

ZH_OBERGERICHT LY140041 vom 5. Februar 2015

ZH Obergericht, 2015-02-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY140041

FR: ZH_OBERGERICHT LY140041 du 5 février 2015

IT: ZH_OBERGERICHT LY140041 del 5 febbraio 2015

Erwägungen

E. 1

Die Parteien heirateten am tt. April 1995. Aus der Ehe ging die inzwischen mündige Tochter, C._____, geboren tt.mm.1995 hervor (Urk. 6/2). Am 27. September 2013 (Datum Poststempel) machten sie beim Bezirksgericht Zürich (Einzelgericht) ein gemeinsames Scheidungsbegehren im Sinne von Art. 112 ZGB rechtshängig (Urk. 6/1). In dessen Verlauf (vgl. Urk. 2 S. 2 f. mit Hinweisen) reichte die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchstellerin) zu-

- 4 - sammen mit ihrer Klagebegründung vom 1. März 2014 ein Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen ein, womit sie rückwirkend ab Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens zu bezahlende monatliche persönliche Unterhaltsbeiträge von mindestens Fr. 3'400.– (Notbedarf) verlangte (Urk. 6/28 S. 2). Den gleichzeitig gestellten Antrag, den Gesuchsteller und Berufungskläger (fortan Gesuchsteller) zu verpflichten, ihr einen Prozesskostenvorschuss über Fr. 6'000.– zu bezahlen, wies die Vorinstanz mit Verfügung vom 28. März 2014 ab (Urk. 6/28; Urk. 6/34). Der Gesuchsteller beantragte, er sei im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen in der Höhe von Fr. 1'600.– monatlich zu verpflichten (Urk. 6/51 S. 1). Eine vom Gericht den Parteien am 7. Juli 2014 vorgeschlagene Scheidungskonvention scheiterte am fehlenden Einverständnis des Gesuchstellers (Urk. 6/53; Urk. 6/60; Urk. 6/62). Mit Verfügung vom 5. September 2014 gewährte der Einzelrichter der 4. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich beiden Parteien die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung (Urk. 2 S. 15, Dispositivziffern 1 und 2). Sodann verpflichtete er den Gesuchsteller, der Gesuchstellerin rückwirkende monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 2'745.– vom 1. Oktober 2013 bis 31. März 2014 und Fr. 2'785.– vom 1. April 2014 bis 31. Juli 2014 sowie ab 1. August 2014 für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens solche von Fr. 3'440.– zu bezahlen, wobei der Gesuchsteller berechtigt wurde, die bereits geleisteten Unterhaltszahlungen von diesen Unterhaltsbeiträgen in Abzug zu bringen (Urk. 2 S. 15, Dispositivziffern 3 und 4).

E. 2

Den Erörterungen über die Berechnung der Unterhaltsbeiträge ist sodann vorzuschicken, dass dieser Entscheid nach Recht und Billigkeit getroffen werden muss und nicht das Ergebnis exakter Berechnungen auf genauen Grundlagen darstellen kann (Meier-Hayoz, Berner Kommentar, N 71-73 zu Art. 4 ZGB). Vielmehr ist der gebührende Unterhaltsbeitrag unter Beachtung der konkreten Umstände – insbesondere der wirtschaftlichen Verhältnisse der Ehegatten und der Bedürfnisse der Familie – festzusetzen (Hausheer/Reusser/Geiser, Kommentar zum Eherecht, N 21f. zu Art. 163 ZGB; Bühler/Spühler, Berner Kommentar, N 166ff. zu Art. 145a ZGB). III. (Materielles/Unterhaltsbeiträge) 1. Einkommen Gesuchsteller a) Die Vorinstanz berechnete ein Einkommen des Gesuchstellers in der Höhe von durchschnittlich zirka Fr. 7'180.– pro

Monat (inkl. 13. Monatslohn). Sie

- 7 - stützte sich dabei auf den Lohnausweis 2013, wonach der Gesuchsteller ein durchschnittliches monatliches Nettoeinkommen in der Höhe von rund Fr. 7'618.– verdient habe. In den Jahren 2010 bis 2013 habe sich das Einkommen stets etwa im gleichen Rahmen bewegt. Abziehen seien die Ausbildungszulagen für die gemeinsame Tochter von monatlich Fr. 250.–. Zu berücksichtigen sei, dass 2013 ein Jahresbonus in der Höhe von Fr. 4'052.– (recte: Fr. 4'252.– brutto, Urk. 6/27/2) und im Jahr 2014 von nur noch Fr. 1'572.– ausbezahlt worden sei. Wenngleich er in den Monaten Februar und März 2014 keine Schichtzulagen ausbezahlt erhalten habe, erscheine es für den Gesuchsteller gleichwohl möglich, diese Ausfälle im Laufe des Jahres 2014 zu kompensieren, zumal auch im Jahr 2013 die Schichtzulagen nur unregelmässig verteilt gewesen seien. Nicht ersichtlich sei, dass der Gesuchsteller sein Arbeitspensum reduzieren könne. Die Zuschläge zum Grundlohn würden für die Schichtarbeit ausbezahlt; das Verrichten der Arbeit in Schichten sowie gelegentliche Überzeit seien Bestandteil seines Arbeitsverhältnisses. Er habe denn auch während der gesamten Ehe Schicht gearbeitet. Das daraus fliessende Einkommen wäre ihm daher selbst bei einer freiwilligen Reduktion des Arbeitspensums anzurechnen (Urk. 2 S. 8 f.). b) Der Gesuchsteller kritisiert mit seiner Berufung, die Vorinstanz habe seinen Lohn zu hoch bemessen. Sie sei davon ausgegangen, dass er 2014 gleich viel verdiene wie 2013, und habe nicht berücksichtigt, dass er infolge Krankheit 2014 weniger verdient habe. Wie aus den Lohnabrechnungen Januar 2014 bis und mit August 2014 erhelle, habe er durchschnittlich Fr. 6'842.05 (ohne Ausbildungszulagen, einschliesslich Anteil 13. Monatslohn, ohne den mit dem Aprillohn 2014 ausbezahlten Mitarbeiterbonus von Fr. 1'572.–) verdient. Darauf sei abzustellen (Urk. 1 S. 5 ff.). c) Die Gesuchstellerin lässt bestreiten, dass die Vorinstanz das Einkommen des Gesuchstellers zu seinen Ungunsten ungenau berechnet habe. Es stimme auch nicht, dass sie davon ausgegangen sei, er verdiene 2014 gleich viel wie 2013. Ansonsten wäre die erste Instanz von einem monatlichen Nettoeinkommen von Fr. 7'618.– abzüglich Ausbildungszulagen ausgegangen. In den ersten Monaten des Jahres 2014 habe der Gesuchsteller -

- 8 - März - nicht weniger verdient als in den restlichen Monaten. Es treffe schlicht nicht zu, dass er wegen seiner Meniskus-Verletzung im Jahr 2014 weniger verdienen werde. Er habe einzig im März 2014 keinen Schichtzuschlag erhalten, was auf das Jahr gerechnet einen verschwindend kleinen Betrag ausmache. Ausserdem könne er dies in den übrigen Monaten problemlos kompensieren, zumal er Schichtzuschläge von bis zu Fr. 1'600.– pro Monat erhältlich machen könne. Sollte er 2014 tatsächlich weniger verdienen als in den Vorjahren, dann liege das sicherlich nicht an seiner Meniskus-Verletzung, sondern daran, dass er wegen des laufenden Scheidungsverfahrens nicht gleich viel verdienen wolle. Ein solches Verhalten sei nicht zu schützen. Die vom Gesuchsteller in der Berufungsschrift aufgeführten Einkommenszahlen seien korrekt, mit Ausnahme des Monats Juni 2014, welcher mangels eingereichter Lohnabrechnung bestritten werde. Dass die Prämie von Fr. 1'572.– brutto im Jahr 2014 nicht zum Einkommen des Gesuchstellers hinzugerechnet werden solle, obschon er, seit er bei der D. _____ arbeite, immer eine solche erhalten habe, sei nicht nachvollziehbar und werde bestritten. Auch Prämien und andere variable Lohnbestandteile seien zum Erwerbseinkommen zu zählen. Wenn sein variabler Lohn, bestehend aus Schichtzuschlag, Überzeit und Mitarbeiterprämie, im Jahr 2014 weniger hoch sei als in den letzten Jahren, dann liege das daran, dass er diesen absichtlich reduziert

habe. Weil die variablen Lohnbestandteile in den letzten Jahren variiert hätten, rechtfertige es sich zur Berechnung des effektiven Einkommens, auf den Durchschnitt der letzten drei Jahre abzustellen. Tatsache sei, dass der Gesuchsteller auch 2014 ein gleich hohes Einkommen wie in den letzten drei Jahren erzielen könnte. Im Übrigen sei darauf hinzuweisen, dass er bereits in den Jahren 2011 bis 2013 aufgrund der tieferen Auftragseingänge nur noch unregelmässig Nachtschichtzulagen bezogen habe, weshalb der variable Lohnbestandteil in diesem Jahr nicht niedriger als in den letzten Jahren sein sollte. Betrachte man die letzten drei Jahre, ergebe sich ein durchschnittliches monatliches Nettoeinkommen (ohne Ausbildungszulagen) von Fr. 7'442.– und damit weit mehr als von der Vorinstanz angenommen (Urk. 14 S.

E. 3

Bedarf Gesuchsteller Die erste Instanz berechnete einen abgestuften Bedarf des Gesuchstellers über Fr. 4'346.70 von Oktober 2013 bis und mit März 2014, Fr. 4'339.70 von April bis und mit Juli 2014 und Fr. 3'328.40 ab August 2014 (Urk. 2 S. 10). Im Berufungsverfahren sind einzig die Kosten im Zusammenhang mit der mündigen Tochter C._____ (geboren tt.mm.1995 [Urk. 6/2]) umstritten, welche sich jedenfalls bis Ende Juli 2014 noch in Ausbildung befand und beim Gesuchsteller lebt. Die Vorinstanz berücksichtigte keine Kosten für C._____, da der Mündigenunterhalt nachrangig sei und sie zudem im letzten Lehrjahr unstrittig zwischen Fr. 1'400.– bis Fr. 1'500.– pro Monat verdient habe, womit sie ihre Auslagen - ausgenommen die Miete - habe decken können. Namentlich wurden im Bedarf des Gesuchstellers weder ein erhöhter Grundbetrag von Fr. 1'350.– noch ein Kinderzuschlag über Fr. 600.– bis zum Abschluss der Ausbildung von C._____ per Ende Juli 2014 in Anrechnung gebracht (Urk. 2 S. 10 f.). Ab August 2014 veranschlagte die erste Instanz beim Gesuchsteller jedoch nur noch einen reduzierten Grundbetrag sowie die Hälfte der Miete, weil die Tochter dann ihre Lehre abgeschlossen habe und voll erwerbstätig sein könne (Urk. 2 S. 10 f.). Der Gesuchsteller beansprucht im Rahmen seiner Berufung neu einen erhöhten Grundbetrag von Fr. 1'350.– und einen Kinderzuschlag von Fr. 600.–, solange die Tochter noch in Ausbildung (gewesen) sei. Es gehe insbesondere nicht an, der Tochter rückwirkend einen Kostenbeitrag für die Verpflegung zu Hause zuzumuten. Keines der Kinder habe während der Ausbildung den Lehrlingslohn abliefern müssen (Urk. 1 S. 7 f.). Die Gesuchstellerin hält im Wesentlichen am vorinstanzlichen Entscheid fest, ausgenommen, dass mit der Aufnahme der Erwerbstätigkeit von C._____ dem Gesuchsteller nebst dem reduzierten Grundbetrag und der hälftigen Miete auch nur noch die Hälfte aller anderen im Zusammenhang mit der Wohnung stehenden Kosten (Hausratversicherung, Billag) anzurechnen sei. Es werde abermals bestritten, dass sich C._____ immer zu Hause

- 20 - verköstigt habe. Vielmehr habe sie in der Regel nur während der Arbeit richtig gegessen. Es gehe vorliegend nicht darum, dem Gesuchsteller rückwirkend irgendwelche Kostenbeiträge anzurechnen, sondern darum, dass die Tochter im letzten Jahr ihrer Lehre ohne weiteres in der Lage gewesen sei, ihren Lebensunterhalt mit ihrem Lehrlingslohn zu finanzieren, zumal sie kein Geld für die Miete, die Hausratversicherung, die Billag-Gebühren sowie die auswärtige Verpflegung gebraucht habe und im Bedarf des Gesuchstellers für sie sogar noch Fr. 100.– (erhöhter Grundbetrag) berücksichtigt worden seien (Urk. 14 S. 5 ff.). Die gegenseitige Unterstützungspflicht der Ehegatten geht praxismässig der elterlichen Unterstützungspflicht gegenüber volljährigen Kindern vor. Daher dürfen im Rahmen vorsorglicher Massnahmen für die Dauer des Scheidungsver-

fahrens Beiträge an den Unterhalt erwachsener Kinder nicht zum erweiterten Existenzminimum des alimentenpflichtigen Gatten gerechnet werden (BGE 132 III 209 E. 2.3; auch Philipp Maier, a.a.O., S. 313 mit Hinweisen). Entsprechend ist im Bedarf des Gesuchstellers weder ein erhöhter Grundbetrag für einen alleinerziehenden Schuldner von Fr. 1'350.– noch ein Kinderzuschlag von Fr. 600.– zu berücksichtigen. Solches verlangte der Gesuchsteller im Übrigen vor Vorinstanz nicht, stellte er sich doch dort noch auf den Standpunkt, die Tochter könne weder positiv noch negativ eine Rolle in seiner Bedarfsberechnung spielen (Prot. I S. 14; Urk. 6/51 S. 7). Steht das mündige Kind noch in Ausbildung, rechtfertigt es sich allerdings nicht, den Bedarf des Pflichtigen zufolge Haushaltsgemeinschaft mit einer erwachsenen Person zu reduzieren. Es ist daher, jedenfalls bis zum Abschluss der Ausbildung der Tochter, vom Grundbetrag für eine alleinstehende Person (Fr. 1'200.–) auszugehen, wie dies die Vorinstanz getan hat und von der Gesuchstellerin denn auch anerkannt wurde (Urk. 2 S. 10 f.; Urk. 6/28 S. 9 f.). Wie dies von der Gesuchstellerin ebenso anerkannt wurde (Urk. 6/28 S. 8 ff.), sind dem Gesuchsteller bis zum Abschluss der Ausbildung der Tochter C._____ Ende Juli 2014 mit der Vorinstanz die vollen Mietkosten über Fr. 1'685.30 (einschliesslich Parkplatzkosten von Fr. 95.– monatlich, Urk. 6/10/8, 10) zu veranschlagen (Urk. 2 S. 10). Weil die Tochter nunmehr erst per 1. September 2014 eine Anstellung bei der P._____ AG antreten wird, wo sie bei einem

- 21 - 80%-Pensum rund Fr. 4'000.– brutto verdienen wird (Urk. 1 S. 7; Urk. 4/4 i.V.m. Art. 317 Abs. 1 ZPO), rechtfertigt es sich jedoch, dem Gesuchsteller auch erst per diesem Datum lediglich den hälftigen Mietzins (zuzüglich Parkplatzkosten, total Fr. 890.–) und entsprechend den reduzierten Grundbetrag zufolge Haushaltsgemeinschaft mit einer erwachsenen Person (Fr. 1'100.–) in Anrechnung zu bringen. Davon gehen denn auch beide Parteien aus (Urk. 1 S. 7; Urk. 14 S. 6). Zudem sind dem Gesuchsteller mit Aufnahme der Erwerbstätigkeit der Tochter C._____ per September 2014 auch nur noch die hälftigen Billag-Gebühren (Fr. 19.25) und die hälftigen Kosten für die Haftpflicht- und Hausratversicherung (Fr. 16.10 [Urk. 6/10/15]) im Bedarf einzusetzen, wie dies die Gesuchstellerin bereits im erstinstanzlichen Verfahren beantragen liess (Urk. 6/28 S. 9; Urk. 14 S. 6). Ob C._____ beabsichtigt, eine Weiterbildung zu absolvieren (Urk. 1 S. 7), was bestritten wird (Urk. 14 S. 6), ist nicht von Bedeutung. Solange sie beim Gesuchsteller lebt, hat sie sich entsprechend an den Kosten zu beteiligen. Der Einwand des Gesuchstellers, es liege eine unzulässige rückwirkende Anrechnung eines Kostenbeitrages der Tochter für die Verpflegung zu Hause vor (Urk. 1 S. 8), zielt an der Sache vorbei. Entgegen der gängigen Praxis wird der Lehrlingslohn von C._____ von unbestrittenermassen zwischen Fr. 1'400.– bis Fr. 1'500.– monatlich (Urk. 6/28 S. 9) nicht mit einem angemessenen Beitrag an die Haushaltskosten berücksichtigt, indem dem Gesuchsteller nunmehr rückwirkend ein konkreter Betrag als Einkommen angerechnet würde. Es wird vielmehr zu Recht davon ausgegangen, dass der Lehrlingslohn von C._____ sicherlich deren Lebenshaltungskosten ohne Miete gedeckt haben dürfte, zumal sie sich während der Lehre im ...spital ... offenbar unbestrittenermassen gratis verpflegen konnte (Urk. 2 S. 11; Urk. 6/28 S. 10; Urk. 6/51 passim und Prot. I S. 14). Wenn der anwaltlich vertretene Gesuchsteller, im Wissen um seine Unterhaltspflichten gegenüber der Gesuchstellerin, im Zuge der Trennung von C._____ keinen Kostenbeitrag aus deren Lehrlingslohn verlangte, hat er dies nunmehr selber zu vertreten. Zusammengefasst beläuft sich der Bedarf des Gesuchstellers somit von Oktober 2013 bis und mit März 2014 nach wie vor auf rund Fr. 4'347.–. Der von der

- 22 - Vorinstanz berechnete Bedarf von rund Fr. 4'340.– für die Zeit von April 2014 bis und mit Juli 2014 gilt neu bis und mit August 2014 (Urk. 2 S. 10). Ab September 2014 reduziert sich der Bedarf dann auf gerundet Fr. 3'293.– (Fr. 3'328.40 gemäss Vorinstanz [Urk. 2 S. 10] ab 1.8.2014, abzüglich Fr. 19.25 [1/2 Billag] und abzüglich Fr. 16.10 [1/2 Hausrat-/Haftpflichtversicherung]).

E. 4

Bedarf Gesuchstellerin Die von der Vorinstanz für die Gesuchstellerin nach Perioden abgestuft berechneten Notbedarfe (Fr. 2'763.40 von Oktober 2013 bis und mit März 2014, Fr. 2'838.40 von April bis und mit Juli 2014 sowie Fr. 3'381.40 ab August 2014) werden vom Gesuchsteller, ausgenommen die Gesundheitskosten von Fr. 107.55 monatlich, im Berufungsverfahren nicht bestritten (Urk. 1 S. 10). Was die Gesundheitskosten anbelangt, ging die Vorinstanz davon aus, bei der Gesuchstellerin seien durchschnittliche Gesundheitskosten von Fr. 107.55 pro Monat ausgewiesen (Urk. 2 S. 13; Urk. 6/28 S. 7; Urk. 6/10/16). Der Gesuchsteller kritisiert, entgegen der vorinstanzlichen Auffassung seien die Gesundheitskosten der Gesuchstellerin nicht ausgewiesen. Zwar habe sie im Jahr 2013 die aufgeführten Gesundheitskosten gehabt (Urk. 6/10/16), für das Jahr 2014 seien aber keine Gesundheitskosten ausgewiesen und die Gesuchstellerin habe auch nicht ausgeführt, weshalb und bei wem sie Gesundheitskosten habe. Die Rechnung des Spitals (vom 21. Januar 2014) dürfte von der Krankenkasse übernommen werden. Deshalb sei der von der Vorinstanz für sie berechnete Bedarf um den Fr. 25.– Franchise übersteigenden Betrag, also um Fr. 82.85 zu reduzieren (Urk. 1 S. 10). Demgegenüber hält die Gesuchstellerin dafür, sie befinde sich seit längerer Zeit in ärztlicher Behandlung, was von der Gegenseite nicht bestritten worden sei. Die Rechnung des Universitätsspitals Zürich vom 21. Januar 2014 sei von der Krankenkasse nicht übernommen worden, zumal sie am 7. März 2014 nochmals aufgefordert worden sei, diesen Betrag zu begleichen (Urk. 6/30/9; Urk. 6/45/3). Darüber hinaus habe sie in diesem Jahr bereits wieder zahlreiche Rechnungen bzw. Mahnungen der Krankenkasse für Prämien und ihren Anteil an entstandenen Arztkosten erhalten. Dies zeige, dass sie auch im Jahr 2014 Gesundheitskosten gehabt habe bzw. nach wie vor habe. Ihre Krankheits-

- 23 - kosten seien daher, wie die Vorinstanz richtig ausgeführt habe, ausgewiesen und im Bedarf zu berücksichtigen (Urk. 14 S. 9 f.; Urk. 7; Urk. 9/3/1; Urk. 9/3/4). Auszugehen ist grundsätzlich von den tatsächlich zu bezahlenden Krankenkassenprämien. Darüber hinaus sind Beträge für nicht gedeckte Gesundheitskosten wie Selbstbehalte und Franchisen in der Bedarfsberechnung nur dann zu berücksichtigen, wenn sie gegenwärtig oder in naher Zukunft tatsächlich anfallen, zum Beispiel aufgrund chronischer Krankheit oder Schmerzen. Es müssen regelmässige Arztbesuche ausgewiesen sein (Dolder/Diethelm, Eheschutz [Art. 175 ff. ZGB] - Ein aktueller Überblick, in: AJP 2003, S. 660 mit Hinweisen; Philipp Maier, a.a.O., S. 324 f.; vgl. auch BGE 129 III 242). Die Behauptung der Gesuchstellerin vor Vorinstanz, wonach sie gesundheitliche Probleme habe und daher regelmässig in ärztlicher Behandlung sei (Urk. 6/28 S. 7), wurde nicht (substantiiert) bestritten. Der Gesuchsteller machte bloss geltend, die von der Gesuchstellerin aufgeführten Gesundheitskosten in der Höhe von Fr. 130.– pro Monat seien nicht nur nicht ausgewiesen, sondern teilweise situationsbedingt durch die Scheidung und deshalb auf Dauer nicht ausgewiesen (Prot. I S. 14; Urk. 6/51 S. 9). Sodann erscheint auch aufgrund der aktenkundigen Belege (Urk. 6/10/16 [Leistungsabrechnung der Assura von Januar bis März 2013]; Rechnung des Universitätsspitals Zürich vom 21. Januar 2014 [Urk. 6/30/9]; Mahnungen

und Zahlungserinnerungen der Assura betreffend ausstehende Prämien und Beteiligungen an Arztkosten vom 22. August 2014 und 29. September 2014 [Urk. 9/3/1-3 i.V.m. Art. 317 Abs. 1 ZPO]) immerhin für die (beschränkte) Dauer der vorsorglichen Massnahmen hinreichend glaubhaft, dass die Gesuchstellerin gesundheitliche Probleme hat und in regelmässiger ärztlicher Behandlung steht. Es sind ihr daher jedenfalls die jährliche Franchise von Fr. 300.– (Urk. 6/10/16) sowie der maximale Selbstbehalt für Erwachsene von Fr. 700.– jährlich (vgl. Art. 64 Abs. 2 lit. b KVG [SR 832.10] i.V.m. Art. 103 Abs. 2 KVV [SR 832.102]) und damit durchschnittlich Fr. 83.– pro Monat unter dem Titel Gesundheitskosten in Anrechnung zu bringen. Weitere von der Gesuchstellerin selbst zu tragende notwendige Kosten, wie namentlich allfällige Spitaltaxen, wurden demgegenüber nicht hinreichend ausgewiesen.

- 24 - Somit beläuft sich der Bedarf der Gesuchstellerin auf rund Fr. 2'739.– von Oktober 2013 bis und mit März 2014 bzw. Fr. 2'814.– von April bis und mit Juli 2014 bzw. Fr. 3'357.– ab August 2014 (vgl. Urk. 2 S. 10 mit je Fr. 83.– Gesundheitskosten statt Fr. 107.55).

E. 5

Berechnung Unterhaltsbeiträge 1.10.13 bis 1.4.14 bis Aug. 14 1.9.14 bis ab 1.6.15 31.3.14 31.7.14 31.5.15 EK GSin Fr. 108 Fr. 108 Fr. 348 Fr. 348 Fr. 2'000 EK GS Fr. 7'180 Fr. 7'180 Fr. 7'180 Fr. 7'180 Fr. 7'180 total EK Fr. 7'288 Fr. 7'288 Fr. 7'528 Fr. 7'528 Fr. 9'180 NB GSin Fr. 2'739 Fr. 2'814 Fr. 3'357 Fr. 3'357 Fr. 3'357 NB GS Fr. 4'347 Fr. 4'340 Fr. 4'340 Fr. 3'293 Fr. 3'293 total NB Fr. 7'086 Fr. 7'154 Fr. 7'697 Fr. 6'650 Fr. 6'650 FB/Manko Fr. 202 Fr. 134 - Fr. 169 Fr. 878 Fr. 2'530 ½ FB Fr. 101 Fr. 67 - Fr. 439 Fr. 1'265 Damit ergeben sich folgende der Gesuchstellerin geschuldete Unterhaltsbeiträge (Notbedarf GSin + ½ Freibetrag - Einkommen GSin bzw. bei Manko: Einkommen GS - Bedarf GS): - Fr. 2'732.– von Oktober 2013 bis und mit März 2014, - Fr. 2'773.– von April 2014 bis und mit Juli 2014, - Fr. 2'840.– im August 2014, - Fr. 3'448.– von September 2014 bis und mit Mai 2015 bzw. Fr. 3'440.– (Urk. 2 S. 14 f.) zufolge des Verbots der reformatio in peius (Verschlechterungsverbot; Reetz, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 2. A., Zürich 2013, Vorbemerk. zu den Art. 308-318 N 17), - Fr. 2'622.– ab Juni 2015. Für die Zeit von Oktober 2013 bis und mit September 2014 sind nunmehr rückwirkend Unterhaltsbeiträge in der Höhe von insgesamt Fr. 33'764.– geschuldet. Bei einer rückwirkenden Verpflichtung zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen

- 25 - sind tatsächlich bereits erbrachte Unterhaltsleistungen zu berücksichtigen bzw. anzurechnen (BK-Hausheer/Reusser/Geiser, N 23 zu Art. 173 ZGB; ZK-Bräm/Hasenböhler, N 150 zu Art. 163 ZGB). Der Pflichtige darf nicht zu Zahlungen verpflichtet werden, die er bereits geleistet hat. Im Umfang dieser Leistung ist nämlich die entsprechende Verpflichtung untergegangen (ZR 107 Nr. 60; BGE 138 III 583 E. 6.1.1, S. 585). Wie die Vorinstanz festhielt und im Berufungsverfahren nicht beanstandet wurde, bezahlte der Gesuchsteller im Oktober 2013 Fr. 1'600.– Unterhaltsbeiträge, im November 2013 Fr. 1'800.– und ab Dezember 2013 jeweils einen Betrag von Fr. 1'600.– (Urk. 2 S. 14; Urk. 6/6; Urk. 6/24 S. 6; Urk. 6/27/7 [Dauerauftrag vom 24.1.2014]). Die Gesuchstellerin anerkennt, dass bis und mit Juli 2014 Fr. 1'600.– Unterhaltsbeiträge pro Monat und im August und September 2014 solche von je Fr. 2'200.– bezahlt worden seien (Urk. 7 S. 4 f.; vgl. auch Urk. 4/3 [Kontoauszüge des Gesuchstellers von Januar 2014 bis und mit Juli 2014] und Urk. 9/5/1-8 [Kontoauszüge der Gesuchstellerin von Januar 2014 bis und mit August 2014]). Von Oktober 2013 bis und mit September 2014 sind somit noch

Unterhaltsbeiträge in der Höhe von insgesamt Fr. 13'164.– ausstehend (Fr. 33'764.– - Fr. 20'600.– [1 x Fr. 1'800.– und 9 x Fr. 1'600.– und 2 x Fr. 2'200.–]). Von Oktober 2014 bis und mit Mai 2015 betragen die monatlich geschuldeten Unterhaltsbeiträge, wie gesehen, Fr. 3'440.–, und ab Juni 2015 Fr. 2'622.–. Allfällige weitere bezahlte Unterhaltsbeiträge sind daran selbstredend in Anrechnung zu bringen. Dispositivziffern 3 und 4 der angefochtenen Verfügung sind entsprechend anzupassen. IV. (Prozesskostenbeitrag, unentgeltliche Rechtspflege) a) Die Gesuchstellerin beantragt, der Gesuchsteller sei zu verpflichten, ihr einen Prozesskostenvorschuss für das Berufungsverfahren von einstweilen Fr. 5'000.– (inkl. 8% MwSt.) zu bezahlen, eventualiter sei ihr (auch) im Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung zu gewähren (Urk. 7 S. 2). Ebenso lässt der Gesuchsteller (auch) für das Berufungsverfahren um Gewährung des Armenrechts ersuchen (Urk. 1 S. 2) sowie auf Abweisung des

- 26 - gegnerischen Antrags auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses antragen (Urk. 17 S. 2). b) Die Vorinstanz, welche ein früheres Begehren der Gesuchstellerin um Verpflichtung des Gesuchstellers zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses mit Verfügung vom 28. März 2014 abgewiesen hatte (Urk. 6/34), gewährte beiden Parteien das Armenrecht für das Scheidungsverfahren. Angesichts der dargelegten finanziellen Verhältnisse und dem Ausgang des Massnahmenverfahrens sei es beiden Parteien einstweilen nicht möglich, für Prozesskosten aufzukommen. Das Scheidungsverfahren sei zudem nicht aussichtslos und beide Parteien bedürften rechtsanwaltlicher Vertretung (Urk. 2 S. 14). c) Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Die Pflicht des Staates zur Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsverteidigung (Art. 117 und Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO) geht der familienrechtlichen Unterhalts- und Beistandspflicht jedoch nach. Die Pflicht zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses bzw. Prozesskostenbeitrages (im Endentscheid) gründet in der allgemeinen ehelichen Beistandspflicht nach Art. 159 Abs. 3 ZGB. Vorausgesetzt ist, dass die bedürftige Person für die Finanzierung des Prozesses auf den Beistand des anderen Ehegatten angewiesen und dieser zudem zur Leistung in der Lage ist. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse sind dem notwendigen Lebensaufwand gegenüberzustellen. Dabei soll nicht schematisch auf das betriebsrechtliche Existenzminimum abgestellt, sondern den individuellen Umständen Rechnung getragen werden. Ein allfälliger Überschuss ist mit den für den konkreten Fall zu erwartenden Gerichts- und Anwaltskosten in Beziehung zu setzen. Nötigenfalls ist die Substanz eigenen Vermögens anzugreifen. Solange die ansprechende Person den Prozess aus eigenen Mitteln finanzieren kann, gilt sie nicht als bedürftig, selbst wenn der mutmasslich Vorschusspflichtige wirtschaftlich besser gestellt ist (Philipp Maier, Die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung in familienrechtlichen Prozessen im Spannungsfeld mit der Vorschusspflicht von Ehegatten und Eltern, dargestellt anhand der Praxis der Zürcher Gerichte seit Inkraftsetzung

- 27 - der eidgenössischen ZPO, in: FamPra.ch 2014 S. 635 ff., S. 637 mit Hinweisen, S. 643). Weil nunmehr der Berufungsendentscheid zu fällen ist, wäre vorliegend kein Prozesskostenvorschuss, sondern vielmehr ein Prozesskostenbeitrag zuzusprechen. Bei der Prüfung der Bedürftigkeit der Parteien ist von ihren aktuellen Einkünften (Fr. 7'180.– Gesuchsteller, Fr. 348.– Gesuchstellerin, vgl. vorstehend S. 24) auszugehen. Mit Blick auf den Effektivitätsgrundsatz ist ein hypothetisches Einkommen hier nicht anzurechnen (vgl.

Philipp Maier, a.a.O., S. 644). Auszugehen ist von den um die Steuern erweiterten Notbedarfen der Parteien (vorstehend S. 24 i.V.m. Urk. 2 S. 10; vgl. auch Urk. 7 S. 7, Fr. 3'293.– Gesuchsteller, Fr. 3'357.– Gesuchstellerin). Die Gesuchstellerin macht allerdings noch einen gerichtsblichen pauschalen Zuschlag zum Grundbetrag von Fr. 220.– (20%) geltend (Urk. 7 S. 7, zulässiges Novum im Gesuchsverfahren). Das Zugestehen eines solchen Zuschlags auf dem in der Bedarfsberechnung eingesetzten (betriebsrechtlichen) Grundbetrag wird in Lehre und Rechtsprechung grundsätzlich befürwortet. Dies wird damit begründet, dass die Mittellosigkeit im Sinne von Art. 29 Abs. 3 BV und Art. 117 Abs. 1 lit. a ZPO nicht mit dem Existenzminimum im Sinne von Art. 93 SchKG übereinstimmt, weshalb zu dem nach den betriebsrechtlichen Richtlinien ermittelten notwendigen Bedarf ein Zuschlag hinzuzurechnen und der betriebsrechtliche Notbedarf damit etwas zu erhöhen ist, aber der immer noch bescheidenen Lebenshaltung Rechnung getragen wird. Das Bundesgericht hat es bisher vermieden, einen minimalen Zuschlag als angemessen oder verbindlich zu bezeichnen; die Zuschläge variieren je nach Einzelfall und nach kantonaler Praxis gemeinhin zwischen 15 bis 30% (RU140012, Entscheid II. Zivilkammer Obergericht Kanton Zürich vom 7. Mai 2014 mit Hinweis auf: Botenschaft ZPO, S. 7301; BK-Bühler, Art. 117 N 200; BSK-Rüegg, Art. 117 N 12; ZK ZPO-Emmel, Art. 117 N 10; KUKO ZPO-Jent-Sørensen, Art. 117 N 29 ff.; BGE 124 I 1 E. 2a; BGer 5P.295/2005 E. 2.3.2). Vorliegend erscheint der geltend gemachte Zuschlag von 20% bzw. Fr. 220.– auf den Grundbetrag angemessen, zumal ein lediglich um die Steuern erweiterter, eher knapper Notbedarf veranschlagt wurde. Der gleiche Zuschlag zum Grundbetrag rechtfertigt sich aber auch beim Gesuchsteller, dies unter Hinweis auf die bei der Prüfung der Mittellosigkeit herr-

- 28 - schende (beschränkte) Untersuchungsmaxime (Gehri/Kramer, ZPO Kommentar, 1. A., 2010, Art. 119 N 2, S. 238). Somit ist von folgenden erweiterten Notbedarfen der Parteien auszugehen: Fr. 3'513.– Gesuchsteller und Fr. 3'577.– Gesuchstellerin. Vor diesem Hintergrund ist jedenfalls (unter Berücksichtigung der gegenwärtig zu bezahlenden Unterhaltsbeiträge von Fr. 3'440.–) die einkommensmässige Leistungsfähigkeit des Gesuchstellers zu verneinen, welcher mit seinem Überschuss (Fr. 227.– [Fr. 7'180.– Einkommen abzüglich Fr. 3'513.– erweiterter Bedarf abzüglich Fr. 3'440.– Unterhaltsbeiträge) nicht einmal in der Lage ist, seine eigenen Gerichts- und Anwaltskosten des Berufungsverfahrens innert nützlicher Frist zu begleichen (vgl. sogleich). Zwar liess sich der Gesuchsgegner von seinem Konto verschiedentlich höhere Geldbeträge ausbezahlen und bezog auch viel Geld über seine Maestro Karte (vgl. Fr. 3'000.– am 27. Februar 2014, Fr. 3'500.– und Fr. 3'300.– am 2. und 30. Mai 2014, und Fr. 2'600.– und Fr. 3'500.– am 3. und 28. Juli 2014 etc. [Urk. 4/3]; Urk. 7 S. 4). Allerdings schuldet er der Gesuchstellerin, wie gesehen, noch rückwirkende Unterhaltsbeiträge von jedenfalls rund Fr. 13'000.– bis und mit September 2014 und hatte auch seinen eigenen Lebensunterhalt zu bestreiten. Die Parteien verfügen sodann offenbar über drei Grundstücke auf den Philippinen, welche zu jeweils rund Fr. 10'000.– erworben und auf den Namen der Gesuchstellerin eingetragen worden sein sollen. Allerdings seien diese Grundstücke durch Stürme verwüstet worden und würden Gegenstand von Besitzstreitigkeiten bilden. Beide Parteien gehen von der Wertlosigkeit und Unverkäuflichkeit dieser Grundstücke aus (Urk. 6/28 S. 12; Prot. I S. 17 f.; Urk. 1 S. 5; Urk. 7 S. 7). Mit der Vorinstanz (vgl. Urk. 6/34 S. 5) muss wohl davon ausgegangen werden, dass eine Verwertung dieser Grundstücke derzeit nicht möglich ist. Ein Vermögensbetrag bis zu maximal Fr. 20'000.– wäre den Parteien im Übrigen ohnehin als

Notgro- schen zu belassen (Philipp Maier, a.a.O., S. 651 mit Hinweisen), weshalb sich Weiterungen betreffend die Verwertbarkeit dieser ausländischen Grundstücke er- übrigen. Vor diesem Hintergrund haben somit beide Parteien auch vermögens- mässig als mittellos zu gelten.

- 29 - Zusammengefasst ist der Antrag der Gesuchstellerin auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses/beitrages somit abzuweisen. Was die Gewährung des Armenrechts im Berufungsverfahren anbelangt, so sind, wie bereits erwähnt, die Freibeträge der Parteien mit den voraussichtlichen Kosten des Verfahrens in Beziehung zu setzen. Im Sinne einer groben Faustregel geht die Rechtsprechung davon aus, dass der monatliche Überschuss es ermög- lichen sollte, die Prozesskosten bei weniger aufwendigen Prozessen innert eines Jahres, bei anderen innert zweier Jahre zu tilgen. Die ansprechende Person muss konkret in der Lage sein, die anfallenden Gerichts- und Anwaltskosten in abseh- barer Zeit zu leisten (Philipp Maier, a.a.O., S. 652). Der Gesuchsteller hat die Kosten des Berufungsverfahrens im Umfang von Fr. 3'150.– zu tragen sowie seine eigenen Anwaltskosten (in der Grössenordnung von Fr. 3'600.–). Mit seinem Freibetrag von Fr. 227.– pro Monat ist er dazu innert nützlicher Frist nicht in der Lage. Weil seine Berufung nicht als von Anfang an aussichtslos bezeichnet werden kann, ist ihm daher im Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung zu bewilligen. Die Gesuchstellerin hat mit Fr. 211.– einen monatlichen Freibetrag in ähnli- cher Höhe wie der Gesuchsteller (Fr. 348.– Einkommen zuzüglich Fr. 3'440.– Un- terhhaltsbeiträge abzüglich Fr. 3'577.– erweiterter Bedarf). Zwar hat sie in geringe- rem Umfang Partei- und Gerichtskosten zu tragen als der Gesuchsteller, doch ist es nachvollziehbar, dass sie sich angesichts der bisher von diesem geleisteten Unterhaltsbeiträge verschulden musste, um ihren Notbedarf decken zu können (Urk. 7 S. 5). Ob die rückständigen Unterhaltsbeiträge beim Gesuchsteller innert nützlicher Frist einbringlich sind, ist zur Zeit offen. Es rechtfertigt sich daher, auch der Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ als unentgeltlichen Rechtsvertre- ter zu bestellen. V. (Kosten- und Entschädigungsfolgen)

- 30 - Ausgangsgemäss sind die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Beru- fungsverfahrens zu verlegen (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Von Oktober 2013 bis und mit Mai 2015 bleibt es im Wesentlichen bei den Unterhaltsbeiträgen gemäss angefochtenem Entscheid. Der Gesuchsteller unterliegt diesbezüglich somit mit seiner Berufung vollumfänglich. Betreffend die Unterhaltsregelung ab Juni 2015 obsiegt er zu rund 40%. Allerdings ist nicht davon auszugehen, dass sich das vor- instanzliche Scheidungsverfahren noch (lange) über diesen Zeitpunkt dahinziehen wird (vgl. auch Urk. 2 S. 8), weshalb (vorbehältlich der Anstrengung eines Rechtsmittelverfahrens) auch die vorliegenden vorsorglichen Massnahmen dahin- fallen werden. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich, die Kosten des Beru- fungsverfahrens insgesamt zu 90% dem Gesuchsteller und zu 10% der Gesuch- stellerin aufzuerlegen. Dementsprechend ist der Gesuchsteller zu verpflichten, der Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren eine auf 80% reduzierte Prozessent- schädigung zu bezahlen. Die Gerichtsgebühr ist in der vorliegenden nicht vermögensrechtlichen, überschaubaren Streitigkeit auf Fr. 3'500.– festzulegen (§ 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1, § 8 Abs. 1, § 12 GebV OG). Die volle Parteientschädigung wäre auf Fr. 3'750.– festzulegen (§ 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1, § 9, § 11 Abs. 1 und 2, § 13 AnwGebV). Dementsprechend ist der Gesuchsteller zu verpflichten, der Gesuchstellerin eine auf Fr. 3'000.– reduzierte Parteientschädigung, antragsgemäss zuzüglich Fr. 240.– (8% MwSt.;

Urk. 14 S. 2), mithin total Fr. 3'240.– zu bezahlen. Da die Parteientschädigung voraussichtlich nicht einbringlich ist, ist sie dem Rechtsvertreter der Gesuchstellerin aus der Gerichtskasse zu bezahlen (Art. 122 Abs. 2 ZPO). Die Gerichtskosten sind zufolge zu gewährender unentgeltlicher Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen, unter Vorbehalt der Nachzahlungspflicht (Art. 118 Abs. 1 lit. b ZPO; Art. 123 ZPO). Es wird beschlossen:

- 31 -

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