

ZH_OBERGERICHT LY130025 vom 22. November 2013

ZH Obergericht, 2013-11-22, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY130025

FR: ZH_OBERGERICHT LY130025 du 22 novembre 2013

IT: ZH_OBERGERICHT LY130025 del 22 novembre 2013

Erwägungen

E. 1

Die Parteien stehen sich seit dem 13. September 2012 vor dem Bezirksgericht Meilen (Vorinstanz) im Scheidungsverfahren gegenüber (act. 6/1).

E. 1.1

Gegen erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen ist die Berufung zulässig (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens über vorsorgliche Massnahmen ist die Unterhaltspflicht des

- 4 - Gesuchstellers. Damit liegt eine vermögensrechtliche Streitigkeit vor (vgl. BGer 5A_740/2009 vom 2. Februar 2010, E. 1). Der demzufolge vorausgesetzte Rechtsmittelstreitwert von Fr. 10'000.00 (Art. 308 Abs. 2 ZPO) ist gegeben: Unter Berücksichtigung der strittigen Unterhaltsbeiträge in der Höhe von durchschnittlich 284.00 (Kinder) plus Fr. 555.00 (Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte, fortan Gesuchstellerin) pro Monat bei einer geschätzten Verfahrensdauer von drei Jahren gerechnet ab dem 1. Mai 2012 ergibt sich ein Streitwert von rund Fr. 30'000.00 (vgl. bereits act. 4 S. 4). Die Berufung (die schriftlich und begründet eingereicht wurde, vgl. Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist somit zulässig.

E. 1.2

Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Sachverhaltsfeststellung gerügt werden (Art. 310 ZPO). In der schriftlichen Begründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist im Einzelnen darzulegen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid falsch ist und deshalb abgeändert werden muss (Begründungslast, vgl. ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N 36). Die Berufungsinstanz verfügt über umfassende Kognition und prüft das Recht im Rahmen der Berufungsanträge von Amtes wegen (Art. 57 ZPO). Die vorstehend aufgezeigte Rügeobliegenheit ist lediglich eine Voraussetzung für das Einsetzen der zweitinstanzlichen Prüfung, aber sie ändert an der daran anschliessenden Rechtsanwendung von Amtes wegen nichts. Die Berufungsinstanz ist daher im Rahmen der Prüfung der Berufungsanträge weder an die in der Parteieingabe geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden. Sie kann die Berufung aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen oder mit einer von der vorinstanzlichen Argumentation abweichenden Begründung abweisen (vgl. BK ZPO-Hurni, Art. 57 N 21, 39 ff.). Eine Pflicht des Gerichts, die Parteien über die massgeblichen Rechtsnormen oder juristischen Argumente zu orientieren und sie dazu anzuhören, besteht nur dann, wenn das Gericht seinen Entscheid auf solche Normen oder Argumente abstützen will, mit deren Heranziehung die Parteien nicht rechnen mussten (BK ZPO-Hurni, Art. 57 N 22).

E. 1.3

Über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen während des Scheidungsverfahrens ist im summarischen Verfahren zu entscheiden (Art. 276 Abs. 1 i.V.m. Art. 271 lit. a ZPO). Die tatsächlichen Verhältnisse sind in diesem Verfahren nicht strikt zu beweisen, sondern lediglich glaubhaft zu machen. Voraussetzung ist, dass für das Vorhandensein der betreffenden Tatsachen eine grössere Wahrscheinlichkeit spricht als für das Gegenteil (FamKomm Scheidung/Leuenberger, 2. Auflage 2011, Anh ZPO, Art. 276 N 1, 17).

E. 1.4

Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens sind (wie bereits gesehen) neben den persönlichen Unterhaltsansprüchen der Gesuchstellerin auch die Unterhaltsbeiträge für die beiden minderjährigen Söhne der Parteien. Betreffend den Unterhalt minderjähriger Kinder gilt der (strenge) Untersuchungsgrundsatz nach Art. 296 Abs. 1 ZPO. Im Übrigen gilt im Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen lediglich der eingeschränkte Untersuchungsgrundsatz nach Art. 272 ZPO (vgl. OGer ZH LY110031 vom 5. März 2013 E. II./3.1). Beide Ausgestaltungen der Untersuchungsmaxime ändern nichts an der geschilderten summarischen Natur des Verfahrens. Zudem sind die Parteien bei der Sammlung des Prozessstoffs nach dem Grundsatz von Treu und Glauben zur Mitwirkung verpflichtet, da sie den Prozessstoff am besten kennen (vgl. BK ZPO-Spycher, Art. 272 N 6; FamKomm Scheidung/Schweighauser, 2. Auflage 2011, Anh ZPO, Art. 296 N 11). Das Gericht ist indes an die tatsächlichen Vorbringen der Parteien nicht gebunden. Es kann Tatsachen berücksichtigen, die von keiner Partei behauptet wurden, und Beweise abnehmen, welche keine Partei beantragt hat (BK ZPO-Spycher, Art. 272 N 3). Unabhängig von der einschlägigen Prozessmaxime gilt mit Blick auf die Bindung des Gerichts an die Parteianträge die Dispositionsmaxime. Das Gericht ist indes nur an die formellen Parteianträge gebunden, nicht hingegen an die einzelnen im Rahmen der Unterhaltsberechnung geltend gemachten Einnahmen- und Aufwandpositionen (BGer 5A_310/2010 vom 19. November 2010, E. 6.4.3).

E. 1.5

Es fragt sich, wie sich die verschiedenen Ausgestaltungen der Untersuchungsmaxime auf das Novenrecht im Berufungsverfahren auswirken. Die

- 6 - Kammer folgt der Praxis des Bundesgerichts zum eingeschränkten Untersuchungsgrundsatz, wonach in diesen Konstellationen für das Novenrecht die Bestimmung von Art. 317 Abs. 1 ZPO massgeblich ist (BGE 138 III 625). Der unbeschränkte Untersuchungsgrundsatz bei Kinderbelangen führt dagegen nach der Praxis der Kammer in Analogie zu Art. 229 Abs. 3 ZPO zur unbeschränkten Zulässigkeit von Noven bis zur Urteilsberatung auch im Berufungsverfahren (OGer ZH LC130019 vom 8. Mai 2013, E. 3.1; gl.M. BK ZPO-Spycher, Art. 296 N 9). Nach der Praxis der Kammer ist in solchen Konstellationen davon auszugehen, dass Unterhaltsbeiträge, die sowohl dem Ehegatten als auch den Kindern geschuldet sind, in Bezug auf die Leistungsfähigkeit des Schuldners ein Ganzes bilden, dessen einzelne Teile nicht vollständig unabhängig voneinander festzusetzen sind. Eine Novenbeschränkung mit Bezug auf den Ehegattenunterhalt wird deshalb als nicht sachgerecht betrachtet (vgl. OGer ZH LC120016 vom 13. August 2012, E. II./1.). Die bundesgerichtliche Praxis würde wohl auch ein strengeres Vorgehen zulassen mit Beschränkung des Novenrechts ausserhalb des Anwendungsbereichs des strengen Untersuchungsgrundsatzes (vgl. BGer 5A_70/2013 vom 11. Juni 2013, E. 5, insb. 5.2).

Indessen führt auch eine vollumfängliche Berücksichtigung der neuen Vorbringen und neuen Beweismittel des Gesuchstellers nicht zu einer Gutheissung der Berufung, was nachfolgend aufgezeigt wird.

E. 1.6

Unterhaltsbeiträge sind in pflichtgemässer Ermessensausübung festzusetzen. Der Entscheid stellt daher – auch wenn dafür eine mathematische Berechnung herangezogen wird – nicht das exakte Ergebnis einer quasi wissenschaftlich genauen Berechnung dar, sondern er ist letztlich immer nach Recht und Billigkeit zu treffen (Meier-Hayoz, Berner Kommentar, N 71-73 zu Art. 4 ZGB; ZR 90/1991 Nr. 95). 2. Zum Bedarf der Gesuchstellerin:

E. 2

Mit der vorstehend auszugsweise angeführten Verfügung vom 12. Juli 2013 ordnete die Vorinstanz im Scheidungsverfahren der Parteien vorsorgliche Massnahmen an (act. 6/62 = 3/1). Die Verfügung vom 12. Juli 2013 wurde dem Gesuchsteller und Berufungskläger (fortan Gesuchsteller) am 22. August 2013 zugestellt (act. 6/63/2).

E. 2.1

Die Vorinstanz errechnete den Bedarf der Gesuchstellerin und der Kinder auf Fr. 4'946.00 monatlich (act. 3/1 S. 16).

- 7 -

E. 2.2

Der Gesuchsteller rügt davon einzig die Position "Nebenkosten für die eheliche Liegenschaft, ...-Verwaltung" von Fr. 638.00 als zu hoch. Im Einzelnen macht er geltend, die Gesuchstellerin selber habe bei dieser Position lediglich einen Betrag von Fr. 560.50 geltend gemacht. Dieser Betrag sei einzusetzen, da er sich aus der in den Akten liegenden Abrechnung für das Jahr 2011 vom 23. August 2012 (act. 6/8/5) ergebe. Der höhere, von der Vorinstanz berücksichtigte Betrag entspreche dem Anteil der Wohnung AB._____ am Budget 2012. Diesen Betrag in die Berechnung aufzunehmen, sei falsch und aktenwidrig. Wenn die tatsächlichen Zahlen vorlägen, gehe es nicht an, auf hypothetische, sich aus einem Budget ergebenden Zahlen abzustellen, zumal ein solches Budget unklar sei und üblicherweise auf überhöhten Kostenschätzungen beruhe. Dies sei notorisch und ergebe sich aus der erwähnten Abrechnung für das Jahr 2011, welche zugunsten der Parteien einen Überschuss von Fr. 505.65 ausweise (act. 2 S.

E. 2.3

Der Ansicht des Gesuchstellers ist nicht zu folgen. Auszugehen ist von den aktuell tatsächlich zu bezahlenden Auslagen. Diese erscheinen auf Basis des Budgets der Stockwerkeigentümergeinschaft glaubhaft, denn daraus ergibt sich, was die Gesuchstellerin aktuell tatsächlich bezahlen musste (akonto-Zahlung für 2013 basierend auf dem halbjährigen Betrag von Fr. 3'827.00 gemäss Budget 2012, vgl. act. 6/8/5). Richtig ist zwar, dass diese Beiträge eine gewisse Unschärfe aufweisen. Dass eine regelmässig zu hohe Budgetierung der Nebenkosten gerichtsnotorisch wäre, kann jedoch nicht gesagt werden. Vielmehr ist davon auszugehen, dass je nach tatsächlichem Heizungsaufwand (der u.a. vom Wetter im Winterhalbjahr abhängt) sowie je nach der Entwicklung von Marktpreisen etwa für Heizöl in einem Jahr etwas mehr und im anderen Jahr etwas

weniger tatsächliche Kosten anfallen. Entsprechend wird denn auch in Fällen, in welchen die Parteien Mieter sind, ohne weiteres auf die tatsächlich je monatlich bezahlte Nebenkostenpauschale abgestellt, unabhängig von allfälligen Rückerstattungen oder Nachzahlungspflichten. Dass die Vorinstanz den höheren Betrag von Fr. 638.00 pro Monat gemäss Budget 2012 berücksichtigte und nicht den aktuell im Jahr 2011 bezahlten Betrag, - 8 - ist somit nicht zu beanstanden. Mit der Vorinstanz ist danach von einem Bedarf der Gesuchstellerin von Fr. 4'946.00 auszugehen (vgl. act. 3/1 S. 16). Auf die vom Gesuchsteller aufgeworfene Frage, ob davon die Kinderzulagen in Abzug zu bringen sind, wird weiter unten eingegangen. 3. Das massgebliche Einkommen der Gesuchstellerin von Fr. 4'076.00 pro Monat (act. 3/1 S. 25) wird vom Gesuchsteller nicht beanstandet. 4. Bedarf und Einkommen des Gesuchstellers:

E. 3

Mit Eingabe vom 2. September 2013 erhob der Gesuchsteller fristgerecht Berufung gegen die Verfügung vom 12. Juli 2013. Dabei stellte er die eingangs aufgeführten Berufungsanträge (act. 2).

E. 4

Mit Beschluss vom 6. September 2013 wurde der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen und dem Gesuchsteller Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 2'500.00 für die Kosten des Berufungsverfahrens angesetzt (act. 4). Der Kostenvorschuss ging fristgerecht ein (act. 8).

E. 4.1

Betrachtungsweise der Vorinstanz: Die Vorinstanz ging von einem Bedarf des Gesuchstellers von Fr. 1'180.00 aus, beinhaltend einen Grundbetrag von Fr. 1'100.00 (Wohngemeinschaft mit einer erwachsenen Person) sowie Fr. 32.00 für Telefon, Radio, TV und Internet und Fr. 48.00 für die Privathaftpflicht- und Hausratversicherung. Wohnkosten wurden im Bedarf des Gesuchstellers dagegen nicht berücksichtigt (vgl. dazu die nachfolgenden Ausführungen). Dasselbe gilt für Krankenkassenprämien. Solche bezahlt der Gesuchsteller zur Zeit (gemäss seiner eigenen Angabe vor der Vorinstanz) nicht, weil diesbezüglich ein Verfahren vor dem Sozialversicherungsgericht hängig sei (act. 3/1 S. 19 ff.; Vi-Prot. S. 36). Die Nichtanrechnung von Krankenkassenprämien wird vom Gesuchsteller nicht beanstandet. Auf der Einkommensseite ging die Vorinstanz beim Gesuchsteller von einem monatlichen Betrag von Fr. 5'419.00 aus, bestehend aus dem Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit von Fr. 1'396.50 (Anstellung bei der E._____ GmbH, deren Alleineigentümer der Gesuchsteller ist), dem Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit von Fr. 3'038.30 (Aufträge von der E._____ GmbH, welche der Gesuchsteller im eigenen Namen periodisch gegenüber der E._____ GmbH verrechnet [act. 6/32/6/1-12]) und dem Gewinn der E._____ GmbH von Fr. 940.00 (act. 3/1 S. 25 ff., insb. S. 28). Diese Einkommensberechnung wird vom Gesuchsteller nicht beanstandet.

- 9 - Strittig ist die Behandlung der Wohnkosten. Der Gesuchsteller bewohnt mit seiner Partnerin eine Wohnung zu einem Mietzins von Fr. 2'150.00, wovon die Partnerin gemäss schriftlicher Bestätigung die Hälfte bezahlt (act. 6/32/1, 6/38/2). Der Mietzins wird direkt von der E._____ GmbH beglichen. Der Gesuchsteller behauptete dazu bereits vor der Vorinstanz, der entsprechende Betrag werde von der E._____ GmbH bezahlt und werde ihm von seinem Lohneinkommen abgezogen (Vi-Prot. S. 35). Die Vorinstanz erachtete

dies jedoch gestützt auf die vorgelegten Unterlagen nicht als glaubhaft. Sie rechnete dem Gesuchsteller daher beim Einkommen den Lohn aus unselbständiger Tätigkeit von monatlich Fr. 1'396.50 (act. 6/32/5) ungeschmälert an und verzichtete gleichzeitig auf die Anrechnung von Wohnkosten im Bedarf (act. 3/1 S. 20, 28).

E. 4.2

Zunächst ist auf einige verfahrensrechtliche Argumente des Gesuchstellers im Zusammenhang mit der Verrechnung seines Lohneinkommens mit den von der E._____ GmbH bezahlten Mietzinsen einzugehen:

E. 4.2.1

Der Gesuchsteller macht zunächst geltend, die Gesuchstellerin habe seine Schilderung betreffend Abzug der von der E._____ GmbH bezahlten Mietzinsen von seinem Lohneinkommen (Vi-Prot. S. 35) nicht bestritten bzw. anerkannt (act. 2 S. 8). Daraus lässt sich indes nichts zugunsten des Gesuchstellers ableiten. Im Geltungsbereich der (eingeschränkten oder uneingeschränkten) Untersuchungsmaxime ist das Gericht an die tatsächlichen Vorbringen der Parteien nicht gebunden. Zudem hat auch die Dispositionsmaxime nicht zur Folge, dass das Gericht an die einzelnen geltend gemachten Aufwand- und Einkommenspositionen gebunden wäre (vgl. vorne II./1.4).

E. 4.2.2

Weiter stellt sich der Gesuchsteller auf den Standpunkt, der Entscheid der Vorinstanz betreffend die Nichtberücksichtigung der geltend gemachten Verrechnung sei widersprüchlich, weil die Vorinstanz selber gemäss ihren Erwägungen als glaubhaft erachte, dass eine Verrechnung mit seinem Lohn stattgefunden habe (act. 2 S. 9). Grund für die unterbliebene Berücksichtigung von Mietzinsen im Bedarf des Gesuchstellers war nach der klaren Formulierung der Vorinstanz, dass der Ge-

- 10 - suchsteller eine Reduktion seines Lohneinkommens um die Monatsmiete nicht glaubhaft gemacht habe (act. 3/1 S. 20). Es mag sein, dass die vom Gesuchsteller zitierte vorinstanzliche Erwägung nicht vollends klar ist (act. 3/1 S. 30 oberster Absatz, vierte und fünfte Zeile, wo die Vorinstanz erklärt, es erscheine glaubhaft, dass eine Verrechnung mit dem Lohn des Gesuchstellers stattgefunden habe). Allerdings steht diese Erwägung im Zusammenhang mit der von der Gesuchstellerin geltend gemachten Anrechnung weiterer Einkommensbestandteile (zusätzlich zum Lohneinkommen) und nicht im Zusammenhang mit der Berücksichtigung des Lohneinkommens selbst. Dies folgt aus der gleich anschliessenden Formulierung der Vorinstanz, wonach es "betreffend die Mietzinszahlungen jedenfalls unangebracht wäre, diese gleichzeitig nicht im Bedarf zu berücksichtigen (...) und im Einkommen hinzuzuzählen" (act. 3/1 S. 30). Für die Vorinstanz war danach lediglich klar, dass die durch die Firma bezahlten Mietzinsen nicht als zusätzlicher Einkommensbestandteil anzurechnen waren, wenn sie bereits (infolge der Bezahlung durch die Firma) im Bedarf nicht berücksichtigt wurden. Daraus lässt sich nichts zu Gunsten des Gesuchstellers ableiten. Ohnehin wäre beim Vorliegen eines Widerspruchs zwischen Entscheiddispositiv und Begründung nicht Berufung zu erheben, sondern von der Vorinstanz eine Berichtigung zu verlangen (Art. 334 ZPO). Mit der Berufung kann demgegenüber nur das Entscheiddispositiv angefochten werden. Da nach dem Gesagten klar ist, wie die Vorinstanz entscheiden wollte, sah offenkundig auch der anwaltlich vertretene Gesuchsteller (zu Recht) keinen Anlass für eine Berichtigung nach Art. 334 ZPO.

E. 4.2.3

Sodann macht der Gesuchsteller geltend, die Vorinstanz hätte ihn, wenn sie den Vorgang der Verrechnung der Mietzinszahlungen mit seinem Lohn- einkommen nicht für glaubhaft erachtete, als Folge der richterlichen Fragepflicht explizit dazu auffordern müssen, entsprechende Belege einzureichen. Der Ge- suchsteller verweist dazu auf die Praxis der Kammer, wonach das Gericht im Ver- fahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege auch bei rechtskundiger Vertretung einer Partei verpflichtet ist, der entsprechenden Partei Gelegenheit zur Nachrei-

- 11 - chung von offensichtlich fehlenden Belegen zu geben (act. 2 S. 10 mit Hinweis auf OGer ZH RU130042 vom 10. Juli 2013). Vorab ist festzuhalten, dass die richterliche Fragepflicht allgemein nicht dazu dient, prozessuale Nachlässigkeiten auszugleichen oder gar Auswirkungen be- wussten Verhaltens einer Partei rückgängig zu machen (BK ZPO-Hurni, Art. 56 N 26). Ob die Praxis betreffend Hinweispflicht im Verfahren der unentgeltlichen Rechtspflege allgemein auf andere Fälle der Untersuchungsmaxime und insbe- sondere auf die Kinderbelange im familienrechtlichen Verfahren übertragen wer- den kann, ist fraglich. Die Untersuchungsmaxime nach Art. 296 Abs. 1 ZPO gilt zwar grundsätzlich auch zugunsten des unterhaltspflichtigen Elternteils (zur ent- sprechenden bisherigen Bestimmung: BSK ZGB I-Breitschmid, 4. Auflage 2010, Art. 280 N 7), doch sie ist jedenfalls in Unterhaltssachen in erster Linie im Interes- se des Kindes statuiert (Breitschmid, loc. cit.). Dies erlaubt mit Blick auf die Inte- ressen des unterhaltspflichtigen Elternteils eine etwas stärkere Gewichtung der Mitwirkungspflichten – umso mehr bei anwaltlicher Vertretung des entsprechen- den Elternteils. Die Frage kann indessen offen bleiben, da die Vorinstanz ihrer Fragepflicht betreffend die einzureichenden Unterlagen genügend nachkam, ins- besondere in den Verfügungen vom 11. Dezember 2012 und 22. Januar 2013 (act. 6/16A, 6/40). Zudem bejahte der Gesuchsteller anlässlich der Verhandlung vom 14. Januar 2013 die Frage, ob er für den Vorgang der Verrechnung der von der GmbH bezahlten Mietkosten mit seinem Lohn Belege habe, die er einreichen könne (Vi-Prot. S. 35). In der daraufhin ergangenen Verfügung vom 22. Januar 2013 betreffend Nachreichung von Unterlagen (act. 6/40) unterblieb allerdings ein konkreter Hinweis auf diese Belege. Der Gesuchsteller hat indessen die relative Undurchschaubarkeit seiner wirtschaftlichen Verhältnisse (Verflechtung mit der E._____ GmbH) selber zu ver- treten. Er kann sich daher (auch im Anwendungsbereich von Art. 296 Abs. 1 ZPO) nicht darauf beschränken, exakt die Belege vorzulegen, welche das Gericht aus- drücklich schriftlich von ihm herausverlangt. Der Gesuchsteller hatte vielmehr all- gemein und von sich aus die sachdienlichen Belege für die Bestimmung seines

- 12 - Einkommens und für die Glaubhaftmachung seiner diesbezüglichen Behauptun- gen vorzulegen. Ohnehin sind die diesbezüglichen Vorbringen des Gesuchstellers im Beru- fungsverfahren aufgrund des aufgezeigten offenen Novenrechts zu hören. Auf die gerügte Fragepflichtverletzung ist daher nicht weiter einzugehen.

E. 4.3

Neue Vorbringen im Berufungsverfahren: Der Gesuchsteller belegt im vorliegenden Verfahren mittels neu eingereich- ter Unterlagen zunächst, dass die E._____ GmbH den Mietzins in der Höhe Fr. 2'230.00 (Wohnungsmiete von Fr. 2'150.00 plus Mietzins für zwei Abstellplät- ze) direkt an die Vermieterschaft bezahlte (act. 2 S. 11 f., act. 3/2/1-8, 3/3/1-8). Die Bezahlung der Mietzinsen durch die GmbH wurde allerdings zu keinem Zeit- punkt bestritten, sondern vielmehr auch von der Gesuchstellerin geltend gemacht (act. 6/34 S. 6)

und von der Vorinstanz nicht konkret in Frage gestellt. Dies ist daher unerheblich. Als weiteres Novum reichte der Gesuchsteller im Berufungsverfahren einen Auszug des Kontos Nr. 2080, "KK A1._____", aus der Buchhaltung der E.____ GmbH zu den Akten (act. 3/4). Darauf ist nachfolgend einzugehen.

E. 4.4

Bemessung der Leistungsfähigkeit des Gesuchstellers im Einzelnen:

E. 4.4.1

Der Gesuchsteller ist alleiniger Inhaber der E.____ GmbH. Dass die GmbH den Mietzins für die vom Gesuchsteller und seiner Partnerin privat bewohnte Wohnung bezahlt, ist ausgewiesen (vgl. soeben II./4.3). Zum Beleg für die geltend gemachte Verrechnung der Mietzinszahlungen mit seinem Lohn Einkommen von der E.____ GmbH verweist der Gesuchsteller auf den Auszug des Buchhaltungskontos Nr. 2080 "KK A1._____" der E.____ GmbH. Die Zahlungen von monatlich Fr. 2'230.00 seien, so der Gesuchsteller, buchhalterisch korrekt in diesem Konto verbucht worden, im Sinne eines Guthabens der E.____ GmbH ihm (dem Gesuchsteller) gegenüber. Am Ende des Kalenderjahres seien die Zahlungen mit seinem Nettolohn von (unbestritten) Fr. 16'758.00 für 2012 (monatlich Fr. 1'396.50) verrechnet worden (act. 2 S. 12, act. 3/4).

- 13 - In der Tat ergeben sich aus dem Auszug des Kontos Nr. 2080 der E.____ GmbH sowohl die Verbuchung der Mietzinszahlungen als Guthaben der GmbH als auch die Verbuchung des Lohn Einkommens als Guthaben des Gesuchstellers. Die "Verrechnung" in dem Sinne, dass der Gesuchsteller sich sein Lohn Einkommen von der E.____ nicht auszahlt, sondern zur (teilweisen) Tilgung seiner Schuld gegenüber der GmbH auf dem Konto Nr. 2080 verbuchte, ist damit ausgewiesen. Richtig betrachtet handelt es sich beim durch die GmbH bezahlten Mietzins um einen Privatbezug des faktisch selbständig erwerbenden Gesuchstellers. Der Gesuchsteller verrechnet diesen Privatbezug mit seinem Lohn Einkommen von der GmbH, d.h. er kommt in den Genuss des Privatbezugs, bezieht dafür das ausgewiesene Lohn Einkommen nicht. Werden die Mietkosten im Bedarf angerechnet, so ist auch der Privatbezug als Einkommen anzurechnen. Dem entspricht die Berechnungsweise des Gesuchstellers, der – bei im Übrigen unveränderter Berechnung gemäss dem angefochtenen Entscheid – einerseits das Lohn Einkommen (das nach seiner Argumentation in der Höhe dem Privatbezug entspricht) nach wie vor berücksichtigen und andererseits in seinem Bedarf einen angemessenen Mietzinsanteil einsetzen will (act. 2 S. 13 f.).

E. 4.4.2

Die Leistungsfähigkeit des Gesuchstellers wird indes bei diesem Vorgehen nicht zutreffend wiedergegeben. Der Gesuchsteller lässt in seiner Berechnung unberücksichtigt, dass der von der E.____ GmbH bezahlte Mietzins monatlich Fr. 2'230.00 beträgt, sein Lohn Einkommen dagegen lediglich Fr. 1'396.50. Nach einer Verrechnung der beiden Beträge verbleibt damit ein weiterer geldwerter Vorteil von Fr. 833.50, der dem Gesuchsteller via die Bezahlung der Mietzinsen zukommt. Neben dem Lohn Einkommen von der E.____ GmbH ist dem Gesuchsteller daher (ausgehend von seiner Berechnungsweise) auch dieser Betrag von Fr. 833.50 als Einkommen anzurechnen. Zusammen entspricht das dem Betrag von Fr. 2'230.00, den die E.____ GmbH für die private Mietzinszahlung des Gesuchstellers und seiner Partnerin aufwendet. Ob die Partnerin dem Gesuchsteller einen Mietzinsanteil bezahlt oder nicht, ist dabei nicht

erheblich. Der Gesuchsteller kann einen geldwerten Vorteil, den er

- 14 - aus der GmbH bezieht, für sich selber oder für Dritte verwenden. Das ändert nichts daran, dass es sich dabei um Einkommen handelt. Massgeblich ist einzig, dass nicht davon auszugehen ist, die Partnerin bezahle ihren Anteil an die E. _____ GmbH (wenn dem so wäre, so würde insgesamt doch nur der Anteil des Gesuchstellers von der GmbH aufgebracht). Dafür gibt es keine Anzeichen. Unterschriftlich bestätigt wurde seitens des Gesuchstellers und seiner Partnerin nur, dass sie die Mietkosten hälftig tragen (act. 6/38/2). Dass die Partnerin ihren Mietzinsanteil an die GmbH überwiesen hätte, geht auch aus den in den Akten befindlichen Auszügen des Kontos der E. _____ bei der St. Galler Kantonalbank nicht hervor (act. 6/49/10). Aufgrund der Bilanz der GmbH (act. 6/49/1-2) ist zudem nicht anzunehmen, dass die E. _____ GmbH noch über andere Bankkonti verfügen würde, auf welche die Partnerin des Gesuchstellers ihren Mietzinsanteil bezahlt haben könnte. Der Gesuchsteller macht denn auch nicht geltend, seine Partnerin bezahle einen Mietzinsanteil an die E. _____ GmbH. Daher stellt der gesamte Mietzins von Fr. 2'230.00 einen geldwerten Vorteil dar, der dem Gesuchsteller aus der E. _____ GmbH zufließt und der ihm deshalb im Sinne eines Privatbezugs als Einkommen anzurechnen ist (im Einzelnen: Lohn [mit dem der Privatbezug insoweit verrechnet wurde] + Differenzbetrag als weiterer Privatbezug). Dies führt zusammen mit den weiteren unbestritten bzw. nicht gerügten Einkommensbestandteilen zur folgenden Einkommensberechnung des Gesuchstellers:
Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit: Fr. 3'083.30 Gewinn der E. _____ GmbH:
Fr. 940.00 Lohn + aufgezeigter Differenzbetrag, entsprechend der Mietzinszahlung durch die E. _____ GmbH (Privatbezug) Fr. 2'230.00 Total (rund) Fr. 6'250.00 Ob bei dieser Berechnung die ausgewiesene Provision von Fr. 4'000.00 im Jahr 2012 (act. 3/4) zusätzlich zu berücksichtigen wäre, kann offen bleiben, da auch eine Anrechnung am Verfahrensausgang nichts ändern würde.

- 15 -

E. 4.4.3

Bei der vorstehend aufgezeigten Einkommensberechnung könnte sich fragen, ob die Anrechnung des Gewinns neben der (vollen) Anrechnung der Mietzinszahlungen als Privatbezug den Gesuchsteller benachteilige, in dem Sinne, dass ihm ein höheres Einkommen angerechnet würde, als das tatsächlich von der E. _____ GmbH bezogene. Dies ist indes aus den nachfolgend aufgezeigten Gründen nicht der Fall:

E. 4.4.3.1

Der Gesuchsteller ist neben seiner selbständigen Erwerbstätigkeit (wo er Vertragspartner der E. _____ GmbH ist) im Rahmen der E. _____ GmbH auch in dem Sinne quasi selbständig erwerbstätig, als er alleiniger Inhaber der GmbH ist. Anstelle der (nicht gerügten) Berechnungsweise gemäss der Vorinstanz (Anrechnung des ausgewiesenen Gewinns und des ausgewiesenen Lohneinkommens) könnte der Gesuchsteller in dieser Situation mit Blick auf seine Leistungsfähigkeit auch mit einem Alleinaktionär verglichen werden und entsprechend wie ein selbständig Erwerbender behandelt werden, der über die Höhe seines ausbezahlten Lohnes und über weitere Bezüge alleine entscheiden kann (vgl. ZR 90/1991 Nr. 52). Dem entspräche, beim Einkommen des Gesuchstellers aus der E. _____ GmbH insgesamt von den Bezügen auszugehen, die er bisher getätigt hat und weiterhin tätigen kann (ZK-Bräm, Art. 163 ZGB N 78). Über die privaten Bezüge gibt das bereits erwähnte Gesellschafterkonto "KK A1. _____" der E. _____ GmbH Aufschluss (act. 3/4).

Das Konto erscheint in der Bilanz 2012 unter dem Titel "Darlehen" als negatives Passivum der GmbH. Im Ergebnis handelt es sich daher beim ausgewiesenen Betrag (Fr. 14'486.32, act. 6/49/2) um eine Schuld des Gesuchstellers gegenüber der GmbH. Diese Schuld wurde im Verlauf des Jahres durch eine Vielzahl von Vorgängen einerseits vergrössert (Bezüge des Gesuchstellers bzw. Leistungen der GmbH für den Gesuchsteller privat) und andererseits verkleinert (geschäftliche Auslagen, welche der Gesuchsteller aus privaten Mitteln finanzierte, sowie Verbuchung von Ansprüchen des Gesuchstellers gegenüber der GmbH). Die Entwicklung des Kontosaldos zeigt somit die Privatbezüge des Gesuchstellers auf (netto nach Abzug der genannten Schuldtilgungen des Gesuchstellers). Konkret stieg die Schuld des Gesuchstellers von Fr. 5'421.93 per Ende April 2012 (vor der Mietzinszahlung für

- 16 - den Monat Mai 2012) auf Fr. 35'244.32 per Ende Dezember 2012 (vor der Verrechnung mit dem Lohn- und Provisionsanspruch des Gesuchstellers). Dies ergibt über 8 Monate (Mai 2012 bis Dezember 2012) hinweg Privatbezüge von Fr. 29'822.40. Diesen Betrag hat der Gesuchsteller in dieser Zeitperiode für seine privaten Bedürfnisse aus der GmbH bezogen. Darin inbegriffen sind die Mietzinszahlungen von Fr. 2'230.00, die entsprechend 8 Mal im Kontoauszug erscheinen (act. 3/4). Nicht darin inbegriffen sind nebenbei bemerkt die vorerwähnten Honorare des Gesuchstellers für seine selbständige Erwerbstätigkeit für die E. _____. Diese Leistungen wurden nicht als Privatbezüge verbucht, sondern als geschäftliche Aufwendungen (act. 3/1 S. 26). Daher ist von zwei verschiedenen Einkommensbestandteilen auszugehen. Einzig ein Honorarbetrag von Fr. 3'000.00 wurde am 23. Mai 2012 über das Konto KK A1. _____ verbucht, allerdings als Gutschrift zugunsten des Gesuchstellers (vom Aufwandkonto 3100 "Fremdarbeiten", vgl. act. 3/4 und 6/39/2), der sich diese Honorarzahlung nicht in bar auszahlen liess, sondern seinem Konto Nr. 2080 bei der GmbH gutschrieb (offenbar im Gegensatz zu den anderen Honorarzahlungen gemäss den Abrechnungen [act. 6/32/6/1-12], die auf dem Konto Nr. 2080 nicht erscheinen). Dieser Vorgang verringerte den Saldo der Privatbezüge. Die Berücksichtigung der entsprechenden Buchung führt mithin nicht zu einer doppelten Anrechnung desselben Einkommensbestandteils. Somit ist von Privatbezügen pro Monat von Fr. 3'727.80 (29'822.40 / 8) auszugehen. Daraus ergäbe sich zusammen mit dem unbestrittenen Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit des Gesuchstellers in der Höhe von Fr. 3'083.30 ein Total von rund Fr. 6'800.00 (Lohn und Provisionen, die der Gesuchsteller zu seinen Gunsten auf dem Konto Nr. 2080 verbuchte [act. 3/4], sind nach dieser Berechnung nicht zusätzlich anzurechnen, da es auf die tatsächlich erfolgten Bezüge ankommt). Der Gesuchsteller hat somit in den erwähnten 8 Monaten deutlich mehr an geldwerten Vorteilen als den ausgewiesenen Gewinn aus der E. _____ GmbH bezogen.

- 17 - Das der Anrechnung dieser Bezüge allenfalls entgegen stehende Argument, die den Gewinn übersteigenden Bezüge würden die Substanz der Unternehmung aushöhlen, verfängt nicht. Für die kurz- bis mittelfristige Perspektive hat sich der Gesuchsteller als quasi selbständig Erwerbender auf den tatsächlich erfolgten Bezügen behaften zu lassen, zumal die Gesellschaft nicht überschuldet erscheint (vgl. OGer ZH LQ090109 vom 19. März 2012, E. III./B./e./5.). Das Total der Bezüge übersteigt nach dem Gesagten die Summe aus ausgewiesenem Gewinn und den durch die GmbH bezahlten Mietzinsen gemäss der vorstehend angeführten Berechnung (vgl. Ziff. II./4.4.2). Diese benachteiligt den Gesuchsteller somit nicht. Deshalb kann für die Beurteilung der Berufung darauf abgestellt werden.

E. 4.5

Bedarf des Gesuchstellers:

E. 4.5.1

Da die von der E. _____ GmbH geleisteten Mietzinszahlungen dem Gesuchsteller als Einkommen im Sinne eines Privatbezugs angerechnet werden, ist ihm gleichzeitig, wie es seinem Standpunkt entspricht, der hälftige Mietzins für die mit der Lebenspartnerin bewohnte Wohnung anzurechnen (die andere Hälfte bezahlt, wie bereits erwähnt, nach unterschriftlicher Erklärung die Lebenspartnerin des Gesuchstellers). Der Gesuchsteller rechnet sich dabei berufungsweise Fr. 1'150.00 an und damit etwas mehr als die Hälfte (act. 2 S. 13). Dies ist wohl im Zusammenhang mit dem Vorbringen des Gesuchstellers vor der Vorinstanz zu sehen, wonach die Partnerin mit Fr. 1'000.00 praktisch die Hälfte bezahle (act. 6/36 S. 14). Nach der bereits erwähnten Bestätigung bezahlt die Partnerin indes die Hälfte (act. 6/38/2), und es ist auch nicht ersichtlich, weshalb der Gesuchsteller den grösseren Teil bezahlen sollte. Daher ist ihm ein Betrag von Fr. 1'075.00 (die Hälfte von Fr. 2'150.00) anzurechnen.

E. 4.5.2

Der Gesuchsteller gab vor der Vorinstanz an, die Kosten seines Arbeitswegs würden von der Firma übernommen (Vi-Prot. S. 35). Zugunsten des Gesuchstellers kann im Bedarf ein Betrag eingesetzt werden, da die privaten Bezüge von der E. _____ GmbH nach der vorliegend massgeblichen Berechnung im Ergebnis zumindest zu einem grossen Teil als Einkommen berücksichtigt werden

- 18 - (wenn auch mit Blick auf die Zeitperiode, betreffend welche Belege eingereicht wurden, nicht ganz) und der Arbeitsweg keine geschäftliche Aufwendung darstellt (er ist vielmehr Teil des Privatanteils an den Autokosten, der zu Lasten des Gesuchstellers als Privatbezug verbucht wird, act. 3/4, Buchung vom 31. Dezember 2012). Angesichts der relativ kurzen Strecke von ... nach ... an den Sitz der E. _____ GmbH (act. 6/8/9) erscheinen Fr. 100.00 pro Monat angemessen (zumal nicht ersichtlich ist, weshalb eine Benützung öffentlicher Verkehrsmittel nicht in Frage käme – dafür wäre ein Abonnement für zwei ZVV-Zonen erforderlich, was etwas weniger kosten würde, vgl. www.zvv.ch).

E. 4.5.3

Daraus ergibt sich der folgende Bedarf des Gesuchstellers (im Übrigen gemäss den nicht beanstandeten Erwägungen der Vorinstanz, act. 3/1 S. 19 ff.): Grundbetrag: Fr. 1'100.00 Mietzins: Fr. 1'075.00 Kosten Arbeitsweg: Fr. 100.00 Telefon/Radio/Internet: Fr. 32.00 Hausrat/Haftpflichtvers.: Fr. 48.00 Total: Fr. 2'355.00

E. 4.5.4

Dieser Bedarf erscheint relativ tief. Dies liegt zum einen an den bereits erwähnten Umständen (Wohngemeinschaft mit hälftiger Kostentragung sowie aktuell keine Bezahlung einer Krankenkassenprämie; siehe vorne II./4.1). Zum anderen verrechnet der Gesuchsteller nach seiner eigenen Schilderung verschiedene Ausgaben wie etwa auswärtige Verpflegung als Spesen direkt über die E. _____ GmbH (act. 3/1 S. 23, Vi-Prot. S. 35). Dies ergibt sich auch aus dem mehrfach erwähnten Auszug des Gesellschafterkontos KK A1. _____ (act. 3/4). Die privaten Parkplatzkosten hat der Gesuchsteller nach der unbeanstandeten Feststellung der Vorinstanz aus dem Grundbetrag zu finanzieren (act. 3/1 S. 20). Dass der von der E. _____ GmbH geleistete Betrag (als Teil der monatlichen

Überweisung von Fr. 2'230.00 an die Vermieterschaft) als Einkommen ange-

- 19 - rechnet wird, die Parkplatzkosten aber im Bedarf unberücksichtigt bleiben, ist daher folgerichtig. Im Übrigen verbleibt dem Gesuchsteller ein Freibetrag (vgl. dazu Ziff. II./6. nachfolgend). Aus diesem sind u.a. Hobbys und Ferien zu finanzieren. Bei der Gesuchstellerin verhält es sich gleich (act. 3/1 S. 16 ff.). 5. Zur Berücksichtigung der Kinderzulagen:

E. 5

Die Akten des erstinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 6/1-63). Von der Einholung einer Berufungsantwort wurde abgesehen (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren erweist sich als spruchreif. II. 1. Verfahrensrechtliche Vorbemerkungen:

E. 5.1

Der Gesuchsteller macht unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Praxis geltend, Kinderzulagen von Fr. 450.00 würden zwar den Kindern zustehen, seien aber als Teil des Unterhalts der Kinder vorweg vom Bedarf der Gesuchstellerin abzuziehen, weil der Unterhaltsbeitrag lediglich den danach noch verbleibenden Bedarf abzudecken habe (act. 2 S. 13 f.).

E. 5.2

Der unterhaltsberechtigte Elternteil hat insgesamt nicht mehr als den tatsächlichen Bedarf des Kindes zu decken (FamKomm Scheidung-Wullschleger, 2. Auflage 2011, Art. 285 N 72). Die Ausklammerung der Kinderzulagen beim Einkommen bei gleichzeitig unterbleibendem Abzug der Zulagen vom Kinderbedarf kann daher zu einer Besserstellung des obhutsberechtigten Elternteils führen. Der Bedarf der Gesuchstellerin nach dem angefochtenen Entscheid (der insoweit nicht beanstandet wird) beinhaltet an Kinderkosten indes lediglich die bei den Kinderzuschläge zum Bedarf sowie die Krankenkassenprämien der Kinder. Dagegen werden weder Ferien noch Hobbys, Ausbildungskosten, der Familienhund oder andere Budgetpositionen der Kinder berücksichtigt (act. 3/1 S. 16 ff.). Dies spricht gegen einen Abzug der Kinderzulagen. Allerdings resultiert vorliegend ein beträchtlicher Freibetrag, an dem die Gesuchstellerin und die Kinder angemessen beteiligt werden (vgl. nachfolgend II./6.2). In dieser Konstellation ist ein Abzug der Kinderzulagen vom Bedarf zumindest vertretbar, weil neben den Bedarfspositionen auch ein Freibetragsanteil für die Deckung der tatsächlichen Bedürfnisse der Kinder zur Verfügung steht. Zugunsten des Gesuchstellers ist daher so vorzugehen. Wie zu zeigen sein wird,

- 20 - resultieren daraus keine tieferen Unterhaltsbeiträge als nach dem angefochtenen Entscheid.

E. 6

Unterhaltsberechnung:

E. 6.1

Nach dem Gesagten ist von den folgenden je monatlichen Beträgen auszugehen:
Einkommen Gesuchstellerin: Fr. 4'076.00 Einkommen Gesuchsteller: Fr. 6'250.00 Bedarf Gesuchstellerin abzüglich Kinderzulagen: Fr. 4'496.00 Bedarf Gesuchsteller: Fr. 2'355.00 Freibetrag: Fr. 3'475.00

E. 6.2

Freibetragsteilung:

E. 6.2.1

Die Vorinstanz hat den Freibetrag wie bereits erwähnt hälftig zwischen den Parteien aufgeteilt. Der Grundsatz der hälftigen Freibetragsteilung entspringt dem Gleichbehandlungsgrundsatz der Ehegatten. Betreut ein Elternteil unmündige gemeinsame Kinder in seinem Haushalt, so ist ein Festhalten an der hälftigen Aufteilung ohne besondere Gründe nach bundesgerichtlicher Praxis jedoch nicht zu vertreten. Die "Drittelsregel", wonach dem Kinder betreuenden Elternteil jeweils zwei Drittel des Freibetrages zugesprochen werden, ist demgegenüber weit verbreitet und wird vom Bundesgericht als "üblich" bezeichnet (BGer 5A_122/2011 vom 9. Juni 2011, E. 5.1). Besondere Gründe für das Abweichen von der Drittelsregel im vorliegenden Fall (Betreuung der beiden 11- und 14jährigen Söhne der Parteien durch die Gesuchstellerin) werden von der Vorinstanz nicht genannt und sind auch nicht ersichtlich. Die Vorinstanz verweist nur auf die vorgenommenen Bedarfsrechnungen (act. 3/1 S. 30 f.). Der verhältnismässig tiefe Bedarf des Gesuchstellers erklärt sich indes wie gesehen durch die Umstände (vorne II./4.5.2). Im Übrigen wurden, wie bereits aufgezeigt, die finanziellen Bedürfnisse der Kinder im Bedarf der Ge-

- 21 - suchstellerin nicht vollständig berücksichtigt (was ein Abweichen von der Drittelsregel rechtfertigen könnte, vgl. OGer ZH LY110045 vom 16. März 2012, E. II./3.11). Einzig das etwas überdurchschnittliche Besuchsrecht des Gesuchstellers mit Mittagsbesuchen auch unter der Woche (act. 3/1 S. 40) könnte eine geringfügige Anpassung rechtfertigen.

E. 6.2.2

Wird zu Gunsten des Gesuchstellers leicht von der Drittelsregel abgewichen (was nach dem Gesagten nicht zwingend ist) und eine Teilung im Verhältnis 5/8 zu 3/8 vorgenommen, so ergeben sich die folgende Unterhaltsbeiträge: Bedarf Gesuchstellerin: Fr. 4'496.00 Freibetragsanteil 5/8: Fr. 2'172.00 abzgl. Einkommen Gesuchstellerin Fr. 4'076.00 Unterhaltsbeitrag total Fr. 2'592.00 Davon je Kind (gemäss Vorinstanz) Fr. 1'000.00 Davon für die Gesuchstellerin Fr. 592.00 Diese Berechnung weicht leicht zu Ungunsten des Gesuchstellers von der angefochtenen Verfügung ab. Die Unterhaltsbeiträge gemäss dem vorinstanzlichen Entscheid sind demnach angemessen. Eine Erhöhung käme aufgrund der Dispositionsmaxime ohnehin nicht in Frage.

E. 7

Der Beginn der Unterhaltspflicht per 1. Mai 2012 und entsprechend die rückwirkende Zahlungsverpflichtung unter Abzug der bereits geleisteten Zahlungen (act. 3/1 S. 41, Dispositivziffer 7) wurde vom Gesuchsteller nicht beanstandet (act. 2 S. 15). Darauf ist daher nicht weiter einzugehen.

E. 8

Zusammenfassend ist der angefochtene Entscheid zu bestätigen. Entsprechend ist die Berufung des Gesuchstellers abzuweisen.

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