

ZH_OBERGERICHT LE210072 vom 4. Juli 2022

ZH Obergericht, 2022-07-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE210072

FR: ZH_OBERGERICHT LE210072 du 4 juillet 2022

IT: ZH_OBERGERICHT LE210072 del 4 luglio 2022

Erwägungen

E. 1

Die Parteien sind seit dem tt. April 2008 verheiratet und haben drei Söhne, C._____, geboren am tt.mm.2008, und die Zwillinge D.____ und E.____, geboren am tt.mm.2014. Mit Eingabe vom 7. Januar 2021 reichte die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (fortan Gesuchstellerin) ein Eheschutzbegehren bei der Vorinstanz ein. Für den weiteren Prozessverlauf ist auf den angefochtenen Entscheid zu verweisen (Urk. 56 S. 5 ff.). Am 9. Juli 2021 fällte die Vorinstanz ein Teilurteil betreffend Getrenntleben, Obhut und Gütertrennung, das auf einer unter Mitwirkung des Gerichts geschlossenen Teilvereinbarung der Parteien basierte (Urk. 46). Am 14. Juli 2021 erging der eingangs wiedergegebene Entscheid, zuerst in unbegründeter Form (Urk. 48) und auf Ersuchen der Parteien (Urk. 50, 52) in begründeter Form (Urk. 53 S. 39 ff. = Urk. 56 S. 39 ff.).

E. 1.1

Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens sind auf Fr. 5'000.– festzulegen (§ 5 Abs. 1, § 6 Abs. 2 lit. b, § 12 Abs. 1 und 2 GebV). Die volle Parteientschädigung beträgt Fr. 3'500.– zuzüglich 7.7 % MwSt. (vgl. § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und 3, § 11 Abs. 1-3 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV).

E. 1.2

Die Vorinstanz sprach der Gesuchstellerin für die Kinder Unterhaltsleistungen von Fr. 1'444.– (01.04.2021 - 31.5.2021) und von Fr. 819.– (ab 01.06.2021) zu. Die Gesuchstellerin beantragte Fr. 3'735.– (01.04.2021 - 31.03.2022) und Fr. 4'419.– (ab 01.04.2022). Zugesprochen werden Fr. 2'025.– (01.04.2021 - 31.5.2021), Fr. 2'010.– (01.06.2021 - 31.03.2022) und Fr. 2'545.– (ab 01.04.2022). Ausgehend von den Parteienanträgen obsiegt die Gesuchstellerin im Bereich zwischen einem Viertel und rund zur Hälfte. Dazu sind der Gesuchstellerin für die Dauer von einem Jahr persönliche Unterhaltsbeiträge zuzusprechen. Es rechtfertigt sich daher, die Kosten der Gesuchstellerin zu 3/5 und dem Gesuchsgegner zu 2/5 aufzuerlegen. Folglich ist die Gesuchstellerin zu verpflichten, dem Gesuchsgegner eine auf 1/5 reduzierte Parteientschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer zu bezahlen.

E. 2

Die Gesuchstellerin erhob am 20. Dezember 2021 Berufung und stellte die erwähnten Anträge (Urk. 55 S. 2 ff.). Mit Beschluss vom 28. Dezember 2021 trat die Kammer auf das Massnahmebegehren der Gesuchstellerin nicht ein (Urk. 60). Mit Verfügung vom 21. Januar 2022 wurde dem Gesuchsgegner und Berufungsbeklagten (fortan Gesuchsgegner) Frist für die Berufungsantwort angesetzt (Urk. 61). Diese datiert vom 7. Februar 2022 (Urk. 62) und wurde mit Verfügung vom 14. Februar 2022 der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 65). Am 8. März 2022 wurde den Parteien die Phase der Urteilsberatung

angezeigt (Urk. 66). Nach Eröffnung der Beratungsphase reichte die Gesuchstellerin eine weitere Eingabe ein (Urk. 67), welche der Gegenseite mit Verfügung vom 15. März 2022 zugestellt wurde (Urk. 71).

E. 2.1

Die Gesuchstellerin beantragt einen Prozesskostenbeitrag von Fr. 5'000.–. Sie trägt vor, sie habe derzeit (Dezember 2021) kein Einkommen, da der Gesuchsgegner ihr die Stelle gekündigt habe und sie keine Leistungen der Arbeitslosenkasse beanspruchen könne. Ihr Vermögen sei aufgebraucht und sie habe sich bei den Eltern verschulden müssen (Urk. 55 S. 36). Der Gesuchsgegner hält dem

- 36 - entgegen, die Gesuchstellerin habe nicht in zumutbarer Weise eine Stelle gesucht, und er bestreitet den Vermögensverbrauch (Urk. 62 S. 31).

E. 2.2

Bei der Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags sind die für die Gewährung des prozessualen Armenrechts entwickelten Grundsätze analog anzuwenden. Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Zudem muss die verpflichtete Person leistungsfähig sein.

E. 2.3

Wie ausgeführt, widersprach die Gesuchstellerin der Behauptung des Gesuchsgegners, sie habe im September 2020 Fr. 62'000.– auf ein eigenes Konto transferiert und gemäss Steuererklärung 2020 seien davon Fr. 49'941.– zugunsten der Gesuchstellerin deklariert worden (Erw. II./12.5), nicht. Im Recht liegt ein einzelner Auszug für ein Konto bei der I. _____ für die Zeit vom 1. - 17. Dezember 2021 (Urk. 59/7). Auch wenn die Bedürftigkeit anhand der wirtschaftlichen Situation im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs zu beurteilen ist, kann diese mit nur einem einzelnen Kontoauszug vor dem Hintergrund der gegnerischen Behauptung nicht verlässlich beurteilt werden. Die Klägerin ist anwaltlich vertreten. Ohnehin verlangt das online abrufbare Formular der zürcherischen Bezirksgerichte für das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege unter dem Stichwort "Beilagen", dass die letzte Steuererklärung einzureichen sei (vgl. <https://www.gerichte-zh.ch/themen/zivilprozess/prozesskosten.html>). Daher ist die Bedürftigkeit aufgrund der Verletzung der Mitwirkungsobliegenheit zu verneinen. Demzufolge ist das Gesuch um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags abzuweisen. 3. Bei diesem Ergebnis ist auch das eventualiter gestellte Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abzuweisen. Es wird beschlossen:

E. 3

Die Berufung hemmt die Rechtskraft nur im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Nicht angefochten wurden die Dispositiv-Ziffern 1 (Betreuungsregelung) und 3 (Verrechnung erbrachte Unterhaltsbeiträge). Es ist vorzumerken, dass sie in Rechtskraft erwachsen sind. Hinsichtlich der nicht angefochtenen Entscheidgebühr (Dispositiv-Ziffer 7) erfolgt keine Vormerknahme der Rechtskraft (vgl. Art. 318 Abs. 3 ZPO). Umstritten bleibt im Wesentlichen der vom Gesuchsgegner zu bezahlende Unterhalt samt den zugrunde liegenden Parametern (Einkommen/Bedarf).

E. 4

Einkommen der Gesuchstellerin

E. 4.1

Bis zum 31. März 2021 war die Gesuchstellerin bei der F. _____ GmbH, deren alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der Gesuchsgegner ist, angestellt. Sie erzielte ein monatliches Einkommen von rund Fr. 4'990.– netto (Urk. 29/10; vgl. auch Urk. 29/11-13). Im Zeitpunkt der erstinstanzlichen Entscheidung vom 14. Juli 2021 war die Gesuchstellerin arbeitslos. Aufgrund ihrer arbeitsberühnlichen Stellung bei der GmbH hat sie keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (Urk. 43/23). Die Vorinstanz rechnete der Gesuchstellerin ab 1. Januar 2022 ein hypothetisches Einkommen an. Sie erwog, E. _____ und D. _____ würden nach den Sommerferien [2021] in die 1. Klasse eintreten und C. _____ von der Mittelstufe in die Oberstufe wechseln. Gemäss Schulstufenmodell sei von einem 50 %-Pensum auszugehen. Der teilweise erhöhte Betreuungsbedarf der Kinder wegen ADHS und frühgeburtlich bedingten Entwicklungsrückständen werde durch die wesentlichen Betreuungsanteile des Gesuchsgegners ausgeglichen. Aufgrund der kaufmännischen Ausbildung der Gesuchstellerin und ihrer Arbeitserfahrungen erscheine ein monatliches Einkommen von rund Fr. 2'700.– als angemessen (Urk. 56 S. 20).

- 11 -

E. 4.2

Die Gesuchstellerin verweist auf den Leitsatz des Bundesgerichts zum Schulstufenmodell, wonach spezifische Besonderheiten des Einzelfalls zu berücksichtigen seien (mit Verweis auf BGE 144 III 481 E. 4.7.9). Sie macht geltend, es treffe nicht zu, dass der teilweise erhöhte Betreuungsbedarf durch den Betreuungsanteil des Gesuchsgegners ausgeglichen werde. Der Gesuchsgegner betreue die Kinder während der Woche nur am Dienstag nach Schulschluss bis Mittwochmorgen und am Samstag bzw. Sonntag. In Bezug auf das mögliche Arbeitspensum bringe ihr seine Betreuung nichts. Sie müsse an sämtlichen Tagen ausser dienstags die Hausaufgaben überwachen, die Hobbys ermöglichen, Arzttermine wahrnehmen usw. Selbst am Dienstag liege die Verantwortung bis Schulschluss bei ihr. Sie bleibe dabei, dass sie mit drei Kindern, von denen zwei einen erhöhten Betreuungsaufwand hätten, nicht mehr als ein 30 %-Arbeitspensum leisten könne (Urk. 55 S. 11 f.). Weiter kritisiert die Gesuchstellerin die Einkommenshöhe von Fr. 2'700.– netto. Angesichts der Tatsache, dass sie seit 2008 nur noch beim Gesuchsgegner angestellt gewesen sei, sei der Betrag nicht realistisch. Es sei nicht zu erwarten, dass sie das Median-Einkommen gemäss Salarium mit ihrer Ausbildung und ihrem Alter erzielen könne. Realistischerweise seien maximal Fr. 5'000.– netto für ein 100 %-Pensum als hypothetisches Einkommen anzurechnen. Die Übergangsfrist sei bis zum 1. April 2022 zu verlängern (Urk. 55 S. 14).

E. 4.3

Der Gesuchsgegner macht im Wesentlichen geltend, die Vorinstanz habe eine grosszügige Übergangsfrist eingeräumt. Von Mitte Juli 2021 bis Ende 2021 habe die Gesuchstellerin bei genauer Betrachtung in 6 ½ Monaten im Durchschnitt 4.46 Bewerbungen pro Monat eingereicht, was kaum als intensive Bemühungen dargestellt werden könne. Erfreulich sei, dass sie bei solch wenigen Bewerbungen eigenen Angaben zufolge mehrere Male bis in die letzte Runde gekommen sei. Auch falle auf, dass sie sich nur als Assistentin bewerbe und ihre Chancen auf eine Anstellung in einer andern Tätigkeit nicht ausschöpfe, nicht einmal vorübergehend bis sie eine Anstellung in einer bevorzugten Tätigkeit erhalte. Die

Vorinstanz habe zu Recht ein Arbeitspensum von 50 % als möglich und zumutbar erachtet. Der Gesuchsgegner würde die Kinder auch mehr betreuen, er

- 12 - habe mehrmals angeboten, mit den Kindern Hausaufgaben zu machen. Am Dienstag könnten sie über Mittag bei ihm essen. Auch betreue der Gesuchsgegner die Kinder während 6 ½ Wochen Ferien. Er würde sich auch zur Verfügung stellen, die Kinder zu ihren Hobbys zu fahren oder zu Therapien zu begleiten. Das ADHS-Symptom bei C. _____ verursache keinen erhöhten Betreuungsbedarf. Er sei sehr selbständig, gehe alleine zur Schule, ins Fussballtraining etc. Die Therapien von D. _____ seien nicht während der Schulzeit. Die Gesuchstellerin vergesse ferner, dass auch während der Ehe die Kinder teilweise am Mittagstisch bzw. im Hort gewesen seien und keine persönliche Betreuung durch die Gesuchstellerin notwendig gewesen sei (Urk. 62 S. 7 ff.). Das von der Vorinstanz errechnete Einkommen basiere auf statistischen Werten unter Berücksichtigung der gegebenen Umstände und sei in einer realistischen Grössenordnung. Die Gesuchstellerin sei erst 41 Jahre alt. Sie führe nicht konkret aus, weshalb ihr Alter ein Hindernis sein solle. Angesichts der wenigen Bewerbungen sei eine Verlängerung der Übergangsfrist nicht gerechtfertigt (Urk. 62 S. 12).

E. 4.4

Im Zusammenhang mit der Frage des hypothetischen Einkommens ist für den Betreuungsumfang auf das erstinstanzliche Urteil abzustellen. Demgemäss übernachten die Kinder während der Woche einmal beim Gesuchsgegner. Das Schulstufenmodell gilt auch für Eltern, bei denen ein Elternteil nur ein Wochenendbesuchsrecht hat. Selbst in diesen Konstellationen muss die Hauptbetreungsperson neben der Erwerbstätigkeit Hausaufgaben überwachen, die Kinder zu Hobbys fahren oder zu Arztterminen begleiten. Die Vorinstanz hat weiter in Beachtung der neusten bundesgerichtlichen Rechtsprechung Drittbetreuungsangebote einbezogen (vgl. BGE 144 III 481 E. 4.7.7).

E. 4.5

Gemäss Bundesgericht darf im Einzelfall vom Schulstufenmodell aufgrund pflichtgemässer richterlicher Ermessensausübung abgewichen werden. Ein ärztliches Zeugnis vom 25. November 2020 attestiert C. _____ eine ADHS-Diagnose. Er ist auf Medikamente und auf einen erhöhten Betreuungsbedarf, insbesondere für die Hausaufgaben, angewiesen (Urk. 2/11). Die Zwillinge waren Frühgeburten (Urk. 25 S. 10). D. _____ wurde Ende November 2018 heilpädagogisch abgeklärt,

- 13 - da die Eltern dem Kinderarzt geschildert hätten, dass die familiäre Situation aufgrund des Verhaltens von D. _____ grossen Belastungen ausgesetzt sei (Urk. 2/12). Er hatte seit August 2019 als ISR-Schüler (Integrierte Sonderschulung in der Verantwortung der Regelschule) den Kindergarten vor Ort besucht, bis dieser wegen der Pandemie im März 2020 schliessen musste. Die Beratung der heilpädagogischen Schule fokussierte darauf, die Belastungen für D. _____ und die gesamte Familie zu verringern oder etwa schwierige Verhaltensweisen von D. _____ zu antizipieren und Ausweichmöglichkeiten anzubieten (Urk. 2/12 S. 3). Dass die im Wahrnehmungs- und Konzentrationsbereich aufgetretenen Besonderheiten eine Mehrbelastung für die Familie bzw. nach der Trennung in erster Linie für die während der Woche mehrheitlich für die Betreuung zuständige Gesuchstellerin darstellen, liegt auf der Hand. Dazu kommt der von professioneller Seite attestierte erhöhte Betreuungsbedarf bei C. _____. Daher erscheint es angemessen, der Gesuchstellerin für die Dauer des Eheschutzverfahrens ein Pensum von 40 % anzurechnen.

E. 4.6

Nach gefestigter bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist eine anhand von Lohnstrukturhebungen des Bundesamtes für Statistik oder anderen Quellen erfolgende Bestimmung des hypothetischen Einkommens ohne Weiteres eine zulässige Möglichkeit (BGer 5A_384/2018 vom 21. September 2018 E. 4.9.4, nicht publ. in BGE 144 III 481; BGE 137 III 118 E. 3.2). Die Gesuchstellerin behauptet nicht, dass die Vorinstanz bei der Ermittlung des Einkommens anhand des Salariums von falschen Parametern ausgegangen ist. Das Vorgehen der Vorinstanz ist nicht zu beanstanden. Immerhin war die Gesuchstellerin auch bei der F._____ GmbH für die administrativen Arbeiten zuständig, und sie kümmerte sich um einen Rechtsstreit der GmbH mit der Vermieterschaft (Urk. 25 S. 5). Berücksichtigt man die bekanntermassen gute Arbeitsmarktlage im zur Debatte stehenden Bereich bei genügend intensiven Suchbemühungen, erscheint der Betrag von Fr. 2'500.– bei 50 % nicht unrealistisch. Die Gesuchstellerin untermauert ihre Bedenken, sie könne den Medianlohn nicht erreichen, nämlich nicht. Folglich sind für 40 % gerundet Fr. 2'150.– netto inklusive 13. Monatslohn, exklusive Familienzulagen, zu veranschlagen. In Nachachtung zur Rechtsprechung zum hypothetischen Einkommen und der im Zusammenhang damit zu gewährenden Übergangsfrist

- 14 - (vgl. BGE 129 III 417 E. 2.2) und da auch beim Gesuchsgegner ab April 2022 eine Einkommensveränderung zu berücksichtigen sein wird (Erw. II./5.6), ist das hypothetische Einkommen ab April 2022 anzurechnen.

E. 5

Einkommen des Gesuchsgegners

E. 5.1

Der Gesuchsgegner ist alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der F._____ GmbH. Laut angefochtenem Entscheid zahlte sich der Gesuchsgegner für das Jahr 2020 gemäss Lohnausweis monatlich Fr. 5'068.– netto und gemäss Lohnabrechnungen für die Monate Januar bis März 2021 monatlich rund Fr. 5'000.– aus, je exklusive Familienzulagen und Pauschalspesen, zuzüglich Kantinenabzug (Urk. 10/5, 13/1 und 29/14-16). Die Vorinstanz erwog, die Bilanz der F._____ GmbH weise für das Geschäftsjahr Oktober 2018 bis September 2019 einen Jahresgewinn von Fr. 10'737.75 aus, welcher mit einem Verlust des Vorjahres verrechnet worden sei, was zu einem Bilanzverlust von Fr. 1'120.– geführt habe. Im vorangegangenen Jahr habe ein Jahresgewinn von Fr. 10'448.57 resultiert, welcher wiederum mit dem damaligen Verlustvortrag von Fr. 22'307.10 verrechnet worden sei. In den Geschäftsjahren 2015/2016 und 2016/2017 habe die GmbH einen Verlust erwirtschaftet. Eine Dividende sei in den Geschäftsjahren 2015 bis 2019 nicht ausbezahlt worden. Aufgrund der eingereichten Bilanz- und Erfolgsrechnungen und der aktuellen unsicheren wirtschaftlichen Lage der Gastronomiebranche erscheine es angemessen, dem Gesuchsgegner ein Erwerbseinkommen von monatlich Fr. 5'070.– anzurechnen. Das Argument der Gesuchstellerin, dass sich der Gewinn seit ihrer Kündigung in der Taverne entsprechend steigern werde, sei angesichts der COVID-19 Massnahmen und der Neuanstellungen von zwei Mitarbeiterinnen nicht überzeugend. Der im Geschäftsjahr 2018/2019 verbuchte Bonus von Fr. 45'000.– sei nicht anzurechnen. Entgegen der Behauptung der Gesuchstellerin sei nicht ausgewiesen, dass der Bonus an den Gesuchsgegner ausbezahlt worden sei (Urk. 56 S. 24 f.).

E. 5.2

Die Gesuchstellerin macht eingangs geltend, im Gegensatz zum Lohnausweis 2020, der dem Gericht eingereicht worden sei, enthalte der Lohnausweis 2020 für die Steuererklärung 2020 einen Bonus von Fr. 7'000.–. An der Fortsetzungsverhandlung vom 7. Juli 2021 habe der Gesuchsgegner auf jeden Fall von

- 15 - der Auszahlung dieser Fr. 7'000.– gewusst, da der fragliche Lohnausweis vom 2. Juli 2021 datiere, aber erwähnt habe er ihn nicht (Urk. 55 S. 18 f.). Wesentlich sei sodann, dass der Gesuchsgegner unbestrittenermassen sich und der Gesuchstellerin das gleiche Gehalt ausbezahlt habe, dies, obwohl der Gesuchsgegner in einem 100 %-Pensum und sie maximal zu 30 % gearbeitet habe. Klar sei, dass das ausbezahlte Einkommen des Gesuchsgegners wesentlich zu tief und jenes der Gesuchstellerin wesentlich zu hoch gewesen sei. Zusammen hätten die Parteien 130 % für die F._____ gearbeitet für insgesamt Fr. 9'904.– netto pro Monat. Ausbezahlt worden sei jeder Partei Fr. 4'952.– netto. Wenn man dieses Einkommen auf die effektiv geleisteten Pensen aufteile, so resultierten Fr. 7'618.50 und Fr. 2'285.50. Der Gesuchsgegner behauptete, zwei neue Mitarbeiterinnen eingestellt zu haben. Aus der Lohnabrechnung der einen Mitarbeiterin (Urk. 44/5) ergebe sich, dass der Gesuchsgegner mit der Entlassung der Gesuchstellerin Fr. 625.– einspare, falls er letztere tatsächlich durch eine andere Angestellte (der Schwester des Gesuchsgegners) mit einem 30%-Pensum ersetzt haben sollte. Der Gesuchsgegner komme damit auf ein monatliches Gehalt von Fr. 8'244.– netto. Aufgrund der Lohnabrechnung der anderen Mitarbeiterin (Urk. 44/4; vermutungsweise eine Servicemitarbeiterin oder Küchenhilfe) könne nicht geschlossen werden, er habe diese Mitarbeiterin zusätzlich und nicht als Ersatz für eine andere Arbeitskraft eingestellt, ansonsten dies nur belegen würde, dass die Unternehmung des Gesuchsgegners besser laufe, als er behauptete (Urk. 55 S. 19 ff.). Die Vorinstanz habe auch nicht berücksichtigt, dass die Taverne letztmals im Geschäftsjahr 2016/17 einen Verlust erwirtschaftet habe und dass der Gewinn im Geschäftsjahr 2018/19 ohne den Bonus von Fr. 45'000.– entsprechend höher ausgefallen wäre. Sie habe weder abgeklärt, was mit dem Bonus tatsächlich geschehen sei, noch habe sie die Belege zum Geschäftsjahr 2019/2020 einverlangt. Weiter habe der Gesuchsgegner ausgeführt, dass er im Sommer 2021 ca. 60 % des früheren Umsatzes generiert habe. Wenn dem so wäre, hätte der Gesuchsgegner Anspruch auf Corona-Entschädigungen gehabt. Falls er dies unterlassen habe, könne das nicht der Gesuchstellerin angelastet werden. Insgesamt generiere-

- 16 - re der Gesuchsgegner mindestens Fr. 8'866.– netto, inkl. 13. Monatslohn und Bonus, exkl. Kinderzulagen (Urk. 55 S. 23 ff.).

E. 5.3

Der Gesuchsgegner entgegnet, die Ausführungen der Gesuchstellerin und ihre bestrittenen Forderungen und Annahmen würden auf keiner Rechtsgrundlage basieren. Die Schlussfolgerungen der Vorinstanz stützten sich auf die tatsächlichen Verhältnisse und auf Urkunden wie Lohnabrechnungen, Lohnausweise etc. Einzig die vorübergehende Lohneinbusse des Gesuchsgegners bei Schliessung des Restaurants (April und Mai 2021) sei nicht berücksichtigt worden, trotz aktenkundiger Corona-Erwerbsersatzesinkommensbelege für Fr. 4'433.– pro Monat. Der hier thematisierte Bonus habe das Geschäftsjahr 2018/2019 betroffen. Wenn man ihn im Jahr 2021 anrechnen würde, gäbe das ein um monatlich Fr. 583.– höheres Einkommen. Da die Vorinstanz den Lohn mit Fr. 5'070.– statt mit Fr. 4'433.– angerechnet habe, sei der Lohn gemäss Vorinstanz immer noch höher als der tatsächlich erhaltene. Die von der Gesuchstellerin

gemachte "Umrechnung" sei absolut lebensfremd. Wenn ein Mitarbeiter eine Firma verlasse, werde sein Lohn nicht auf alle verbleibenden Mitarbeiter umgeschichtet, noch bezahle sich der Inhaber deswegen einen höheren Lohn (Urk. 62 S. 18 f.).

E. 5.4

Ein Unterhaltspflichtiger, der, wie der Gesuchsgegner, als alleiniger Gesellschafter eine Gesellschaft beherrscht, ist als wirtschaftlicher Inhaber seiner Gesellschaft und damit gleich wie ein selbständig Erwerbender zu behandeln (vgl. ZR 90/1991 Nr. 52). Das bedeutet, dass seine finanzielle Leistungsfähigkeit nicht nur anhand seines Lohns, sondern auch unter Einbezug seines Anteils am Gewinn der Gesellschaft zu bestimmen ist, und zwar ungeachtet dessen, ob der Gewinnanteil dem Unternehmen entnommen wird oder nicht (Hausheer/Spycher [Hrsg.], Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 2010, Rz 01.33; OGer ZH LE190011 vom 10. September 2019, E. II.5.4; OGer ZH LE170064 vom 6. März 2018, E. III.1.4).

E. 5.5

Vor Vorinstanz schätzte der Gesuchsgegner das Pensum der Gesuchstellerin auf 40-50 %, teilweise habe sie 60-70 % gearbeitet (Prot. I S. 7). Im Berufungsverfahren macht der Gesuchsgegner geltend, trotz Verlusten habe er einen gleichwertigen Betrag ausbezahlt, der nicht dem 60-70 %-Pensum entsprochen

- 17 - habe (Urk. 62 S. 19). Selbst nach Auffassung des Gesuchsgegners hatte die Gesuchstellerin kein volles Pensum inne. Daher ist beim Lohn der Gesuchstellerin zu fragen, ob es sich zumindest teilweise um eine verdeckte Gewinnausschüttung gehandelt hat. Unter unterhaltsrechtlichen Aspekten ist nämlich die Auffassung des Gesuchsgegners, dass der Gewinn an seinem Einkommen nichts ändere, sondern erst eine Dividendenausschüttung (Urk. 62 S. 22), nicht zutreffend. Auch nicht zielführend ist die Angabe, der Lohn liege über dem Mindestlohn gemäss GAV und unter dem Durchschnittslohn eines Chefkochs in Zürich (Prot. I S. 21). Es ist daher relevant, ob der Gesuchsgegner glaubhaft machen kann, dass die Lohnsumme der Gesuchstellerin aus betrieblichen Gründen für zusätzliche Mitarbeitende eingesetzt werden muss, oder ob ein Teil in der Firma verbleibt. Vor Vorinstanz reichte der Gesuchsgegner zwei Lohnabrechnungen von Juni 2021 über netto Fr. 3'453.10 und netto Fr. 1'166.50 für insgesamt 130 Stellenprocente ein (Urk. 44/4, 44/5). Es ist nachvollziehbar, dass die Gesuchstellerin, welche die administrativen Arbeiten erledigt hatte, zu ersetzen war. Allerdings ist mit lediglich zwei einzelnen Lohnabrechnungen nicht glaubhaft gemacht, dass der Gesuchsgegner das Einkommen der Gesuchstellerin dauerhaft vollumfänglich für zwei zusätzliche Mitarbeitende einzusetzen hat. Der Umstand, dass die neuen Mitarbeiterinnen im Stundenlohn angestellt sind (Prot. I S. 21), entbindet den Gesuchsgegner nicht davon, die entsprechenden Lohnabrechnungen einzureichen. Vor diesem Hintergrund ist mit der Gesuchstellerin nicht nur auf den ausbezahlten Lohn abzustellen.

E. 5.6

Stellt man ermessensweise auf ein 40 %-Pensum der Gesuchstellerin ab, resultieren auf der Basis von Fr. 9'900.– für 140 Stellenprocente rund Fr. 7'000.– für ein volles Pensum. Geht man mit dem Gesuchsgegner davon aus, dass die Gesuchstellerin 60 % für die Firma gearbeitet hat, gelangt man zum gleichen Ergebnis: Bei dieser Betrachtungsweise läge eine verdeckte Gewinnausschüttung in der Höhe von 40 % (von Fr. 5'000.–) vor, mithin Fr. 2'000.–, welche hinzuzurechnen ist. Das führte wiederum zu einem Betrag von Fr. 7'000.–.

Im Rahmen der Bekämpfung der Corona-Pandemie hob der Bundesrat per 17. Februar 2022 sämtliche Massnahmen mit Ausnahme der Maskenpflicht im öffentlichen Verkehr und in Gesundheitseinrichtungen sowie der Isolationspflicht auf. Für den Bundes-

- 18 - rat sind die Voraussetzungen für eine rasche Normalisierung des gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Lebens gegeben (vgl. Medienmitteilung des Bundesrats vom 16. Februar 2022; Stichwort Coronavirus). Am 30. März 2022 wurde beschlossen, auch die letzten Massnahmen per 1. April 2022 aufzuheben (vgl. Medienmitteilung des Bundesrats vom 30. März 2022; Stichwort Coronavirus). Daher ist von einer raschen Erholung der pandemiebedingten konjunkturellen Beeinträchtigung der Gastronomiebereiche auszugehen. Folglich ist das Einkommen des Gesuchsgegners auf Fr. 7'000.– netto pro Monat ab April 2022 festzulegen.

E. 5.7

Betreffend die betriebliche Situation bzw. die Einnahmen von April 2021 bis März 2022 äussert sich der Gesuchsgegner nur vage. Es ist allgemein bekannt, dass der Bundesrat Mitte März 2020 die pandemische Situation als "aussergewöhnliche Lage" gemäss Epidemienengesetz einstuft, was u.a. die sofortige Schliessung der Restaurants bis zum 11. Mai 2020 zur Folge hatte. Eine erneute Schliessung erfolgte am 22. Dezember 2020 bis 18. April 2021 (Aussenbereiche) bzw. bis 30. Mai 2021 (Innenbereiche). Trotz teilweise behördlicher Schliessung des Restaurants hat die F. _____ GmbH zumindest der Gesuchstellerin bis zu deren Austritt per Ende März 2021 weiterhin einen Bruttolohn von Fr. 5'800.– bezahlt (vgl. Urk. 29/11-13). Die betreffenden Lohnbelege des Gesuchsgegners sind als "Soll-Lohnblatt" bezeichnet (Urk. 29/14-16), wobei die Lohnabrechnung Januar 2021, welche an der Verhandlung vom 28. April 2021 eingereicht worden war, diesen Vermerk nicht enthält (Urk. 10/5). Welcher Betrag effektiv ausbezahlt wurde, ist nicht bekannt. Der Gesuchsgegner reichte keine entsprechenden Belege ein, auch nicht im Nachgang zur Verhandlung vom 28. April 2021, wo er vortragen liess, die entsprechende Berechnung der Erwerbsersatzentschädigung habe er noch nicht erhalten (Prot. I S. 8). An der Verhandlung im Juli 2021 bestätigte der Gesuchsgegner, dass das Restaurant wieder offen sei. Der Umsatz betrage ca. 60 % und hänge vom Wetter ab (Prot. I S. 23). Aktuelle Belege zum behaupteten Umsatz wie Umsatzzahlen oder eine Bewilligung für Kurzarbeit reichte der Gesuchsgegner nicht ein. Auch bei Geltung des Untersuchungsgrundsatzes sind die Parteien nicht davon befreit, bei der Feststellung des entscheidungsrelevanten Sachverhalts im Sinne einer prozessualen Obliegenheit aktiv mitzuwirken und die allenfalls zu erhebenden Beweise zu bezeichnen. Folglich tragen sie auch im Be-

- 19 - reich der Untersuchungsmaxime die Verantwortung für die Sachverhaltsermittlung (Somm/Lazic, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 272 N 11). Die Mitwirkungspflicht der Parteien gilt aufgrund der spezifischen Begründungspflicht von Art. 310 und Art. 311 Abs. 1 ZPO insbesondere im Rechtsmittelverfahren (BGE 137 III 617 E. 4.2.2 und 4.5.1; BGE 138 III 374 E. 4.3.1 und BGE 141 III 569 E. 2.3.3). Der Gesuchsgegner moniert, die Vorinstanz habe die aktenkundigen Corona-Erwerbsersatzentlohnungsbelege über Fr. 4'433.– für April und Mai 2021 nicht berücksichtigt (Urk. 62 S. 16). Der Gesuchsgegner zeigt nicht auf, wo er diese Behauptung vor Vorinstanz vorgebracht hat bzw. wo sich diese Belege in den Akten befinden sollen. Er kommt damit seiner Rügepflicht nicht nach. Bei der von der Gesuchstellerin eingereichten Urk. 26/16 handelt es sich lediglich um ein anonymisiertes Beispiel zur Veranschaulichung (Urk. 25 S. 8, Prot. I

S. 8). Mangels Glaubhaftmachung und da der Gesuchsgegner ohnehin von einer Lohnneinbusse (nur) für April und Mai 2021 ausgeht (Urk. 62 S. 16), sind in der Zeit von April 2021 bis März 2022 80 % des danach berücksichtigten Einkommens, wovon auch die Gesuchstellerin ausging (Urk. 25 S. 7), zu veranschlagen, d.h. Fr. 5'600.–. Dies rechtfertigt sich auch deshalb, da der Jahresrechnung Oktober 2019 bis September 2020 ein Unternehmensgewinn von Fr. 20'118.92 zu entnehmen ist (Urk. 64/3) und Gewinne in die Unterhaltsrechnung einzubeziehen sind (die GmbH ist offenbar bei der G. _____ Versicherungen gegen Betriebsunterbrechung versichert; vgl. Urk. 64/3 "Anhang zur Jahresrechnung").

E. 5.8

Es ist belegt, dass dem Gesuchsgegner im Jahr 2020 ein Bonus von Fr. 7'000.– überwiesen wurde. Der dem Steueramt eingereichte Lohnausweis ist als Beweis ausreichend (Urk. 64/4, letzte Seite). Auf die Erklärungen des Gesuchsgegners, weshalb der Bonus an der Verhandlung nicht erwähnt worden sei, muss nicht eingegangen werden (Urk. 62 S. 18). Bei der Bemessung des Unterhaltsbeitrags ist grundsätzlich vom tatsächlich erzielten Einkommen auszugehen, zu dem auch erhaltene Boni zählen (BGer 5A_17/2016 vom 26. Juli 2016, E. 3.2). Allerdings erscheint eine Anrechnung eines Durchschnittswertes unter den besonderen Umständen der Corona-Pandemie nicht angemessen. Sollten dem Gesuchsgegner ab 1. Januar 2022 wieder Sondervergütungen (Boni) ausbezahlt werden, so ist er zu verpflichten, vom ausbezahlten Nettobetrag 5/7 dieser Son-

- 20 - dervergütung der Gesuchstellerin (2/7) und den Kindern (je 1/7) auszubezahlen, innert 30 Tagen nach Erhalt der Sondervergütung. Der Gesuchsgegner ist zusätzlich zu verpflichten, der Gesuchstellerin jährlich den Lohnausweis des Vorjahres bis spätestens Ende März zuzustellen, erstmals bis Ende März 2023.

E. 5.9

Zusammenfassend ist dem Gesuchsgegner ab April 2021 bis März 2022 ein Einkommen von Fr. 5'600.– netto, und ab April 2022 ein Einkommen von Fr. 7'000.– netto, je inkl. Bonus und Kinderzulagen, anzurechnen.

E. 6

Bedarf der Gesuchstellerin

E. 6.1

Die Vorinstanz setzte den folgenden Bedarf fest: 01.04. bis 01.06. bis ab 31.05.2021 31.12.2021 01.01.2022 Grundbetrag Fr. 1'350.– 1'350.– 1'350.– Wohn- und Nebenkosten Fr. 50.– 400.– 400.– Krankenkassenprämie KVG Fr. 371.– 371.– 371.– Mobilität Fr. 0.– 0.– 100.– Verpflegung Fr. 0.– 0.– 110.– Total Fr. 1'771.– 2'121.– 2'331.– a) Vorauszuschicken ist, dass die Phasen II und III entsprechend den Einkommensveränderungen per 1. April 2022 (Erw. II./4.6, 5.6) anzupassen sind. Phase II dauert vom 1. Juni 2021 bis 31. März 2022, Phase III beginnt ab 1. April 2022. b) In der Phase I rechnete die Vorinstanz Fr. 50.– für Wohnkosten an. Die Gesuchstellerin und die Kinder hätten nur eine Woche in der ehelichen Liegenschaft gewohnt, in der restlichen Zeit hätten sie bei den Eltern der Gesuchstellerin gelebt und für diese Zeit keine Kosten geltend gemacht (Urk. 56 S. 21). In der Berufung moniert die Gesuchstellerin, sie habe den Eltern regelmässig Fr. 1'000.– überwiesen (Urk. 55 S. 15). Die Überweisungen sind zwar für die fraglichen Monate nicht belegt (Urk. 59/5). Allerdings ist von einem Betrag für angemessene Wohnkosten auch

dann auszugehen, wenn ein Ehegatte seinen Wohnkomfort und die Wohnkosten freiwillig einschränkt, ohne dass dies objektiv geboten gewesen wäre (vgl. ZR 87 Nr. 114; Jann Six, Eheschutz: ein Handbuch für die Praxis, S. 122, N 2.103). Daher sind in der Phase I Fr. 400.– zu berücksichtigen; der Wohnkostenanteil der Kinder ist ebenfalls entsprechend anzupassen (vgl. Erw. II./8 lit. b).

- 21 - c) Der Gesuchsgegner wendet ein, die Vorinstanz habe die Wohnkosten mit Fr. 1'000.– statt Fr. 930.– veranschlagt und damit Fr. 70.– zu hoch (Urk. 62 S. 14). Der Vorinstanz steht ein weites Ermessen zu. Der von der Vorinstanz gerundete Betrag ist vertretbar und zu belassen. d) In der Phase III sind die Mobilitäts- und Verpflegungskosten (Fr. 100.– bzw. Fr. 110.–) entsprechend dem Arbeitspensum von 40 % auf Fr. 80.– (Mobilität) und Fr. 90.– (Verpflegung) festzusetzen. e) Die Gesuchstellerin moniert, es liege keine Mankosituation vor, weshalb ihr auch Kosten für Hausratversicherung, Kommunikation, Zusatzversicherung und für Steuern zuzugestehen seien (Urk. 55 S. 16). Der Gesuchsgegner erwidert, die selben Positionen wären auch bei ihm zu veranschlagen zuzüglich den Betrag für die Säule 3a (Urk. 62 S. 15). Gemäss der neusten bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind bei knappen finanziellen Verhältnissen vorab die betriebsrechtlichen Existenzminima der Parteien sowie der berechtigten Kinder zu decken. Bei knappen Verhältnissen muss es für den Barunterhalt dabei sein Bewenden haben und auch ein allfälliger Betreuungsunterhalt ist auf der Basis des betriebsrechtlichen Existenzminimums des betreuenden Elternteils zu bestimmen. Nur wenn es die finanziellen Mittel zulassen, ist der gebührende Unterhalt auf das familienrechtliche Existenzminimum zu erweitern (vgl. BGE 147 III 265 E. 7.2). Wie zu zeigen sein wird, verbleiben in der Phase III nach Deckung des betriebsrechtlichen Existenzminimums sämtlicher Familienmitglieder noch finanzielle Mittel in Höhe von knapp Fr. 700.–. Folglich können der Gesuchstellerin (wie auch dem Gesuchsgegner; Erw. II./7.1 lit. f) die Prämien für die Zusatzversicherung (Urk. 2/8), die Kommunikationspauschale sowie die Kosten für die Hausratversicherung (Urk. 2/9) angerechnet werden. Für die Berücksichtigung der Steuern reichen die Mittel nicht.

E. 6.1.6

mit Hinweis auf BGer 5P.173/2002 vom 29. Mai 2002, E. 5a). Der Gesuchsgegner macht auch nicht geltend, dass es sich durch Erbanfall erworbenes Vermögen handelt, auf welches zwecks Deckung des Unterhalts nicht gegriffen werden kann. Daher erscheint es gerechtfertigt, dem Gesuchsgegner angesichts des erwähnten Vermögens für die beschränkte Dauer von 12 Monaten (01.04.2021 - 31.03.2022) einen Vermögensverzehr von rund Fr. 16'000.– zuzumuten, nämlich $([2 \times (\text{Fr. } 1'448.- \cdot \text{Fr. } 209.-)] + [9 \times \text{Fr. } 1'448.-] + \text{Fr. } 356.-)$.

E. 6.2

Es ist von folgendem Bedarf auszugehen: 01.04. bis 01.06. bis ab 31.05.2021 31.03.2022
01.04.2022 Grundbetrag Fr. 1'350.– 1'350.– 1'350.– Wohn- und Nebenkosten Fr. 400.–
400.– 400.– Krankenkassenprämie KVG Fr. 371.– 371.– 371.–

- 22 - Mobilität Fr. 0.– 0.– 80.– Verpflegung Fr. 0.– 0.– 90.– Krankenkassenprämie VVG
Fr. 0.– 0.– 193.– Kommunikation Fr. 0.– 0.– 150.– Hausratversicherung Fr. 0.– 0.– 30.–
Total Fr. 2'121.– 2'121.– 2'664.–

E. 7

Bedarf des Gesuchsgegners

E. 7.1

Die Vorinstanz setzte den folgenden Bedarf fest (Urk. 56 S. 28): 01.04. bis 01.06. bis ab 31.05.2021 31.12.2021 01.01.2022 Grundbetrag Fr. 1'350.– 1'350.– 1'350.– Wohn- und Nebenkosten Fr. 550.– 800.– 800.– Krankenkassenprämie KVG Fr. 371.– 371.– 371.– Mobilität Fr. 0.– 0.– 0.– Verpflegung Fr. 110.– 110.– 110.– Total Fr. 2'381.– 2'631.– 2'631.– a) Für die Phasenbildung ist auf Erw. II./6.1 lit. a zu verweisen. b) Die Gesuchstellerin macht geltend, es seien dem Gesuchsgegner als Grundbetrag Fr. 1'200.– anzurechnen. Er betreue die Kinder nicht wesentlich mehr als bei einem gerichtsblichen Besuchsrecht und habe kaum Mehrkosten (Urk. 55 S. 26). Die drei Kinder werden während der Woche überwiegend von der Gesuchstellerin betreut. Daher erscheint es angezeigt, lediglich den Grundbetrag für einen alleinstehenden Ehegatten einzusetzen. Der Betreuung des Gesuchsgegners wird mit je einem Anteil am Grundbetrag der Kinder Rechnung getragen (Erw. II./8). c) Die Gesuchstellerin kritisiert die Wohnkosten ab Phase II. Die Vorinstanz erwog, der Gesuchsgegner habe ab 16. Mai 2021 eine 4.5 Zimmerwohnung in H._____ für monatlich Fr. 2'000.– bezogen. Die Wohnung biete genügend Raum für ihn und die drei Söhne. Aufgrund der Betreuungsregelung sei somit der effektive Mietzins im Bedarf des Gesuchsgegners zu berücksichtigen, der mit Blick auf die Grösse der Wohnung ortsüblich und angemessen erscheine. Unter Berücksichtigung von "grossen und kleinen Köpfen" seien dem Gesuchsgegner 2/5, d.h. Fr. 800.– zuzusprechen (Urk. 56 S. 26).

- 23 - Die Gesuchstellerin macht geltend, ob der effektive Mietzins angerechnet werden könne, hänge von den finanziellen Verhältnissen der Parteien ab. In einem Mankofall, wovon die Vorinstanz ausgehe, dürften nur am betriebsrechtlichen Existenzminimum orientierte Wohnkosten berücksichtigt werden. Es seien maximal Fr. 1'600.– anzurechnen (Urk. 55 S. 26). Bei engen finanziellen Verhältnissen haben sich die Wohnkosten am betriebsrechtlichen Existenzminimum zu orientieren (BGE 147 III 265 E. 7.2). Daher ist mit der Gesuchstellerin in der Phase II von Fr. 1'600.– auszugehen. Ab Phase III bleibt es bei Fr. 2'000.–. d) Der Gesuchsgegner rügt, die Vorinstanz habe den Wohnkostenanteil der Kinder zu hoch gewertet. Den Kindern sei lediglich je ein 1/10 anzurechnen (entsprechend 30 % Betreuung, Urk. 62 S. 16). Gemäss Praxis partizipieren die Kinder im Falle alternierender Obhut an den Wohnkosten beider Elternteile (BGer 5A_583/2018 vom 18. Januar 2019, E. 5.1). Der Gesuchsgegner macht nicht geltend, dass die Zimmer für die Kinder während deren Abwesenheit anders genützt würden. Daher bleibt es bei der vorinstanzlichen Aufteilung. In der Phase II sind dem Gesuchsgegner Fr. 640.–, in der Phase III Fr. 800.– anzurechnen. e) Betreffend die auswärtige Verpflegung erwog die Vorinstanz, dass dem Gesuchsgegner gemäss Lohnausweis 2019 und 2020 eine verbilligte Verpflegungsmöglichkeit zustehe, weshalb die Hälfte des gerichtsblichen Betrags und damit Fr. 110.– zu berücksichtigen sei (Urk. 56 S. 27). Die Gesuchstellerin wendet ein, der Gesuchsgegner könne sich im Restaurant verpflegen und habe keine Kosten. Dass er sich einen Betrag vom Lohn abziehe, geschehe aus steuertechnischen Überlegungen (Urk. 55 S. 27). Grundsätzlich sind Auslagen für auswärtige Verpflegung nur bei Nachweis einzusetzen (vgl. Richtlinien der Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums, II., Unumgängliche Berufsauslagen, lit. b). Mangels Nachweises sind in den Phasen I und II, in welchen eine Mankosituation herrscht, keine Verpflegungskosten anzurechnen. In der Phase III sind in Gleichbehandlung der Parteien dem Gesuchsgegner die hälftigen

Verpflegungskosten zuzubilligen.

- 24 - f) Auch beim Gesuchsgegner sind in der Phase III die Prämien für die Zusatzversicherung (Urk. 10/19), die Kommunikationspauschale sowie die Kosten für die Hausratversicherung (Urk. 10/22) einzurechnen. Für weitergehende Positionen liegen keine finanziellen Mittel vor.

E. 7.2

Es resultiert der folgende Bedarf: 01.04. bis 01.06. bis ab 31.05.2021 31.03.2022
01.04.2022 Grundbetrag Fr. 1'200.– 1'200.– 1'200.– Wohn- und Nebenkosten Fr. 550.–
640.– 800.– Krankenkassenprämie KVG Fr. 371.– 371.– 371.– Mobilität Fr. 0.– 0.– 0.–
Verpflegung Fr. 0.– 0.– 110.– Krankenkassenprämie VVG Fr. 0.– 0.– 114.–
Kommunikation Fr. 0.– 0.– 150.– Hausratversicherung Fr. 0.– 0.– 30.– Total Fr. 2'121.–
2'211.– 2'775.–

E. 8

Barbedarf der Kinder

E. 8.1

Für die vorinstanzliche Berechnung ist auf Urk. 56 S. 28 ff. und für die Phasenbildung auf Erw. II./6.1 lit. a zu verweisen.

E. 8.2

Einwände betreffend den Bedarf auf Seiten der Gesuchstellerin a) Die Vorinstanz teilte den Grundbetrag im Verhältnis der Betreuungsanteile von 70 % zu 30 % auf (Urk. 56 S. 28). Die Gesuchstellerin kritisiert, der Grundbetrag sei vollumfänglich bei ihr anzurechnen, da der Gesuchsgegner die Kinder nicht wesentlich mehr als bei einem gerichtsblichen Besuchsrecht betreue. Der Gesuchsgegner könne Lebensmittel aus seinem Restaurant mitnehmen oder die Kinder könnten sich im Restaurant verköstigen, so dass er keine nennenswerten Mehrkosten habe. Die Kleider kaufe immer die Gesuchstellerin (Urk. 55 S. 28). Letztere Behauptung ist mangels Belegen nicht glaubhaft gemacht. Die vorinstanzliche Regelung ist zu bestätigen. Aufgrund der alternierenden Obhut rechtfertigt es sich, den Grundbetrag im Verhältnis zum Betreuungsanteil aufzuteilen (vgl. Erw. II./7.1 lit. b). b) Für den Wohnkostenanteil ist auf Erw. II./6.1 lit. b und lit. c zu verweisen. Er ist in der Phase I um Fr. 175.– auf Fr. 200.– pro Kind zu erhöhen.

- 25 - c) Die Vorinstanz hat für die gesamte Dauer Fremdbetreuungskosten eingerechnet. Der Gesuchsgegner macht geltend, diese seien im Bedarf der Kinder von Juni 2021 bis Ende 2021 bzw. bis zur Anrechnung des hypothetischen Einkommens nur gerechtfertigt, wenn diese tatsächlich anfielen und ausgewiesen seien (Urk. 62 S. 26). Der Gesuchsgegner setzt sich nicht mit der entscheidungsrelevanten Erwägung auseinander, wonach die Kosten trotz Arbeitslosigkeit der Gesuchstellerin anzurechnen seien zur Gewährleistung einer teilweisen Stabilität im Alltag der Kinder und zur Sicherung des Betreuungsplatzes (Urk. 56 S. 29 f.). Damit genügt der Gesuchsgegner der Rümpflicht nicht. d) Die Vorinstanz hat trotz Mankosituation bei den Kindern die VVG-Versicherung eingerechnet, dies unter Hinweis auf die Konstitution der Kinder (Urk. 56 S. 29). Diese Anrechnung ist mit Blick auf die gesundheitlichen Schwierigkeiten der Söhne gerechtfertigt.

E. 8.3

Einwände betreffend den Bedarf auf Seiten des Gesuchsgegners a) Für den Grundbetrag ist auf Erw. II./8.2 lit. a zu verweisen. b) Zum Argument des Gesuchsgegners, den Kindern seien je 1/10 der Wohnkosten anzurechnen (Urk. 62 S. 16), ist auf Erw. II./7.1 lit. d zu verweisen. Auch der Auffassung der Gesuchstellerin, es sei bei den Kindern kein Wohnkostenanteil auszuschneiden, ist unter Hinweis auf besagte Erw. II./7.1 lit. d nicht zu folgen. Die Rüge des Gesuchsgegners, die Vorinstanz habe die Wohnkosten in Phase I falsch berechnet, diese würden nur Fr. 110.– betragen (Urk. 62 S. 25), ist unbegründet. Die Vorinstanz bezifferte die Wohnkosten für zwei Monate auf insgesamt Fr. 2'750.– bzw. auf monatlich Fr. 1'375.– (Urk. 56 S. 25 f.). Ein 1/5 davon beträgt Fr. 275.–. In der Phase II ist der Wohnkostenanteil unter Hinweis auf Erw. II./7.2 lit. c auf Fr. 320.– pro Kind zu senken.

E. 8.4

Barbedarf C. _____ a) bei der Gesuchstellerin 01.04. bis 1.6.2021 - ab 31.05.2021
31.03.2022 01.04.2022

- 26 - Grundbetrag Fr. 420.– 420.– 420.– Wohn- und Nebenkosten Fr. 200.– 200.– 200.–
Krankenkassenprämie KVG Fr. 95.– 95.– 95.– Krankenkasse VVG Fr. 76.– 76.– 76.–
Gesundheitskosten Fr. 29.– 29.– 29.– Fremdbetreuung Fr. 165.– 165.– 165.– Total Fr. 985.–
985.– 985.– b) beim Gesuchsgegner 01.04. bis 1.6.2021 - ab 31.05.2021 31.03.2022
01.04.2022 Grundbetrag Fr. 180.– 180.– 180.– Wohn- und Nebenkosten Fr. 275.– 320.–
400.– Total Fr. 455.– 500.– 580.–

E. 8.5

Barbedarf D. _____ a) bei der Gesuchstellerin 01.04. bis 1.6.2021 - ab 31.05.2021
31.03.2022 01.04.2022 Grundbetrag Fr. 280.– 280.– 280.– Wohn- und Nebenkosten Fr.
200.– 200.– 200.– Krankenkassenprämie KVG Fr. 95.– 95.– 95.– Krankenkasse VVG Fr.
51.– 51.– 51.– Gesundheitskosten Fr. 29.– 29.– 29.– Fremdbetreuung Fr. 220.– 220.– 220.–
Total Fr. 875.– 875.– 875.–

- 27 - b) beim Gesuchsgegner 01.04. bis 1.6.2021 - ab 31.05.2021 31.03.2022 01.04.2022
Grundbetrag Fr. 120.– 120.– 120.– Wohn- und Nebenkosten Fr. 275.– 320.– 400.– Total Fr.
395.– 440.– 520.–

E. 8.6

Barbedarf E. _____ a) bei der Gesuchstellerin 01.04. bis 1.6.2021 - ab 31.05.2021
31.03.2022 01.04.2022 Grundbetrag Fr. 280.– 280.– 280.– Wohn- und Nebenkosten Fr.
200.– 200.– 200.– Krankenkassenprämie KVG Fr. 34.– 34.– 34.– Krankenkasse VVG Fr.
51.– 51.– 51.– Gesundheitskosten Fr. 29.– 29.– 29.– Fremdbetreuung Fr. 220.– 220.– 220.–
Total Fr. 814.– 814.– 814.– b) beim Gesuchsgegner 01.04. bis 1.6.2021 - ab 31.05.2021
31.03.2022 01.04.2022 Grundbetrag Fr. 120.– 120.– 120.– Wohn- und Nebenkosten Fr.
275.– 320.– 400.– Total Fr. 395.– 440.– 520.–

E. 9

Familienzulagen Die Familienzulagen betragen für C. _____ Fr. 250.– und für die Zwillinge
je Fr. 200.– (Urk. 10/7).

E. 10

Zusammenfassung unter Berücksichtigung der Familienzulagen

E. 10.1

Familienrechtliches Existenzminimum Phase I Gesuchstellerin 2'121.– Gesuchsgegner 2'121.– C. _____ [985.– ./ 250.–] + 455.– D. _____ [875.– ./ 200.–] + 395.– E. _____ [814.– ./ 200.–] + 395.– Total 7'511.–

- 28 -

E. 10.2

Familienrechtliches Existenzminimum Phase II Gesuchstellerin 2'121.– Gesuchsgegner 2'211.– C. _____ [985.– ./ 250.–] + 500.– D. _____ [875.– ./ 200.–] + 440.– E. _____ [814.– ./ 200.–] + 440.– Total 7'736.–

E. 10.3

Familienrechtlicher Bedarf Phase III Gesuchstellerin 2'664.– Gesuchsgegner 2'775.– C. _____ [985.– ./ 250.–] + 580.– D. _____ [875.– ./ 200.–] + 520.– E. _____ [814.– ./ 200.–] + 520.– Total Fr. 9'083.–

E. 11

Berechnung der Kinderunterhaltsbeiträge

E. 11.1

Phase I (01.04. bis 31.05.2021) Bei einem Einkommen von Fr. 5'600.– verbleiben nach Abzug des Bedarfs des Gesuchsgegners (Fr. 2'121.–) und demjenigen der Kinder auf seiner Seite (Fr. 1'245.–) Fr. 2'234.–. Der Gesuchsgegner ist zu verpflichten, der Gesuchstellerin an die Kosten des Unterhalts monatliche Beiträge von Fr. 735.– (C. _____), Fr. 675.– (D. _____) und Fr. 615.– (E. _____), zu bezahlen, je zuzüglich Familienzulage. Wie die Vorinstanz erwog, ist bei der vorliegenden Konstellation kein Betreuungsunterhalt geschuldet, da das Manko auf Seiten der Gesuchstellerin nicht betreuungsbedingt ist (vgl. Urk. 56 S. 33). Bei knappen finanziellen Verhältnissen wäre auch ein allfälliger Betreuungsunterhalt auf der Basis des betreibungsrechtlichen Existenzminimums des betreuenden Elternteils zu bestimmen (BGE 147 III 265 E. 7.2). Für die restliche Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners in der Höhe von Fr. 209.– ist auf Erw. II./12 betreffend den persönlichen Unterhalt zu verweisen.

- 29 -

E. 11.2

Phase II (01.06.2021 bis 31.03.2022) Bei einem Einkommen von Fr. 5'600.– verbleiben nach Abzug des Bedarfs des Gesuchsgegners (Fr. 2'211.–) und demjenigen der Kinder auf seiner Seite (Fr. 1'380.–) Fr. 2'009.–. Der Gesuchsgegner ist zu verpflichten, der Gesuchstellerin an die Kosten des Unterhalts monatliche Beiträge von Fr. 735.– (C. _____), Fr. 665.– (D. _____) und Fr. 610.– (E. _____) zu bezahlen, je zuzüglich Familienzulage. Der Barunterhalt von D. _____ und E. _____ ist im Betrag von insgesamt Fr. 14.– nicht gedeckt. Angesichts der Geringfügigkeit des Betrags ist ermessensweise von einer Mankoteilung im Kinderbedarf abzusehen; desgleichen ist der Fehlbetrag im Dispositiv nicht zu erwähnen. Für den persönlichen Unterhalt ist auf Erw. II./12 zu verweisen.

E. 11.3

Phase III (ab 01.04.2022) Bei einem Einkommen von Fr. 7'000.– verbleiben nach Abzug des Bedarfs des Gesuchsgegners (Fr. 2'775.–) und demjenigen der Kinder auf seiner Seite (Fr. 1'620.–) Fr. 2'605.–. Der Gesuchsgegner hat der Gesuchstellerin an die Kosten des Barunterhalts monatliche Beiträge von Fr. 735.– (C.____), Fr. 675.– (D.____) und Fr. 615.– (E.____) zu bezahlen. In dieser Phase hat die Gesuchstellerin bei einem Einkommen von Fr. 2'150.– und einem Bedarf von Fr. 2'664.– ein betreuungsbedingtes Manko von Fr. 514.–. Der Gesuchsgegner hat diesen Betrag (je Fr. 257.– für D.____ und E.____) als Betreuungsunterhalt zu bezahlen. Für die restlichen Fr. 66.– ist angesichts der Geringfügigkeit des Betrags von einer Überschussaufteilung abzusehen. Demzufolge ist der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin an die Kosten des Unterhalts der Kinder monatliche Beiträge, je zuzüglich Familienzulage, wie folgt zu bezahlen: - C.____: Fr. 735.– - D.____: Fr. 935.– (Fr. 675.– + Fr. 257.–; aufgerundet) - E.____: Fr. 875.– (Fr. 615.– + Fr. 257.–; aufgerundet).

- 30 -

E. 11.4

Die Unterhaltsbeiträge sind zahlbar an die Gesuchstellerin und zwar monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.

E. 12

Persönliche Unterhaltsbeiträge

E. 12.1

Die Vorinstanz hielt in Dispositiv-Ziffer 5 fest, dass mangels Leistungsfähigkeit keine Ehegattenunterhaltsbeiträge zuzusprechen seien (Urk. 56 S. 40). In der Berufungsschrift beantragt die Gesuchstellerin persönliche monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'448.– (bis Ende März 2022) und von Fr. 356.– ab April 2022 (Urk. 55 S. 3). Der Ehegattenunterhalt unterliegt der Dispositionsmaxime. In der Eingabe vom 9. März 2022 reduzierte die Gesuchstellerin ihren Antrag für März 2022 auf Fr. 356.– (Urk. 67 S. 3). In prozessualer Hinsicht stellt diese Ergänzung eine Reduktion des Begehrens in zeitlicher Hinsicht dar. Ein solcher teilweiser Klagerückzug ist jederzeit möglich (vgl. Art. 227 Abs. 3 ZPO; Pahud, DIKE-Komm-ZPO, Art. 227 N 18), ungeachtet der Frage der Novenschanke nach Eröffnung der Urteilsphase. Entsprechend ist diese Reduktion zu berücksichtigen.

E. 12.2

Wie unter Erw. II./11.1 dargelegt, resultiert in der Phase I eine Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners von Fr. 209.–, in welchem Umfang persönliche Unterhaltsbeiträge zuzusprechen sind.

E. 12.3

In der Phase I resultiert bei der Gesuchstellerin bei einem betreibungsrechtlichen Bedarf von Fr. 2'121.– minus die erwähnten Fr. 209.– ein Fehlbetrag von Fr. 1'912.– und in der Phase II bei einem betreibungsrechtlichen Bedarf von Fr. 2'121.– ein Fehlbetrag von Fr. 2'121.–. In der Phase III stehen dem familienrechtlichen Bedarf von Fr. 2'664.– Einnahmen von Fr. 2'150.– (Einkommen) und von Fr. 514.– (Betreuungsunterhalt) gegenüber. Ein allfälliger, aus dem Vermögen zu leistender Unterhaltsbeitrag (nachstehend Erw. 12.4 ff.) ist limitiert durch die von der Gesuchstellerin gestellten Anträge von Fr. 1'448.– für die Zeit von April 2021 bis Februar 2022 und von Fr. 356.– ab März

2022.

E. 12.4

Die Gesuchstellerin macht geltend, selbst wenn von einem tieferen Einkommen des Gesuchsgegners auszugehen wäre, seien die geforderten Unterhaltsbeiträge zu bezahlen. Es gelte der Grundsatz der ehelichen Solidarität. In der Steuererklärung 2019 hätten die Parteien Wertschriften und Guthaben von über

- 31 - Fr. 500'000.– deklariert. Der allergrösste Teil dieses Vermögens liege auf Bankkonten des Gesuchsgegners. Sie habe die Guthaben auf ihren Konten für ihren Lebensunterhalt und denjenigen der Kinder brauchen müssen, da sie seit der Kündigung kein Einkommen mehr habe. Die von der Vorinstanz festgelegten Unterhaltsbeiträge habe der Gesuchsgegner nicht bezahlt. Die Vorinstanz habe die Frage der Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen aus dem Vermögen überhaupt nicht geprüft (Urk. 55 S. 33 f.). Der Gesuchsgegner entgegnet, die Gesuchstellerin stütze sich auf Zahlen per Stichtag 31.12.2019, welche nunmehr über zwei Jahr alt und nicht mehr aktuell seien. Auch gemäss Steuererklärung 2020 hätten die Parteien Wertschriften und Vermögen von Fr. 492'230.– deklariert. Von dem Betrag von Fr. 382'173.– seien auf den Konten des Gesuchsgegners aktuell rund Fr. 82'000.– vorhanden, wobei die Anwaltsrechnung noch nicht bezahlt sei. Weitere Fr. 200'000.– seien nicht liquid, da der Gesuchsgegner ein Darlehen gewährt habe. Die Gesuchstellerin habe im September 2020 eigenmächtig Fr. 62'000.– auf ihr eigenes Konto überwiesen. Es sei davon auszugehen, dass sie einen beträchtlichen Teil noch zur Verfügung habe. Die Voraussetzungen, um ausnahmsweise auf die Substanz des Vermögens zu greifen, seien nicht erfüllt. Ein Betrag von rund Fr. 82'000.–, der noch um den Betrag der Anwaltsrechnung zu reduzieren sei, könne nicht als beträchtliches Vermögen qualifiziert werden. Das Bundesgericht erachte ein Vermögen von Fr. 263'000.– als nicht besonders bedeutend (Urk. 62 S. 29 f.). Auch habe der Gesuchsgegner die Wohnkosten der Gesuchstellerin und alle Krankenkassenprämien bis und mit Juni 2021, die Rechnungen des Mittagstisches für April und Mai 2021 und Ende November einen Betrag von Fr. 4'500.– für aufgelaufene Unterhaltsbeiträge bezahlt. Dazu habe er im Dezember 2021 und im Januar 2021 [recte: 2022] je Fr. 819.– und im Februar 2022 Fr. 6'092.05 überwiesen (Urk. 62 S. 29 f.).

E. 12.5

Grundsätzlich ist der Unterhalt aus dem laufenden Einkommen (Erträge aus Arbeit und Vermögen) zu decken; ausnahmsweise kann auf die Substanz des Vermögens gegriffen werden, wenn die Mittel für die Deckung des Unterhalts sonst nicht ausreichen. Dabei spielt es keine Rolle, ob es um ehelichen, nahehe-

- 32 - lichen oder Kindesunterhalt geht. Ob und in welchem Umfang es als zumutbar erscheint, Vermögen für den laufenden Unterhalt einzusetzen, ist anhand sämtlicher Umstände des konkreten Einzelfalls zu beurteilen. Zu diesen Umständen gehören die Bedeutung des anzugreifenden Vermögens, die Funktion und Zusammensetzung desselben sowie das Ausmass des Vermögensverzehr, und zwar sowohl hinsichtlich des Umfanges als auch der Dauer. Zum Verzehr infrage kommt in erster Linie liquides oder relativ einfach liquidierbares Vermögen. Besteht eine eigentliche Mankosituation und geht es darum, das betriebsrechtliche Existenzminimum zu decken, kann auf das Vermögen gegriffen werden, selbst wenn die Ersparnisse nicht besonders bedeutend sind. Je nach Höhe des Vermögens kann dieses zur Deckung des familienrechtlichen Existenzminimums

oder aber des über das familienrechtliche Existenzminimum hinausgehenden gebührenden Unterhalts bzw. des zuletzt gelebten Standards herangezogen werden. Mit Ausnahme jener Fälle, in welchen das Vermögen für das Alter angespart wurde und auf genau dieses Vermögen gegriffen werden soll, um den Unterhalt nach der Pensionierung sicherzustellen, kann es nicht darum gehen, ein bestehendes Vermögen zwecks Aufrechterhaltung eines bestimmten Lebensstandards aufzubrauchen (BGE 147 III 393, E. 6.1 m.w.H.).

E. 12.6

In der Phase III (ab 01.04.2022) erleidet die Gesuchstellerin unter dem Blickwinkel des betriebsrechtlichen Existenzminimums keinen Fehlbetrag, weshalb die Deckung eines allfälligen Unterhaltsbeitrags aus dem Vermögen vorliegend nicht zu prüfen ist.

E. 12.7

Der Gesuchsgegner ist deshalb zu verpflichten, der Gesuchstellerin persönliche monatliche Unterhaltsbeiträge wie folgt zu bezahlen: April 2021 bis Mai 2021 Fr. 1'448.–, davon Fr. 209.– aus Einkommen Juni 2021 bis Februar 2022 Fr. 1'448.– März 2022 Fr. 356.– Die Unterhaltsbeiträge sind – da rückwirkend geschuldet – sofort zahlbar.

- 34 -

E. 12.8

Wie unter Erw. II./12.4 ausgeführt, macht der Gesuchsgegner im Zusammenhang mit einem allfälligen Vermögensverbrauch geltend, er habe diverse Zahlungen an die Gesuchstellerin geleistet, so die Wohnkosten und die Krankenkassenprämien bis und mit Juni 2021, die Rechnungen des Mittagstisches für April und Mai, am 24. Dezember 2021 und am 3. Januar 2021 [recte: 2022] je Fr. 819.– und im Februar 2022 Fr. 6'092.50 (Urk. 62 S. 29 f.). Für die Krankenkassenprämien und den Mittagstisch liegen keine Zahlungsbelastungen im Recht, sondern die Rechnungen, teilweise versehen mit Handnotizen. Bei den zwei Überweisungen à Fr. 819.– und der Zahlung von Fr. 6'092.50 behält sich der Gesuchsgegner eine Anrechnung an die güterrechtliche Auseinandersetzung vor. Belegt sind drei Belastungen betreffend die Hypothekarzinsen (per 18.6.2021, per 17.09.2021 und per 31.12.2021). Die Gesuchstellerin hat in der Berufungsschrift anerkannt, dass der Gesuchsgegner die Hypothekarzinsen für die eheliche Liegenschaft bezahlt habe (Urk. 55 S. 35), jedoch hat der Gesuchsgegner in den Monaten April und Mai 2021 selbst in der ehelichen Wohnung gelebt. Mit Blick auf die Kinderunterhaltsbeiträge ist einzig eine Überweisung von Fr. 4'500.– per 30. November 2021 liquid (Urk. 64/6), welche von der Gesuchstellerin anerkannt ist (Urk. 55 S. 35). Diesbezüglich ist der Gesuchsgegner zu berechtigen, diese Zahlung in Abzug zu bringen.

E. 13

Angaben gemäss Art. 301a ZPO Die finanziellen Verhältnisse der Parteien sind dem neu zu fällenden Entscheid anzupassen. Die Bestimmung von Art. 301a ZPO verlangt nicht zwingend, dass die Angaben zum Bedarf im Dispositiv festzuhalten sind. Aus Gründen der Lesbarkeit des Dispositivs ist auf die Auflistung des familienrechtlichen Bedarfs zu verzichten.

- 35 -

E. 14

Kosten- und Entschädigungsfolgen Die Höhe der erstinstanzlichen Entscheidunggebühr (Dispositiv-Ziffer 7) wurde von keiner Partei angefochten und ist zu bestätigen. Die Kostenverlegung und die Entschädigungsfolgen (Dispositiv-Ziffer 8 und 9) sind ebenfalls zu bestätigen; die Anpassung der Unterhaltsbeiträge durch die erkennende Kammer vermag eine andere Verteilung der Prozesskosten im Sinne von Art. 318 Abs. 3 ZPO nicht zu rechtfertigen. III.

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