

ZH_OBERGERICHT LE180024 vom 27. November 2018

ZH Obergericht, 2018-11-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE180024

FR: ZH_OBERGERICHT LE180024 du 27 novembre 2018

IT: ZH_OBERGERICHT LE180024 del 27 novembre 2018

Erwägungen

E. 1

Die Parteien sind verheiratet und haben einen gemeinsamen Sohn: C._____, geboren am tt.mm.2016. Seit dem 17. Januar 2017 standen sie sich vor Vorinstanz in einem Eheschutzverfahren gegenüber. Betreffend den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 88 E. 1 = Urk. 91 E. 1). Die Vorinstanz regelte das Getrenntleben der Parteien mit zunächst unbegründetem Urteil vom 28. Februar 2018 (Urk. 77). Mit Verfügung vom 9. März 2018 berichtigte sie das Urteil hinsichtlich Dispositiv- Ziffer 7 (Urk. 82). Am 9. Mai 2018 wurde den Parteien – auf Verlangen des Be- klagten und Berufungsklägers (fortan Beklagter; vgl. Urk. 84) – die begründete und zudem mit Verfügung vom 4. Mai 2018 hinsichtlich Dispositiv-Ziffer 5 berich- tigte Fassung des Urteils zugestellt (Urk. 88 = Urk. 91).

E. 1.1

Die Vorinstanz verpflichtete den Beklagten, der Klägerin für die Dauer des Getrenntlebens monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 5'160.– (davon Fr. 3'022.– Barbedarf, Fr. 2'138.– Überschussbeteiligung und Fr. 0.– Betreuungsunterhalt) zzgl. vertragliche oder gesetzliche Kinder-, Familien- oder Ausbildungszulagen an

- 10 - den Barunterhalt des Sohnes C._____ rückwirkend per 1. Dezember 2016 zu be- zahlen. Des Weiteren verpflichtete sie den Beklagten, der Klägerin für sie persön- lich für die Dauer des Getrenntlebens monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 4'275.– rückwirkend per 1. September 2016 zu bezahlen (Urk. 91 Dispositiv- Ziffern 5 und 7).

E. 1.2

Der Beklagte beantragt, er sei rückwirkend per Dezember 2016 zu monatl- chen Unterhaltsbeiträgen von Fr. 3'488.– für C._____ und von Fr. 932.– für die Klägerin zu verpflichten (Urk. 90 S. 2). Im vorliegenden Berufungsverfahren ist im Wesentlichen das Einkommen des Beklagten umstritten. 2. Einkommen des Beklagten

E. 2

Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Fest- stellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Beru- fungsinstanz verfügt über eine umfassende Überprüfungsbefugnis der Streitsa- che, d.h. über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, ein- schliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbe- gründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstin- stanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (BGE 142 I 93 E. 8.2; BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen

Begründungsanforderungen genügender Weise beanstandet wird, ist – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – von der Rechtsmittelinstanz grundsätzlich nicht zu überprüfen (BGE 142 III 413 E. 2.2.4).

E. 2.1

Für das zweitinstanzliche Verfahren rechtfertigt es sich, in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 2 lit. b der Gebührenverordnung des Obergerichtes (GebV OG) die Entscheidgebühr auf Fr. 4'000.– festzusetzen.

E. 2.1.1

Die Vorinstanz stellte fest, das Einkommen des Beklagten aus seiner Anstellung beim ...-Spital D._____ belaufe sich auf Fr. 12'200.– netto pro Monat. Der Beklagte habe diese Stelle allerdings per 2. April 2018 gekündigt. Aufgrund der Freiwilligkeit der Kündigung des Beklagten sei ihm ab diesem Zeitpunkt ein hypothetisches Einkommen in der Höhe seines bisherigen Einkommens am ...- Spital D._____ anzurechnen. Keinesfalls sei auszuschliessen, dass der Beklagte nicht vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses per 31. März 2018 eine neue, gleich gut bezahlte Stelle finde, habe er anlässlich der Verhandlung vom 18. Januar 2018 doch angegeben, er sei bereits wieder auf Stellensuche und herrsche in der Schweiz doch akuter Ärztemangel, weshalb ihm eine Vielzahl von Stellen offen stehen dürften (Urk. 91 E. 5.3.7 f.). 2.1.2.1. Der Beklagte macht geltend, er sei seit dem 11. Juni 2018 vollständig arbeitsunfähig. Am 13. August 2018 sei die Diagnose "Mittelgradige depressive Episode" gestellt worden. Nachdem sich sein Gesundheitszustand weiter verschlechtert habe, habe der behandelnde Arzt am 16. August 2018 eine "Schwere depressive Störung ohne psychotische Symptome" diagnostiziert. Gleichentags sei eine Verordnung zur Krankenhausbehandlung erlassen worden. Am 29. August 2018 seien ihm Ortoton und Voltaren Resinat verschrieben und die Arbeits-

- 11 - unfähigkeit bis 21. September 2018 bescheinigt worden. Am 30. August 2018 sei schliesslich im Rahmen einer Röntgenuntersuchung eine alte Absplinterung im Bereich der Wirbelsäule entdeckt worden. Am 8. Oktober 2018 sei eine Arbeitsunfähigkeit bis 30. Oktober 2018 festgestellt worden. Aus dem Bericht vom 28. September 2018 gehe hervor, dass er eine schwere depressive Episode durchlebe und nach wie vor an einer Anhedonie leide. Es werde eine stationäre Behandlung empfohlen. Aus dem Bericht zur Untersuchung vom 3. September 2018 ergäben sich zudem die Details zu seinem Beckenleiden. Sein aktueller Gesundheitszustand zeige, dass er sich während Jahren beruflich massiv übernommen und während langer Zeit seine Belastungsgrenzen überschritten habe. Daran änderten auch seine von der Klägerin beanstandeten Ferienreisen nichts. Die Stelle beim Gesundheitszentrum in E._____ sei per 18. Juni 2018 gekündigt worden. Er habe die Kündigung nicht provoziert. Tatsache sei, dass er gegen die erhobenen Vorwürfe protestiert habe. Der wahre Grund für die Kündigung sei eine Rivalität von Seiten des Arbeitskollegen Dr. F._____ gewesen, der sich nicht habe damit abfinden können, dass er als leitender Facharzt für die allgemeine Medizin angestellt worden sei. Wegen den massiven gesundheitlichen Problemen sei es momentan mehr als unklar, per wann er wieder arbeiten könne. Im Bericht vom 28. September 2018 werde von Dr. med. G._____ Folgendes festgehalten: "Aufgrund der Schwere der Erkrankung ist eine ambulante Behandlung derzeit nicht ausreichend, sondern ein stationäres Setting notwendig. Insofern habe ich dem Patienten aufgrund der Schwere angeraten, eine stationäre Behandlung anzustreben. Die Indikation halte ich hierfür eindeutig gegeben". Das einzige Einkommen,

welches er aktuell erziele, sei das Krankentaggeld der SWICA von Fr. 427.40 (Urk. 107 S. 5 ff.; Urk. 119 S. 5 f.). 2.1.2.2. Die Klägerin führt aus, der Beklagte erziele seit April 2018 bei seiner neuen Arbeitsstelle einen monatlichen Nettolohn von Fr. 13'071.30 (inkl. 13. Monatslohn) zuzüglich eine monatliche Führungszulage von Fr. 1'000.– brutto bzw. Fr. 918.69 netto, was insgesamt einen Nettolohn von Fr. 13'989.90 (inkl. 13. Monatslohn und Führungszulage, vor Steuern) ergebe. Unter Berücksichtigung des Nebenverdienstes von Fr. 8'370.– resultiere somit ein Gesamtnettoeinkommen

- 12 - des Beklagten seit April 2018 von Fr. 22'360.–. Die vom Beklagten eingereichten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen liessen keinerlei Rückschlüsse auf die Diagnose zu, sondern bescheinigten lediglich die Arbeitsunfähigkeit. Dass diese daher auf eine berufliche Überlastung zurückzuführen sei, werde bestritten. Dies sei auch dem Überweisungsschein nicht zu entnehmen. Gründe für depressive Störungen seien vielfältig, wie auch die akute Belastungssituation eine Vielzahl von Gründen aufweisen könne. Es werde daher auch diesbezüglich bestritten, dass die Arbeitssituation des Beklagten dafür ausschlaggebend gewesen sei. Dies sei auch vor dem Hintergrund zu bezweifeln, dass der Beklagte mehrfach pro Jahr ausgedehnte Erholungsreisen unternommen habe. Der Beklagte sei bis anhin nicht stationär aufgenommen worden und habe auch keine Medikation im Hinblick auf seine psychische Konstitution erhalten. Den angegebenen Gründen des Kündigungsschreibens könne man entnehmen, dass der Beklagte offensichtlich durch sein fehlerhaftes Verhalten die Kündigung selber herbeigeführt, wenn nicht sogar provoziert habe, da er aufgrund des erstinstanzlichen Urteils gelernt haben dürfte, dass eine selbstgewählte Einkommensminderung in Schädigungsabsicht nicht berücksichtigt werde. Hätte er nun wieder gekündigt, wäre dies noch deutlicher zu Tage getreten. Die Provokation einer Kündigung aufgrund derart schlechten Verhaltens müsse dem aber gleichgestellt werden. Der Beklagte habe eine Verpflichtung gegenüber seinem Sohn und könne sich dieser nicht dadurch entziehen, dass er sich selbst aus einer Stelle "hinauspöble". Jedenfalls sei aber davon auszugehen, dass eine allfällige momentane Stellenlosigkeit nicht von Dauer sei und er auf dem für Ärzte hochkonjunkturellen Arbeitsmarkt zeitnah eine neue Arbeitsstelle finde. Es sei ihm daher weiterhin ein hypothetisches Einkommen in der Höhe seines letzten Salärs anzurechnen (Urk. 99 S. 14; Urk. 111 S. 9 und 11 f.; Urk. 127 S. 8 f.). 2.1.3.1. Das von der Vorinstanz errechnete Einkommen des Beklagten aus der Anstellung beim ...-Spital D._____ bis 31. März 2018 von Fr. 12'200.– netto pro Monat (vgl. Urk. 91 E. 5.3.8) ist im Berufungsverfahren unbestritten geblieben (vgl. Urk. 90 S. 3), weshalb für die Unterhaltsberechnung davon auszugehen ist.

- 13 - 2.1.3.2. Im April 2018 hat der Beklagte eine neue Arbeitsstelle beim Gesundheitszentrum E._____ AG angetreten. Der von der Klägerin geltend gemachte Nettolohn von Fr. 13'989.90 (inkl. 13. Monatslohn und Führungszulage, vor Steuern; vgl. Urk. 99 S. 14) erscheint unter Berücksichtigung des im Recht liegenden Arbeitsvertrages des Beklagten (Urk. 101/2) sowie der Lohnabrechnung per 25. April 2018 (Urk. 101/3) glaubhaft und wurde im Übrigen vom Beklagten nicht bestritten. Unter Beachtung des Quellensteuerabzuges von Fr. 731.25 (4.5% von Fr. 195'000.– :12; vgl. Urk. 101/3) ergibt sich ein Nettolohn des Beklagten von rund Fr. 13'528.–, welcher ab April 2018 zu berücksichtigen ist. 2.1.3.3. Der Beklagte macht geltend, seit 11. Juni 2018 zu 100% arbeitsunfähig zu sein. Er hat seine Arbeitsunfähigkeit seit diesem Zeitpunkt im Berufungsverfahren mittels entsprechenden Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen lückenlos belegt (Urk. 109/2a-c; Urk. 121/5; Urk. 121/7; Urk. 125). Es erübrigen sich vor

diesem Hintergrund somit Ausführungen zur zeitgleich erfolgten Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Beklagten durch das Gesundheitszentrum E._____ AG (vgl. Urk. 109/6) und deren Gründe. Mit Eingabe vom 15. Oktober 2018 reichte der Beklagte eine Abrechnung der Krankentaggeldversicherung ein, aus welcher die ausbezahlten Entschädigungen für die Periode vom 11. Juni 2018 bis zum 29. August 2018 hervorgehen (Urk. 121/11). Aus dieser Leistungsabrechnung ist ersichtlich, dass sich ein Taggeld auf Fr. 427.40 beläuft. Bei durchschnittlich 30.42 Tagen pro Monat ($365 : 12 = 30,42$) ergibt sich somit ein monatliches Durchschnittseinkommen aus Krankentaggeldern von gerundet Fr. 13'001.–. Aus der Leistungsabrechnung geht zudem hervor, dass eine Wartefrist von 23 Tagen bestand, während der noch keine Taggelder ausbezahlt wurden. Im Rahmen des vorliegenden Eheschutzverfahrens rechtfertigt es sich, der Einfachheit halber ab Anfang Juli 2018 beim Beklagten von einem Erwerbsersatzesinkommen von Fr. 13'001.– auszugehen und bis zu diesem Zeitpunkt der Unterhaltsberechnung das bisherige Einkommen des Beklagten von Fr. 13'528.– netto zugrunde zu legen, zumal der Beklagte selbst in seinem Schreiben vom 9. Juli 2018 (Urk. 121/10) – mangels Nennung eines Kündigungsstermins im Kündigungsschreiben – von einem Ende des Arbeitsverhältnisses per 30. Juni 2018 ausging

- 14 - und er es unterliess, für den Juni 2018 eine Lohnabrechnung einzureichen. Dr. med G._____, Facharzt für Neurologie, Psychiatrie und Psychotherapie sowie Geriatrie, Schlafmedizin und Akupunktur stellt dem Beklagten in seiner ärztlichen Stellungnahme vom 16. August 2018 die Diagnose "Schwere depressive Episode ohne psychotische Symptome" und hält fest, es bestehe die Indikation für eine stationäre Behandlung (Urk. 121/2). Im Rahmen der ärztlichen Bescheinigung zur Vorlage bei der Krankenkasse vom 28. September 2018 hält derselbe darüber hinaus Folgendes fest (Urk. 121/8): "Hiermit wird bescheinigt, dass sich o.g. Patient in ambulanter Behandlung befindet mit der Diagnose einer schweren depressiven Episode. Psychopathologisch gesehen haben im Rahmen der letzten Wochen die depressiven Stimmungsschwankungen deutlich zugenommen einhergehend mit Antriebsstörungen und am sozialen Rückzug. Weiterhin besteht eine Anhedonie. Aufgrund der Schwere der Erkrankung ist eine ambulante Behandlung derzeit nicht ausreichend, sondern stationäres Setting notwendig. Insofern habe ich dem Patienten aufgrund der Schwere angeraten, eine stationäre Behandlung anzustreben. Die Indikation halte ich hierfür eindeutig gegeben". In Anbetracht der Schwere der Erkrankung des Beklagten, welche zu einer bereits über fünfmonatigen vollumfänglichen Arbeitsunfähigkeit geführt hat, und ihres völlig ungewissen weiteren Verlaufs rechtfertigt es sich, beim Beklagten für die weitere Dauer des Getrenntlebens einkommensseitig von den ihm ausbezahlten Krankentaggeldern auszugehen. Ob der Beklagte stationär behandelt wird und welche Medikation er erhält, ist in diesem Zusammenhang – entgegen der Klägerin – nicht ausschlaggebend.

E. 2.2

Umstritten waren im vorliegenden Berufungsverfahren im Wesentlichen die Unterhaltsbeiträge. Die Regelung der vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen war vom Aufwand her marginal. Der Beklagte beantragt mit der Berufung die Herabsetzung der von der Vorinstanz festgesetzten Unterhaltsbeiträge ab Dezember 2016 auf Fr. 3'488.– für C._____ und Fr. 932.– für die Klägerin (Urk. 90 S. 2). Die Klägerin verlangt in der Sache Kinderunterhaltsbeiträge von Fr. 5'160.– von Dezember 2016 bis und mit März 2018 und von Fr. 5'519.90 ab April 2018. Sodann verlangt sie

Ehegattenunterhaltsbeiträge von Fr. 4'275.– von Dezember 2016 bis und mit März 2018 und von Fr. 4'995.80 ab April 2018 (Urk. 99 S. 15 f.). Ausgehend von einer Gültigkeitsdauer der vorliegenden Eheschutzmassnahmen von drei Jahren ab Aufnahme des Getrenntlebens verlangt der Beklagte damit die Festsetzung eines Unterhaltsanspruchs von insgesamt Fr. 145'860.– (33 x Fr. 3'488.– + 33 x Fr. 932.–). Die Klägerin verlangt im Berufungsverfahren Unterhaltsbeiträge von insgesamt Fr. 342'551.90 (16 x Fr. 5'160.– + 17 x Fr. 5'519.90 + 19 x Fr. 4'275.– + 17 x Fr. 4'995.80). Im Ergebnis beträgt die Unterhaltspflicht des Beklagten über eine mutmassliche Gültigkeitsdauer der vorliegenden Eheschutzmassnahmen von 3 Jahren ab Aufnahme des Getrenntlebens insgesamt rund Fr. 243'016.– (15 x Fr. 5'160.– + 1 x Fr. 3'487.– + 3 x Fr. 3'753.– + 14 x Fr. 3'648.– + 18 x Fr. 4'275.– + 1 x Fr. 931.– + 3 x Fr. 1'463.– + 14 x Fr. 1'252.–). Damit unterliegen die Parteien je zur Hälfte. Entsprechend sind ihnen die Kosten des Berufungsverfahrens je hälftig aufzuerlegen und keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

- 28 - Es wird beschlossen:

E. 2.2.1

Die Vorinstanz hielt in Bezug auf den Nebenerwerb des Beklagten in Deutschland fest, der Beklagte habe die klägerischen Ausführungen dazu nicht bestritten, sondern die Ausübung des Nebenerwerbs als Notarzt in Deutschland anerkannt und sich im Weiteren lediglich auf den Standpunkt gestellt, dieser freiwillige Mehrverdienst dürfe bei der Unterhaltsberechnung nicht berücksichtigt werden. Dieser Ansicht könne nicht gefolgt werden. Das neben einer Vollzeitbeschäftigung erwirtschaftete Einkommen eines Ehegatten könne nach richterlichem

- 15 - Ermessen Berücksichtigung finden, wenn eine regelmässig ausgeübte Nebenerwerbstätigkeit auch nach Aufhebung des gemeinsamen Haushalts und den damit verbundenen Änderungen noch möglich und unter Berücksichtigung des Alters, des Gesundheitszustands und der bisherigen Lebensführung zumutbar sei. Der Beklagte übe die Nebenerwerbstätigkeit in Deutschland unbestrittenermassen regelmässig seit mehreren Jahren aus. Da er auch weiterhin sein Domizil in Deutschland habe, sei es ihm auch trotz der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts in der Schweiz möglich, dieser weiterhin nachzugehen. Zudem beabsichtige der Beklagte auch, diese Tätigkeit weiter auszuüben, zumindest habe er nichts Gegenteiliges vorgebracht. Entsprechend sei ihm das Einkommen aus seiner Nebenerwerbstätigkeit als Notfallarzt in Deutschland anzurechnen (Urk. 91 E. 5.3.9). 2.2.2.1. Der Beklagte kritisiert, in Bezug auf die Berücksichtigung seines Nebenerwerbs könne der Vorinstanz nicht gefolgt werden. Beim Begriff der Zumutbarkeit gehe es grundsätzlich um die Frage der noch tolerierbaren Belastung. Zumutbar sei demnach das, was bei einem Menschen zu einer Belastung führe, die noch akzeptabel sei. Damit schieden alle jene Belastungen aus, die dazu geeignet seien, die Gesundheit des Menschen zu schädigen. In diesem Zusammenhang könne auf Art. 9 des Arbeitsgesetzes verwiesen werden. Dort habe der Gesetzgeber festgehalten, dass die wöchentliche Höchstarbeitszeit bei 50 Stunden liege. Diese Norm bezwecke den Schutz der Gesundheit des Arbeitnehmers. Er sei als Oberarzt im ...-Spital D._____ in einem Vollzeitpensum angestellt gewesen. Gemäss Ziffer 4 des Gesamtarbeitsvertrags der ...-Spitäler solle die maximale Arbeitszeit 46 bis 50 Wochenstunden betragen. Ferner ergebe sich aus Ziffer 5.3.4 i.V.m. 5.3.7 des Urteils der Vorinstanz, dass er unbestrittenermassen jährlich rund 100 Überstunden geleistet habe, was rund zwei Stunden pro Woche entspreche. Gemäss Ziffer 4.8 des vorgenannten GAV hätten Ärzte Anspruch auf 26 Ruhetage pro Quartal. Das bedeute, dass sie im

Durchschnitt innerhalb von sieben Tagen Anspruch auf zwei Ruhetage hätten. Hieraus ergebe sich eine Arbeitswoche von durchschnittlich fünf Arbeitstagen. Bei einer Arbeitsleistung von 52 Stunden führe dies zu einer wöchentlichen Arbeitszeit von täglich 10.4 Stunden. Zusätzlich zu dieser bereits erheblichen Arbeitsbelastung habe ihm die Vorinstanz ein weiteres

- 16 - Einkommen als Notarzt in Deutschland angerechnet. Dabei gehe die Vorinstanz in Ziffer 5.3.10 ihres Urteils von durchschnittlich 9.5 Einsätzen pro Monat aus. Die Addition seiner vom 1. Januar bis 26. September 2017 geleisteten Notarzteeinsätzen ergebe einen Arbeitsaufwand von 498 Stunden. Bei einer Dauer von 38.5 Wochen führe dies zu einer zusätzlichen wöchentlichen Arbeitszeit von 12.9 Stunden bzw. bei einer Fünftageweche zu 2.58 Arbeitsstunden pro Tag. Zusammen mit den 10.4 Arbeitsstunden, die er bereits im Spital in D._____ leiste, ergebe sich eine durchschnittliche Arbeitszeit von 12.9 bzw. 13 Stunden pro Tag, was einer 65 Arbeitsstundenwoche entspreche. Indem die Vorinstanz unter Ziffer 5.9.3 selber ausführe, dass die Erwirtschaftung des Zusatzeinkommens unter dem Aspekt des Gesundheitszustandes zumutbar sein müsse und gleichzeitig ignoriere, dass er sich mit der Ausübung des Zusatzverdienstes selber einer 65-Stundenwoche ausliefern, setze sie sich über die von ihr selbst genannten Voraussetzungen der Zumutbarkeit hinweg. Es sei notorisch, dass eine 65-Stundenwoche die Gesundheit schädige. Die von ihm geleisteten Notfalldienste seien daher keinesfalls zumutbar, weshalb die Anrechnung dieses Einkommens nicht rechtens sei. Diese Überlegungen seien der Vorinstanz bekannt gewesen. Sie habe ihn anlässlich der Hauptverhandlung ermahnt und darauf hingewiesen, dass die Freizeit bei einem 100%-Pensum dazu diene, sich zu erholen und nicht zusätzlich zu arbeiten. Ferner habe sie ihn darauf hingewiesen, dass der Arbeitnehmer sogar die Pflicht habe, sich in der freien Zeit zu erholen. Indem sie ihn in Kenntnis der von ihm geleisteten Arbeitsstunden über seine Erholungspflicht aufkläre und ihm dann gleichzeitig jenes Zusatzeinkommen anrechne, welches er unter Gefährdung seiner Gesundheit generiere, widerspreche sie sich selbst. Er habe seine notärztliche Tätigkeit in Deutschland per Anfang März 2018 aufgeben müssen. Der zeitliche Druck und die mangelnde Erholungszeit hätten dies nicht mehr zugelassen. Die H._____ (H._____) habe am 6. Juni 2018 bestätigt, dass er seit dem 4. März 2018 keinen Notfalldienst mehr geleistet habe. Da die Tätigkeit bei der H._____ eine freiberufliche gewesen sei, gebe es keine Kündigung im eigentlichen Sinne. Es sei daher verfehlt, hieraus eine nach wie vor bestehende Verbindung zwischen ihm und der H._____ zu konstruieren, die zur Wiederauf-

- 17 - nahme des Zusatzverdienstes führen solle (Urk. 90 S. 4 ff.; Urk. 107 S. 5; Urk. 119 S. 5). 2.2.2.2. Die Klägerin setzt dem im Wesentlichen entgegen, der Beklagte bestreite nicht, entsprechend den Erwägungen der Vorinstanz durchschnittlich 9.5 Einsätze pro Monat als Notarzt getätigt zu haben. Ebenso wenig werde der durch die Vorinstanz berechnete Verdienst aus diesen Einsätzen bestritten. Darauf sei der Beklagte zu behaften. Bei den bereits geleisteten Einsätzen handle es sich nicht um eine Frage der Zumutbarkeit, sondern allenfalls um die Frage der Zurechnung zum massgeblichen Einkommen. Die Einsätze seien aber bereits seit Januar 2015 regelmässig geleistet worden und seien daher bereits vor der Trennung der Parteien regelmässig, andauernd und prägend für die finanzielle Situation der Eheleute gewesen. Eine Einberechnung für die rückwirkend zu leistenden Unterhaltsbeiträge sei bereits aus diesem Grunde gerechtfertigt. Es sei daher lediglich fraglich, ob dem Beklagten weiterhin ein entsprechender Nebenverdienst angerechnet werden könne. Dazu sei zunächst festzuhalten, dass sich die Arbeitszeitberechnung des Beklagten auf

seine Tätigkeit als Oberarzt am ...-Spital D._____ beziehe. Der Beklagte habe diese Stelle aber per Ende März 2018 gekündigt. Bereits am 27. Dezember 2017 habe der Beklagte einen neuen Arbeitsvertrag unterzeichnet. Der Beklagte habe zwar mit dem Arbeitsvertrag nicht die zugehörigen Anstellungsbedingungen und das Spesenreglement eingereicht, es sei aber davon auszugehen, dass er im Gesundheitszentrum E._____ keine Arbeitszeiten wie im ...-Spital D._____ habe, zumal der Homepage des Gesundheitszentrums Öffnungszeiten von Montag bis Freitag jeweils 8:00 bis 12:00 Uhr und 13:30 bis 17:30 Uhr zu entnehmen seien. Des Weiteren habe der Beklagte vor Vorinstanz auf die Frage, warum er zusätzlich gearbeitet habe, angegeben, dass er sich bei seiner Arbeit in der Schweiz "gelangweilt" habe und dass seine Nebentätigkeit seine vollzeitliche Haupterwerbstätigkeit nicht einschränke. Auch auf Hinweis der Vorinstanz, dass der Arbeitnehmer sich in seiner Freizeit erholen solle, habe er wiederholt, er habe lieber gearbeitet als verrückt zu spielen oder depressiv zu werden. Insofern sei er darauf zu beharren und es sei ohnehin zu bezweifeln, dass die Tätigkeit gesundheitsgefährdend sein solle, wenn er vielmehr das Fehlen

- 18 - seiner Nebenerwerbstätigkeit als gefährdend für ihn aufgrund der Gefahr von Depressionen etc. bezeichne. Die Anzahl der Notarzteinsätze sei durch den Beklagten des Weiteren frei wählbar gewesen. Er sei zwischen November 2014 bis Anfang 2018 sehr motiviert und bestrebt gewesen, dieser Tätigkeit nachzugehen und zusätzlich Geld zu verdienen. Dies sei an der Auflistung aller Notarzteinsätze zwischen 2014 und 2017 erkennbar. Der Beklagte könnte daher allenfalls nicht vollkommen neu zu einem über eine vollzeitliche Haupterwerbstätigkeit hinausgehenden Nebenerwerb verpflichtet werden. Anders verhalte es sich aber, wenn mit Blick auf die Unterhaltspflicht eine bisher ausgeübte Nebenbeschäftigung aufgegeben oder reduziert werde. Dann sei dem Unterhaltsverpflichteten ein solcher Nebenerwerb weiterhin zuzumuten. Allenfalls wäre hier die Dauer der Unterhaltspflicht zu beachten. Im Rahmen eines Eheschutzes sei aber von einer zumutbaren Dauer der Unterhaltspflicht auszugehen. Dies gelte umso mehr, als auch die Klägerin einen ausserordentlichen Beitrag leiste und trotz der vollumfänglichen Betreuungsarbeit eines Kleinkindes eine Erwerbstätigkeit ausübe. Dass der Beklagte die Nebenerwerbstätigkeit aufgegeben habe, werde nachdrücklich bestritten. Beim vorgelegten Schreiben handle es sich um keine Kündigung, die das endgültige Beenden der Arbeit bei der H._____ aufzeigen würde, sondern lediglich um eine Mitteilung, dass im Moment seit dem 4. März 2018 keine Dienste mehr geleistet würden. Der Beklagte habe diese Notarztätigkeit anscheinend derzeit eingestellt, er sei aber nach wie vor bei der H._____ als Notarzt registriert und könne diese Arbeit jederzeit wieder aufnehmen. Es handle sich also nicht um einen Dauerzustand, sondern allenfalls um eine vorübergehende Pause. Mit Bezug auf die vom Beklagten eingereichten ärztlichen Atteste sei festzuhalten, dass die Arbeitsunfähigkeit erst im Juni 2018 attestiert worden sei. Der Beklagte schein die Notarztätigkeit aber bereits im März 2018 eingestellt zu haben. Mit Blick auf die Unterhaltspflicht dürfe aber eine bisher ausgeübte Nebenbeschäftigung nicht aufgegeben oder reduziert werden. Das geltend gemachte Beckenleiden schein im Übrigen keine Arbeitsunfähigkeit nach sich zu ziehen (Urk. 99 S. 8 ff.; Urk. 111 S. 8 f.).

- 19 - 2.2.3.1. Hinsichtlich der rechtlichen Voraussetzungen über die Anrechenbarkeit eines bisher ausgeübten Nebenerwerbs hat bereits die Vorinstanz zutreffend festgestellt (vgl. Urk. 91 E. 5.3.9), dass eine bisherige, zur Erfüllung der finanziellen Verpflichtungen notwendige Nebenerwerbstätigkeit berücksichtigt werden kann, wenn die Weiterführung derselben als zumutbar erachtet wird. Letzteres hängt von den persönlichen Verhältnissen

ab, namentlich vom Alter und der bis- herigen Lebensführung der betreffenden Person (BGer 5P.469/2006 vom 4. Juli 2007, E. 3.2.1; BGer 5A_722/2007 vom 7. April 2008, E. 6.2.2; BGer 5P.418/2001 vom 7. März 2002, E. 5c; Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Aufl., Rz 01.35; Six, Eheschutz, 2. Aufl., Rz 2.135; Sutter/Freiburghaus, Kom- mentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, Art. 125 ZGB N 43). 2.2.3.2. Mit der Klägerin ist einig zu gehen, dass der Beklagte weder die von der Vorinstanz errechneten durchschnittlichen 9.5 Dienstesätze pro Monat noch die Höhe des von der Vorinstanz berechneten Verdienstes für die berücksichtigten 7.5 Dienstesätze pro Monat von Fr. 8'370.– bestritten hat. Er macht auch nicht geltend, die Bewältigung eines Arbeitspensums von über 100% sei nicht möglich gewesen. Vielmehr macht er geltend, er habe die Tätigkeit als Notfallarzt in Deutschland per Anfang März 2018 aufgeben müssen, da sie ihm – aus gesund- heitlichen Gründen – nicht mehr zumutbar sei. Für den Zeitraum bis März 2018 stellt sich die Frage, ob dem Beklagten die Tätigkeit als Notfallarzt in Deutschland neben seiner 100%-Anstellung als Oberarzt beim ...-Spital D._____ zumutbar gewesen ist oder nicht, nicht, hat der Beklagte diese Nebenerwerbstätigkeit näm- lich unbestrittenermassen seit mehreren Jahren freiwillig und regelmässig ausge- übt und sind ihm die dadurch effektiv erzielten Einkünfte somit auch anzurechnen. Bis März 2018 ist seitens des Beklagten somit von einem Nebenerwerbseinkom- men von Fr. 8'370.– netto auszugehen. 2.2.3.3. Der Beklagte hat – wie vorstehend dargelegt (vgl. E. 2.1.3.3) – glaubhaft gemacht, dass er seit dem 11. Juni 2018 gesundheitlich schwer angeschlagen und zu 100% arbeitsunfähig ist. Die Berücksichtigung eines Einkommens aus der Nebenerwerbstätigkeit als Notarzt in Deutschland ist daher ab diesem Zeitpunkt ohnehin ausgeschlossen. Zwar trifft es zu, wie dies die Klägerin vorbringt, dass

- 20 - die Gründe für depressive Störungen vielfältig sein können. Es darf jedoch als all- gemein bekannt gelten, dass berufliche Überlastung und mangelnde Erholungs- phasen dazu geeignet sind, jemanden an die Grenzen seiner physischen und psychischen Kräfte zu bringen. Der Beklagte hat neben seiner Vollzeitstellung als Oberarzt bei der ...-Spital D._____ AG, welche mit Überstunden und Nacht- diensten verbunden war (vgl. Urk. 64/4; Prot. I. S. 16, 37 und 39), unbestrittener- massen zusätzlich seit mehreren Jahren rund 9.5 Dienstesätze pro Monat als Notarzt in Deutschland geleistet. Zudem hatte er aufgrund seines Wohnortes in I._____ (Deutschland) noch einen Arbeitsweg von 126 Kilometer pro Weg nach D._____ zurückzulegen (vgl. <https://www.google.ch/maps/dir/>; besucht am 8. No- vember 2018). Vor diesem Hintergrund kann davon ausgegangen werden, dass die bisherige Lebens- und Arbeitssituation des Beklagten zumindest mitursächlich für seinen aktuellen Gesundheitszustand ist. Die Klägerin beschränkt sich denn auch darauf, pauschal zu bestreiten, dass die Arbeitsunfähigkeit des Beklagten auf seine Arbeitssituation zurückzuführen sei, ohne substantiiert darzulegen, wo- rin ihrer Auffassung nach die Ursache liegen soll. Insbesondere hat sie nicht vor- gebracht, dass der Beklagte auch schon in der Vergangenheit an psychischen Problemen gelitten haben soll. In Anbetracht des gegenwärtigen Gesundheitszu- standes des Beklagten, erscheint eindeutig, dass ihm die bisher ausgeübte Ne- benerwerbstätigkeit nicht zumutbar ist. Dazu kommt, dass die Berücksichtigung der Nebenerwerbstätigkeit des Beklagten zur Deckung des gebührenden Familienunterhalts nicht notwendig ist, was gegen die Berücksichtigung des überobligatorischen Einkommens spricht (vgl. ZK-Bräm, Art. 163 ZGB N 82; Six, a.a.O., Rz 2.135; BK-Bühler/Spühler, Art. 145 ZGB N 148; OGer ZH LE120044 vom 17.09.2012, E. 3.3.a f.). Der vom Beklagten in der Berufung ausdrücklich anerkannte Notbedarf der Parteien (vgl. Urk. 90 S. 6 f. sowie nachfolgende E. 3) beträgt insgesamt Fr. 11'905.60 (Fr.

4'307.10 Klägerin, Fr. 4'376.20 Beklagter, Fr. 3'222.30 C._____), während der ebenfalls unbestritten gebliebene gebührende Bedarf der Parteien insgesamt Fr. 15'870.40 (Fr. 5'731.90 Klägerin, Fr. 6'916.20 Beklagter, Fr. 3'222.30 C._____) ausmacht. Daraus erhellt, dass bereits mit dem unbestrittenen Einkommen der Klägerin von Fr. 5'800.– net-

- 21 - to sowie dem Einkommen des Beklagten aus seiner Haupterwerbstätigkeit als Oberarzt in der Schweiz von Fr. 12'200.– (bis 28. Februar 2018) bzw. Fr. 13'528.– (ab 1. März 2018) netto der Bedarf der Familie gedeckt ist. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass dem Beklagten die Weiterführung seiner Nebenerwerbstätigkeit unzumutbar ist. Der Beklagte hat, wie aus dem Schreiben der H.____ her- vorgeht, seit dem 4. März 2018 keine Notfalldienste mehr geleistet (Urk. 109/1). Somit ist dem Beklagten ab März 2018 kein (hypothetisches) Einkommen aus ei- nem Nebenerwerb als Notarzt in Deutschland anzurechnen.

E. 2.3

Ergebnis Es ist somit von folgenden monatlichen Gesamteinkünften des Beklagten auszu- gehen: 01.09.2016 - 01.03.2018 - 01.04.2018 - ab 01.07.2018 28.02.2018 31.03.2018 30.06.2018 (Phase IV) (Phase I) (Phase II) (Phase III) Haupter- Fr. 12'200.– Fr. 12'200.– Fr. 13'528.– Fr. 13'001.– werbsein- kommen Nebener- Fr. 8'370.– – – – werbsein- kommen Total Fr. 20'570.– Fr. 12'200.– Fr. 13'528.– Fr. 13'001.–

E. 3

Bedarf des Beklagten

E. 3.1

Fahrkosten / Steuern Der Beklagte beanstandet auf den Seiten 8 und 9 seiner Berufungsschrift (Urk. 90) die Höhe der von der Vorinstanz in seinem Bedarf berücksichtigten Fahrkosten und Steuern ohne darzulegen, inwiefern sich die von ihm geltend ge- machten (höheren) Beträge konkret auf die Unterhaltsbeiträge auswirken sollen. Diese Ausführungen stehen im Übrigen im Gegensatz dazu, dass der Beklagte auf den Seiten 6 und 7 seiner Berufungsschrift (Urk. 90) sowohl die Berechnung seines Notbedarfs als auch seines gebührenden Bedarfs durch die Vorinstanz ausdrücklich als korrekt anerkennt. Der Beklagte folgt in seiner Berufungsbegrün-

- 22 - dung auf Seite 6 f. in der Konsequenz mit Ausnahme seines von ihm geltend ge- machten tieferen Einkommens denn auch der Unterhaltsberechnung der Vor- instanz, woraus sich die von ihm auf Seite 6 f. der Berufungsschrift errechneten und im Berufungsantrag 2 (vgl. Urk. 90 S. 2) beantragten Unterhaltsbeiträge von Fr. 3'488.– für C.____ und von Fr. 932.– für die Klägerin persönlich ergeben. Die Berufungsbegründung erweist sich somit in Bezug auf diese beiden Bedarfsposi- tionen des Beklagten als widersprüchlich und damit ungenügend, weshalb sich Weiterungen hierzu erübrigen.

E. 3.2

Wohnkosten a) Die Klägerin bringt vor, es sei unzweifelhaft davon auszugehen, dass die neue Partnerin des Beklagten, J.____, mit ihm zusammenwohne, weshalb dem Beklagten hälftige, eventualiter verminderte Beiträge für den Grundbetrag, die Miete, die Nebenkosten, die Heizung und die Billag (resp. das deutsche Pendant) etc. anzurechnen seien (Urk. 111 S. 14). b) Beim Vorbringen der Klägerin, aufgrund der Grösse der neuen Wohnung des Beklagten und aufgrund der Kürzel von zwei Personen auf dem Mietvertrag sei davon auszugehen, dass der Beklagte die Wohnung zusammen mit seiner Partnerin

J._____ bewohne, handelt es sich um eine blosser – vom Beklagten bestrittene (vgl. Urk. 107 S. 9 und Urk. 119 S. 8) – Behauptung (Urk. 99 S. 21). Auf der ersten Seite des neuen Mietvertrages des Beklagten (Urk. 101/4) ist – wie auch die Klägerin einräumt (vgl. Urk. 99 S. 21) – als Mieter einzig der Beklagte aufgeführt, was gegen eine Mieterstellung von J._____ spricht. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass es sich bei einem der beiden Kürzel auf dem Mietvertrag um dasjenige von J._____ handelt, gibt es keine. Die Kürzel auf dem Mietvertrag können genauso gut von der Vermieterschaft stammen. Auch aus den Umständen, dass ein (einziges) Mal ein dem Beklagten an seine neue Wohnadresse zugestellter Zahlungsbefehl von J._____ unterzeichnet wurde beziehungsweise dass diese mit dem Beklagten Ferien verbracht haben soll, kann – entgegen der Klägerin (vgl. Urk. 111 S. 13) – nicht automatisch darauf geschlossen werden, dass der Beklagte mit J._____ in dauernder Wohngemeinschaft zusammenwohnt.

- 23 - Demnach ist keine Reduktion der von der Vorinstanz im Bedarf des Beklagten für den Grundbetrag, die Miete sowie die Billag berücksichtigten Beträge vorzunehmen. c) Der Beklagte führt zwar aus, der von der Klägerin eingereichte neue Mietvertrag sei als Novum zu berücksichtigen (Urk. 107 S. 9). Er macht jedoch nicht substantiiert geltend, dass ihm – im Vergleich zum angefochtenen Entscheid – höhere Wohnkosten anzurechnen seien und legt auch nicht dar, inwiefern sich seine veränderten Mietkosten auf die Unterhaltsberechnung und die von ihm beantragten Unterhaltsbeiträge auswirken sollten, weshalb es damit sein Bewenden hat.

E. 3.3

Fazit Es bleibt damit beim von der Vorinstanz berechneten Notbedarf des Beklagten von Fr. 4'376.20 und beim gebührenden Bedarf des Beklagten von Fr. 6'916.20 (vgl. Urk. 91 E. 5.5).

E. 4

Unterhaltsberechnung

E. 4.1

Vorbemerkung Die vorinstanzlichen Feststellungen, dass der Beklagte vollumfänglich für den Barunterhalt von C._____ aufzukommen hat und dass beide Parteien mit ihrem eigenen Einkommen ihren Notbedarf und ihren gebührenden Bedarf decken können, weshalb kein Betreuungsunterhalt geschuldet ist und sich die Berechnung des Ehegattenunterhalts in der Aufteilung des Überschusses erschöpft (vgl. Urk. 91 E. 5.6.1 und 6.4), sind im Berufungsverfahren unbestritten geblieben (vgl. Urk. 90 S. 6 f.; Urk. 99 S. 14). Ebenso unbestritten (vgl. Urk. 90 S. 7; Urk. 99 S. 15) ist die Überschussverteilung im Verhältnis von je 40% für die Eltern und 20% für C._____ (vgl. Urk. 91 E. 6.5) geblieben.

E. 4.2

Phase I: 1. September 2016 (Ehegattenunterhaltsbeiträge) bzw. 1. Dezember 2016 (Kinderunterhaltsbeiträge) - 28. Februar 2018

- 24 - Das Einkommen des Beklagten beträgt in dieser Phase unverändert insgesamt Fr. 20'570.–. Daher ist bis zum 28. Februar 2018 die vorinstanzliche Unterhaltsberechnung zu bestätigen und der Beklagte zu verpflichten, monatliche Unterhaltsbeiträge wie folgt zu bezahlen: - für C._____: Fr. 5'160.– (davon Fr. 3'022.– Barbedarf, Fr. 2'139.– Überschussbeteiligung und Fr. 0.– Betreuungsunterhalt) - für die Klägerin: Fr. 4'275.–.

E. 4.3

Phase II: 1. März 2018 - 31. März 2018 Das Einkommen des Beklagten beträgt in dieser Phase insgesamt Fr. 12'200.–. Dem Gesamteinkommen der Parteien von Fr. 18'200.– (Fr. 5'800.– Klägerin + Fr. 12'200.– Beklagter + Fr. 200.– C._____) steht ein Gesamtbedarf von Fr. 15'870.40 (Fr. 5'731.90 Klägerin + Fr. 6'916.20 Beklagter + Fr. 3'222.30 C._____) gegenüber, woraus ein Überschuss von Fr. 2'329.60 resultiert. Der Überschussanteil von C._____ beläuft sich demnach auf rund Fr. 465.–, derjenige der Klägerin auf rund Fr. 931.–. Der Beklagte ist daher zu verpflichten, monatliche Unterhaltsbeiträge für den Monat März 2018 wie folgt zu bezahlen: - für C._____: Fr. 3'487.– (davon Fr. 3'022.– Barbedarf, Fr. 465.– Überschussbeteiligung und Fr. 0.– Betreuungsunterhalt) - für die Klägerin: Fr. 931.–.

E. 4.4

Phase III: 1. April 2018 - 30. Juni 2018 Das Einkommen des Beklagten beläuft sich in dieser Phase auf insgesamt Fr. 13'528.–. Dem Gesamteinkommen der Parteien von Fr. 19'528.– (Fr. 5'800.– Klägerin + Fr. 13'528.– Beklagter + Fr. 200.– C._____) steht ein Gesamtbedarf von Fr. 15'870.40 (Fr. 5'731.90 Klägerin + Fr. 6'916.20 Beklagter + Fr. 3'222.30 C._____) gegenüber, woraus ein Überschuss von Fr. 3'657.60 resultiert. Der Überschussanteil von C._____ beläuft sich demnach auf rund Fr. 731.–, derjenige

- 25 - der Klägerin auf rund Fr. 1'463.–. Es ergeben sich damit für die Zeit von 1. April 2018 bis 30. Juni 2018 folgende monatliche Unterhaltsbeiträge: - für C._____: Fr. 3'753.– (davon Fr. 3'022.– Barbedarf, Fr. 731.– Überschussbeteiligung und Fr. 0.– Betreuungsunterhalt) - für die Klägerin: Fr. 1'463.–.

E. 4.5

Phase IV: ab 1. Juli 2018 Für die Periode ab 1. Juli 2018 ist von einem Erwerbserstatzeinkommen des Be- klagten von Fr. 13'001.– auszugehen. Dem Gesamteinkommen der Parteien von Fr. 19'001.– (Fr. 5'800.– Klägerin + Fr. 13'001.– Beklagter + Fr. 200.– C._____) steht ein Gesamtbedarf von Fr. 15'870.40 (Fr. 5'731.90 Klägerin + Fr. 6'916.20 Beklagter + Fr. 3'222.30 C._____) gegenüber, woraus ein Überschuss von Fr. 3'130.– resultiert. Der Überschussanteil von C._____ beläuft sich demnach auf rund Fr. 626.–, derjenige der Klägerin auf rund Fr. 1'252.–. Entsprechend ergeben sich ab 1. Juli 2018 folgende monatliche Unterhaltsbeiträge: - für C._____: Fr. 3'648.– (davon Fr. 3'022.– Barbedarf, Fr. 626.– Überschussbeteiligung und Fr. 0.– Betreuungsunterhalt) - für die Klägerin: Fr. 1'252.–.

E. 4.6

Indexierung Nach ständiger Praxis der Kammer, sind die Unterhaltsbeiträge im Eheschutzver- fahren nicht zu indexieren (vgl. ZR 101 [2002], Nr. 60), weshalb die entsprechen- de Dispositiv-Ziffer 9 des vorinstanzlichen Entscheides ersatzlos aufzuheben ist. B. Erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Trifft die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Die Gerichtskosten für den erstinstanzlichen Entscheid wurden auf

- 26 - Fr. 6'000.– festgesetzt (Urk. 91 Dispositiv-Ziffer 11). Diese Regelung blieb unan- gefochten und ist zu bestätigen.

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