Jahr 2014 dem Gericht beigebracht. Damit kann das Durchschnittseinkommen des Gesuchsgegners anhand von mehreren Jahren beurteilt werden. Die entsprechenden Anträge um Edition von zusätzlichen Unterlagen des Unternehmens des Gesuchsgegners sind daher ebenfalls abzuweisen.

E. 9

Zusammenfassend ist der Antrag der Gesuchstellerin um Abänderung des Besuchsrechts gutzuheissen und die Dispositivziffer 5 Spiegelstrich drei des vorinstanzlichen Urteils dahingehend anzupassen, als der Gesuchsgegner berechtigt und verpflichtet wird, C._____ ab dem 1. Mai 2018 an Wochenenden gerader Kalenderwochen von Freitag 18:00 Uhr bis Sonntag 18:00 Uhr sowie in ungeraden Kalenderwochen vom Mittwochnachmittag nach Schulschluss bis Donnerstagmorgen Schulbeginn zu sich respektive mit sich auf Besuch zu nehmen.

- 21 - B. Kinderunterhaltsbeiträge 1. Die Vorinstanz verpflichtete den Gesuchsgegner zur Leistung monatlicher Kinderunterhaltsbeiträge für C._____ von Fr. 400.- zuzüglich Kinderzulagen vom 1. August 2017 bis zum 31. Dezember 2017. Ab dem 1. Januar 2018 erhöhen sich die Kinderunterhaltsbeiträge auf Fr. 2'134.- zuzüglich Kinderzulagen, wobei Fr. 890.- dem Barunterhalt und Fr. 1'244.- dem Betreuungsunterhalt von C._____ zukommen. Die Vorinstanz hielt fest, dass der gebührende Unterhalt von C._____ mit den festgesetzten Unterhaltsbeiträgen nicht gedeckt sei. Bis zum 31. Dezember 2017 fehle ein monatlicher Betrag von Fr. 3'339.-, wobei Fr. 2'849.- auf den Betreuungsunterhalt entfallen würden. Ab dem 1. Januar 2018 entstehe beim Betreuungsunterhalt ein Fehlbetrag von Fr. 1'605.- (Urk. 69 S. 51 f.). Der Gesuchsgegner sieht in der ersten Phase keine Notwendigkeit zur Leistung von Kinderunterhaltsbeiträgen. Er beantragt, diese erst ab Januar 2018 und nur im Betrag von CHF 300.- nebst Kinderzulagen festzusetzen (Urk. 68 S. 5). Die Gesuchstellerin beantragt einen Kinderunterhalt von Fr. 3'740.- zuzüglich Kinderzulagen ab dem 1. Juni 2017 für die weitere Dauer des Getrenntlebens. Hiervon würden Fr. 890.- auf den Barunterhalt und Fr. 2'850.- auf den Betreuungsunterhalt von C._____ entfallen (Urk. 81/68 S. 14 und Urk. 77 S. 7). 2. Die Anträge der Parteien zum Kinderunterhalt basieren auf unterschiedlichen Berechnungen des Einkommens und Bedarfs des Gesuchsgegners (Urk. 68 S. 4; Urk. 77 S. 4 ff.; Urk. 81/68 S. 6). Das Einkommen und der Bedarf der Gesuchstellerin und von C._____ wurden nicht angefochten (Urk. 81/68 S. 6, Urk. 81/76 S. 6 und Urk. 81/90 S. 8). 3. Was die rechtlichen Prämissen in Bezug auf Kinderunterhalt anbelangt, kann auf die vorinstanzlichen Ausführungen und die dort aufgeführten Zitate aus Lehre und Praxis verwiesen werden (Urk. 69 S. 25 ff.). Insbesondere wird auch auf die korrekten Ausführungen zur angewandten Methode der Unterhaltsberechnung verwiesen (Urk. 69 S. 26 ff.).

- 22 - 4. Einkommen des Gesuchsgegners

E. 14

bis 16) wird bestätigt. 6. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'500.- festgesetzt. 7. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung im Sinne von Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten. 8. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen. 9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage einer Kopie von Urk. 97A, an das Migrationsamt des Kantons Zürich, an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Horgen (im Dispositivauszug Ziffer 1 des Beschlusses und Ziffern 1 und 9 des Urteils) sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück. 10. 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 Endentscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 90 und 98 BGG. Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 16. April 2018 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: MLaw K. Peterhans versandt am: mc

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