

# ZH\_OBERGERICHT LY150046 vom 22. Februar 2016

ZH Obergericht, 2016-02-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LY150046](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY150046)

FR: ZH\_OBERGERICHT LY150046 du 22 février 2016

IT: ZH\_OBERGERICHT LY150046 del 22 febbraio 2016

## Erwägungen

### E. 1

Die Parteien sind seit November 1999 verheiratet. Sie sind Eltern von D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2000, und den Zwillingen E.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2002. Im Jahre 2012 fand vor Bezirksgericht Meilen ein Eheschutzverfahren statt (Urk. 5/5). Der heutige Beklagte und Berufungskläger (fortan

- 6 - Beklagter) erhob gegen die am 20. Juni 2012 erlassene Eheschutzregelung Berufung bezüglich seiner Unterhaltspflicht, welche die erkennende Kammer mit Entscheidung vom 17. September 2012 abwies (Urk. 5/5/36). Am 15. Januar 2013 stellte der Beklagte ein Abänderungsbegehren, über das am 10. Juni 2013 entschieden wurde, basierend auf einer Vereinbarung der Parteien vom 6. Mai 2013 (Urk. 5/6/22).

### E. 1.1

Der Beklagte beantragt einen Kostenvorschuss für die Anwaltskosten von Fr. 5'000.–, eventualiter die unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 1 S. 4). Die Zusage eines Prozesskostenvorschusses, bzw. bei Abschluss des Verfahrens eines Prozesskostenbeitrags, setzt einerseits Bedürftigkeit der ansprechenden und andererseits Leistungsfähigkeit der angesprochenen Partei im Zeitpunkt des Entscheids voraus (Bräm/Hasenböhler, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159 ZGB N. 135).

### E. 1.2

Der Beklagte macht geltend, die Unterhaltsverpflichtung erlaube ihm nicht, die Gerichts- und Anwaltskosten zu bezahlen. Er verfüge auch nicht über Vermögen, was sich aus zwei Bankauszügen per 12. und 14. August 2015 ergäbe. Dies dürfte bei der Klägerin deutlich anders aussehen (Urk. 1 S. 18).

- 22 -

### E. 1.3

Die Klägerin entgegnet, die zwei Belege würden die behauptete Vermögenslosigkeit weder glaubhaft machen, noch belegen. Die letzte Steuererklärung, welche Anhaltspunkte hinsichtlich vermögensrechtlicher Verhältnisse des Beklagten liefere, beschlage das Jahr 2012. Üblicherweise sei in dieser Steuererklärung, weil steuerbefreit, der Vermögensbestandteil 3. Säule ..., welcher Ende 2013 Fr. 17'219.70 betragen habe, nicht aufgeführt. Unbekannt sei auch der Verbleib der Werte der Basler Versicherung mit einem Rückkaufswert von Fr. 26'124.80 per Stichtag. Sodann mute es einigermassen befremdlich an, dass sich der Beklagte anheischig mache, sich seine Demarche gegen einen sorgfältig und wohl begründeten Entscheid von der Klägerin bezahlen zu lassen. Es stehe zwar jeder Prozesspartei das Recht auf Ergreifung von Rechtsmitteln zu. Bei gegebenen Ver-

hältnissen stelle das Vorgehen aber einen klaren Missbrauch des Anspruchs auf ehelichen Beistand dar (Urk. 7 S. 11).

#### **E. 1.4**

Aufgrund der vorstehenden Unterhaltsberechnung gilt der Beklagte mit Bezug auf das Einkommen als mittellos, da er nur über einen minimalen Freibetrag verfügen kann. Was das Vermögen angeht, so kritisiert die Klägerin zu Recht, dass die zwei Belege betreffend die Raiffeisen Bank per 12. August 2015 mit einem Saldo von Fr. 1'697.79 (ohne Vorsorgeplan 3) und betreffend die Sparkasse ... per 14. August 2015 mit einem Minussaldo die Mittellosigkeit nicht glaubhaft machen. Die von ihm erstellte Steuererklärung 2014 reichte der Beklagte nicht ein; er macht auch nicht geltend, er habe diese noch nicht eingereicht. Vor Vorinstanz verwies er in der Klageantwort vom 11. Mai 2015 auf eine Steuerberechnung des Kantons Bern (Urk. 5/122 S. 10). In dieser (provisorischen) Steuerberechnung für das Jahr 2014 erscheint ein Vermögen von Fr. 67'735.– (Urk. 5/124/8). Zu dieser Position äussert sich der Beklagte nicht. Es handelt sich masslich auch nicht um die von der Klägerin erwähnte Basler Lebensversicherung, eine gebundene Vorsorge-Versicherung mit Kapitalbildung und Versicherungsablauf im Jahre 2031 (Urk. 5/124/12), da diese nicht zu versteuern ist (vgl. Urk. 5/52/28). Sie war zwar in der Steuererklärung 2009 deklariert, nicht mehr jedoch in den Steuerklärungen 2010 und 2011 (Urk. 5/18/4a-4c). Demzufolge sind die Vermögensverhältnisse des Beklagten nicht liquid und seine tatsächliche

- 23 - Bedürftigkeit nicht ausgewiesen. Der Antrag auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses (bzw. Prozesskostenbeitrags) ist daher abzuweisen.

#### **E. 1.5**

Bei diesem Ergebnis ist über den Eventualantrag nicht zu befinden, da der Anspruch auf einen Prozesskostenvorschuss dem unentgeltlichen Rechtspflegeanspruch vorgeht (BGE 138 III 672 E. 4.2.1). 2. Kosten- und Entschädigungsfolgen

#### **E. 2**

Am 17. Januar 2014 klagte die Klägerin und Berufungsbeklagte (fortan Klägerin) wiederum beim Bezirksgericht Meilen auf Scheidung der Ehe und beantragte die Anordnung der Schuldneranweisung als vorsorgliche Massnahme. Der Beklagte seinerseits stellte mit Eingabe vom 7. Juli 2014 ein Massnahmebegehren und beantragte die Abänderung der Unterhaltsbeiträge gemäss Urteil vom 10. Juni 2013. Der weitere Prozessverlauf des Massnahmeverfahrens kann dem angefochtenen Entscheid entnommen werden (Urk. 2 S. 4 ff.). Mit Verfügung vom 3. August 2015 fällte die Vorinstanz die erwähnte Verfügung (Urk. 2 S. 35 ff.).

#### **E. 2.1**

Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 8 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV auf Fr. 3'500.– festzusetzen. Die volle Parteientschädigung ist gestützt auf § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1, § 9, § 11 Abs. 1 und 2 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf Fr. 3'000.– festzulegen; ein Mehrwertsteuerzusatz ist, da nicht beantragt, nicht zuzusprechen (vgl. das Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Zürcher Obergerichts vom 17. Mai 2006).

#### **E. 2.2**

Der Beklagte unterliegt in der Unterhaltsfrage zu rund 97.5 % und in der Frage der Anweisung im Hauptantrag vollumfänglich. Deshalb rechtfertigt es sich, die Kosten des Berufungsverfahrens dem Beklagten vollumfänglich aufzuerlegen. Entsprechend ist er zu verpflichten, der Klägerin eine volle Prozessentschädigung zu bezahlen. Es wird beschlossen:

### **E. 3**

Am 17. August 2015 erhob der Beklagte Berufung mit den zitierten Anträgen (Urk. 1). Mit Verfügung vom 3. September 2015 wurde der Antrag betreffend Erteilung der aufschiebenden Wirkung als gegenstandslos abgeschrieben und Frist zur Berufungsantwort angesetzt (Urk. 6). Diese datiert vom 17. September 2015 (Urk. 7). Am 16. November 2015 ersuchte die Klägerin um sofortige Vollstreckbarkeit der in der angefochtenen Verfügung angeordneten Schuldneranweisung, eventualiter sei die Arbeitgeberin des Beklagten im Sinne einer superprovisorischen Massnahme anzuweisen (Urk. 11). Nach Gewährung des rechtlichen Gehörs der Gegenseite wurden mit Verfügung vom 15. Dezember 2015 sämtliche Anträge abgewiesen (Urk. 21).

### **E. 4**

Einkommen Beklagter

#### **E. 4.1**

Die Vorinstanz veranschlagte das Einkommen mit Fr. 10'271.40 (inkl. 13. Monatslohn, exkl. Kinderzulagen). Sie ging von einem monatlichen Einkommen in der Höhe von Fr. 9'914.95 aus und erhöhte diesen Betrag um einen Pensionskassenabzug von Fr 356.47. Sie verwies dabei auf das Kreisschreiben betreffend die Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums (fortan Kreisschreiben), wonach der Prämienaufwand über die obligatorische Versicherung hinaus nicht berücksichtigt werden dürfe. Beim fraglichen Prämienaufwand handle es sich um eine überobligatorische Erhöhung der Pensionskassenversicherung, die mutwillig und zum Nachteil der unterhaltsberechtigten Familie herbeigeführt worden sei. Im Urteil vom August 2013, das Ausgangspunkt für den Abänderungsprozess sei, sei diese Erhöhung nicht eingerechnet worden (Urk. 2 S. 14 f.).

#### **E. 4.2**

Der Beklagte macht im Wesentlichen geltend, der Pensionskassenabzug sei vom Lohn abgezogen worden. Dass ein tatsächlicher Lohnabzug hinzugerechnet werden könnte, gehe aus dem von der Vorinstanz zitierten Kreisschreiben nicht hervor. Der Lohnabzug diene der Altersvorsorge, die gemäss Art. 122 ZGB bei den Ehegatten hälftig zustehe. Wenn ein solcher Lohnabzug hinzugerechnet würde, so würde er zweimal berechnet, sowohl im Rahmen der Unterhaltsberechnung als auch bei der Teilung des Pensionskassenkapitals. Auch sei der Verweis der Vorinstanz auf ein Urteil des Bundesgerichts nicht zielführend, da es beim fraglichen Entscheid BGE 134 III 323 um die Krankenversicherungen nach VVG gehe. Vorliegend handle es sich nicht um eine freiwillige Versicherung im Sinne der genannten Rechtsprechung (Urk. 1 S. 5 f.).

#### **E. 4.3**

Dem Urteil vom 10. Juni 2013 liegt ein Nettoeinkommen von Fr. 10'932.– (inkl. 13. Monatslohn, ohne Kinderzulagen) zugrunde (Urk. 5/6/22). Laut den Lohnabrechnungen Januar bis April 2013 beträgt der ordentliche Pensionskas-

- 9 - senbeitrag 9 % bzw. Fr. 658.15 (Urk. 5/55/4). In den Lohnabrechnungen ab September 2013 figuriert ein ordentlicher Beitrag an die Pensionskasse von nunmehr 13.5 % bzw. Fr. 987.20 (Urk. 5/55/4+5). Es handelt sich somit um eine neue Tatsache gegenüber dem abzuändernden Entscheid.

#### **E. 4.4**

Gemäss dem Kreisschreiben kann der Prämienaufwand für nichtobligatorische Versicherungen nicht berücksichtigt werden (Ziff. III.2.). Dass dieser Vorbehalt nur für Krankenversicherungen Geltung hat, lässt sich weder durch grammatische, systematische noch teleologische Auslegung herleiten. Bei der Berechnung des Existenzminimums sind nur notwendige und unerlässliche Ausgaben zu berücksichtigen. Das Bundesgericht hat denn in BGE 134 III 323 den allgemeinen Grundsatz festgehalten, dass gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur die Prämien für obligatorische Versicherungen berücksichtigt werden könnten, auch wenn es im konkreten Fall um die Krankenversicherung ging (BGE 134 III 323 = Pra 97 [2008] Nr. 31 Erw. 3). Der Beklagte setzt sich im Weiteren nicht substantiiert mit der zentralen Erwägung der Vorinstanz auseinander. Diese erwog, gemäss aktuell geltendem Pensionskassenreglement könne der Versicherte auf Gesuch hin einen anderen als den Standardsparplan wählen. Der Beklagte habe davon Gebrauch gemacht, indem er nicht mehr im Sparplan "Standard", sondern neu im Sparplan "Plus" sei. Das ergäbe sich aus den Vorsorgeausweisen. Es sei daher nicht glaubhaft, dass er den Pensionskassenabzug habe hinnehmen müssen, vielmehr sei dieser freiwillig erfolgt (Urk. 2 S. 15). Auf diese zutreffenden Erwägungen kann verwiesen werden.

#### **E. 4.5**

Der Einwand des Beklagten, dieser Lohnabzug diene der Altersvorsorge, die gemäss Art. 122 ZGB beiden Ehegatten hälftig zustehe, ist zwar berechtigt. Der Wechsel in den neuen Sparplan "Plus" ist jedoch nach der Trennung der Parteien erfolgt und im Wissen um die bestehende Unterhaltspflicht. Der Beklagte behauptet nicht, die Klägerin sei damit einverstanden gewesen. Er zwingt somit die Klägerin indirekt zum "Sparen", obwohl sie die Mittel für die täglichen Lebenshaltungskosten benötigen würde. Geht die Einkommensverminderung auf eine freiwillige und einseitige Entscheidung des Unterhaltspflichtigen zurück, so ist eine solche Verschlechterung in der Regel unbeachtlich; der Unterhaltsschuldner soll

- 10 - die Folgen seines einseitig getroffenen Entschlusses selber tragen und nicht auf den Unterhaltsgläubiger abwälzen (BGE 121 III 297 E. 3b). Analog zu dieser Praxis ist mit der Vorinstanz der überobligatorische Teil der Altersvorsorge ausser Acht zu lassen, zumal die getroffene Disposition gemäss Art. 5 des Vorsorgereglements rückgängig gemacht werden kann (Urk. 5/91/1). Deshalb ist das Einkommen gemäss angefochtenem Entscheid von Fr. 10'271.40 (inkl. 13. Monatslohn, exkl. Kinderzulagen) zu bestätigen.

#### **E. 4.6**

Über eine allfällige doppelte Berücksichtigung, wie vom Beklagten geltend gemacht, wird erst bei Ermittlung der Austrittsleistungen im Scheidungsurteil zu befinden sein.

### **E. 5**

Einkommen Klägerin

#### **E. 5.1**

Die Vorinstanz führte aus, der Beklagte habe vorgetragen, im Eheschutzentscheid sei davon ausgegangen worden, dass die Klägerin eine Teilzeiterwerbstätigkeit aufzunehmen habe, wenn die Zwillinge 12 Jahre alt seien. Dessen ungeachtet sei der Klägerin die Aufnahme einer Teilzeiterwerbstätigkeit indes nicht zumutbar und ihr kein hypothetisches Einkommen anzurechnen. Beide Ärzte, welche sich zu den gesundheitlichen Problemen der Klägerin geäußert hätten, würden die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit für undenkbar halten. Im Zeitpunkt des Eheschutzentscheides hätten diese Probleme nicht bestanden oder das Gericht hätte keine Kenntnis davon gehabt. Dazu kämen die gesundheitlichen Probleme der Zwillinge. Bei E. \_\_\_\_\_ sei Zöliakie diagnostiziert worden und F. \_\_\_\_\_ leide seit 2013 an Magersucht. Aufgrund dieser Leiden habe sich für die Klägerin der Betreuungsaufwand für die Zwillinge erhöht. Angesichts ihrer eigenen gesundheitlichen Probleme sei der Klägerin eine zusätzliche Belastung in Form einer Teilzeiterwerbstätigkeit zurzeit nicht zumutbar und liefe auch dem Kindeswohl entgegen (Urk. 2 S. 16).

### **E. 5.2**

Der Beklagte kritisiert, die Vorinstanz gehe auf seine detaillierten Ausführungen, weshalb der Klägerin eine Teilzeiterwerbstätigkeit möglich sei, mit keinem Wort ein. Daher wiederhole er seine Vorbringen vor Erstinstanz (Urk. 1 S. 7).

- 11 -

### **E. 5.3**

Wie eingangs ausgeführt, genügt es nicht, wenn der Berufungskläger bloss den vor Vorinstanz eingenommenen Rechtsstandpunkt wiederholt. Vielmehr muss er die als fehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz zum Ausgangspunkt seiner Kritik machen. Diesen Anforderungen genügt die Rüge nicht. Der Beklagte wiederholt wörtlich seinen Standpunkt, ohne sich mit den wesentlichen Erwägungen im Urteil auseinander zu setzen. Erstens hat die Vorinstanz erwogen, dass auch im Rahmen eines Abänderungsverfahrens von früheren Erwägungen abgewichen werden dürfe, da sich die äusseren Umstände laufend verändern würden, dass jedoch solche Abänderungen zu begründen seien. Zweitens nimmt der Beklagte keinerlei Bezug zum entscheiderelevanten Argument, wonach zwei Ärzte die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit für undenkbar hielten, was zusammen mit dem zusätzlichen Betreuungsaufwand für die Zwillinge eine Teilzeitarbeit unzumutbar erscheinen lasse. Außerdem ist die vor Vorinstanz geäußerte Kritik an den Arztzeugnissen pauschal und als unsubstantiiert zu werten, zumal sich der Bericht von Dr. G. \_\_\_\_\_ vom Juni 2014 detailliert zu den gesundheitlichen Problemen äussert (Urk. 5/53/1). Im Übrigen hatte die Rechtsmittelinstanz im Eheschutzverfahren das Augenmerk auf die Lehre und bundesgerichtliche Rechtsprechung gelegt, wonach eine Erwerbstätigkeit bei der Betreuung von mehr als zwei Kindern unter 16 Jahren generell als unzumutbar erachtet werde (Urk. 5/5/36 S. 7 m.H.). Weiter wurde festgehalten, dass das Bundesgericht in seinem Entscheid vom 14. November 2008 klar zum Ausdruck gebracht habe, dass die unmittelbare persönliche Betreuung und Pflege der Kinder deren Interesse diene und ein wesentlicher Gesichtspunkt für die Zuteilung der elterlichen Sorge sei, woran die oftmals von den finanziellen Gegebenheiten diktierte Lebenswirklichkeit nichts zu ändern vermöge (BGer 5A\_210/2008 vom 14. November 2008, Erw. 3.2; Urk. 5/5/36 S. 8). Freilich handelt es sich dabei um Richtlinien, von denen im konkreten Einzelfall unter Würdigung sämtlicher Umstände abgewichen werden darf und gegebenenfalls auch muss

(BGer 5A\_210/2008 E. 3.1). Indem die Vorinstanz die konkreten Umstände berücksichtigt hat, hat sie ihr Ermessen pflichtgemäss ausgeübt.

#### **E. 5.4**

Der Beklagte macht weiter geltend, die Klägerin sei in ihrer Stellungnahme vom 26. August 2014 selber davon ausgegangen, dass ihr zumindest ein kleines

- 12 - Pensum zugemutet werden könnte. Sie habe ausgeführt, der Grad zumutbarer ausserhäuslicher Tätigkeit könnte allerhöchstens bei 20 % liegen und die anrechenbaren Einkünfte bei Fr. 1'000.– netto monatlich. Dies habe die Vorinstanz aktenwidrig nicht berücksichtigt. Es sei zumindest mit einem anrechenbaren Einkommen von Fr. 1'000.– netto bzw. Fr. 1'083.35 zu rechnen (Urk. 1 S. 9). Dieses Vorbringen erfolgt erstmals im Berufungsverfahren und ist daher prozessual verspätet (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Doch selbst wenn es zu berücksichtigen wäre, ist mit der Klägerin festzuhalten, dass sie diesen Standpunkt nur eventualiter, also für den Fall des Unterliegens hinsichtlich ihres Hauptstandpunktes, vorgetragen hat. Da die Vorinstanz dem Hauptstandpunkt gefolgt ist, läge auch keine aktenwidrige Annahme vor (Urk. 7 S. 5).

#### **E. 5.5**

Nach dem Gesagten ist der Klägerin für die Dauer des Massnahmeverfahrens kein Einkommen anzurechnen.

#### **E. 6**

Bedarf Beklagter Die Vorinstanz setzte den Bedarf auf Fr. 3'484.– fest (Urk. 2 S. 19). Streitig sind die Positionen Krankenkassenprämie, Gesundheitskosten und Kommunikationsauslagen. a) Krankenkassenprämie Die Vorinstanz rechnete Fr. 343.– ein (Urk. 2 S. 19). Der Beklagte macht höhere Krankenkassenprämien geltend für das Jahr 2015 unter Verweis auf den Beleg der Krankenkasse Helsana vom 12. November 2014 (Urk. 4/5). Die Klägerin anerkennt die Prämienhöhung (Urk. 7 S. 7), weshalb neu Fr. 382.– anzurechnen sind. Dabei kann offen gelassen werden, ob der Beleg unter novenrechtlichen Aspekten rechtzeitig eingereicht wurde.

- 13 - b) Gesundheitskosten Die Vorinstanz erwog, der Beklagte behauptete Gesundheitskosten von monatlich Fr. 200.– und verweise dazu auf eine Leistungsabrechnung der Krankenkasse Helsana. Zu beachten sei, dass die üblichen Kontrolluntersuchungen im Grundbeitrag enthalten seien und Arzt- und Behandlungskosten, die in naher Zukunft anfallen, nur zusätzlich berücksichtigt werden könnten, wenn sie hinreichend belegt seien. Entscheidende Kriterien seien dabei die medizinische Notwendigkeit und die Höhe der Kosten. Der Beklagte habe diesbezüglich lediglich behauptet, dass Kosten, wie sie im Jahr 2014 angefallen seien, auch künftig anfallen würden. Ausführungen zur Notwendigkeit habe er keine gemacht (Urk. 2 S. 18). Der Beklagte hält dem entgegen, er habe nachgewiesen, dass er nach wie vor bei seinem Psychiater in Behandlung sei. Dies habe im Jahr 2014 zu Rechnungen von über Fr. 8'000.– geführt, davon habe er Fr. 1'003.– selber bezahlen müssen. Dies entspreche der minimalen Franchise von Fr. 300.– und der maximalen Kostenbeteiligung von Fr. 700.–. Entsprechend seien monatlich Fr. 100.– einzusetzen (Urk. 2 S. 10). Das Abänderungsbegehren wurde im Juli 2014 gestellt und mit Entscheid vom 3. August 2015 entschieden. Die Kostenabrechnung von Helsana für das Jahr 2014 datiert vom 3. Januar 2015 (Urk. 4/6). Der Beklagte erklärt nicht, weshalb er diesen Beleg erst im

Berufungsverfahren als unechtes Novum einreicht. Es gilt prozessual als verspätet (Art. 317 Abs. 1 ZPO), weshalb nicht weiter darauf einzugehen ist. c) Kommunikationskosten Die Vorinstanz sprach Fr. 140.– für Radio/TV/Internet/Telefon zu (Urk. 2 S. 19). Der Beklagte beanstandet, die Klägerin habe den vor Vorinstanz geltend gemachten Betrag von Fr. 189.– anerkannt (Urk. 1 S. 11). Dieser Einwand ist berechtigt. Die Klägerin ist daher auf ihrem Zugeständnis zu behaften (Urk. 5/63 S. 5), und es sind die Kommunikationskosten auf Fr. 189.– anzuheben

- 14 - d) Zusammenfassend ist der Bedarf um Fr. 39.– (343.–/382.–; Krankenkassenprämie) und um Fr. 49.– (140.–/189.–; Kommunikation) anzuheben und mit Fr. 3'572.– zu beziffern.

## **E. 7**

Bedarf Klägerin Die Vorinstanz veranschlagte den Bedarf auf Fr. 6'593.25 (Urk. 2 S. 25). Der Beklagte bestreitet die Positionen Miete und Heizkosten. a) Miete Die Vorinstanz rechnete Fr. 2'425.– an unter Hinweis auf Urk. 5/81/1. Laut diesem Beleg beträgt die Wohnungsmiete Fr. 2'305.– und die Miete für einen Garageplatz Fr. 120.–. Der Beklagte beanstandet, es bestehe kein Grund, warum die Klägerin weiterhin eine Garage mieten solle, wenn sie kein Auto habe und bei ihm bei der Mobilität kein Spielraum mehr gewährt werde. Die Rüge erfolgt zu spät (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Der Beklagte macht jedenfalls nicht geltend, dass er die Kosten für die Garage bereits vor Vorinstanz kritisiert habe. Vielmehr hat er in seinem Abänderungsbegehren vom 7. Juli 2014 Mietkosten von Fr. 2'578.– anerkannt (Urk. 5/54 S. 6). b) Heizkosten Die Vorinstanz gestand für Heizkosten Fr. 56.– zu unter Hinweis auf Urk. 5/81/2. Dabei handelt es sich um die Heizkostenabrechnung 2012/2013. Vor Vorinstanz machte der Beklagte geltend, im anerkannten Betrag von Fr. 2'587.– seien auch die Heizkosten abgedeckt (Urk. 5/70 S. 4). In der Berufung bringt er vor, die Heizkosten seien gerichtsnotorisch derart gesunken, dass neben den Akontozahlungen keinerlei zusätzliche Kosten mehr anfielen (Urk. 2 S. 10). Da die Heizkostenabrechnung das Jahr 2012/2013 beschlägt, ist sie für den massgeblichen Zeitraum nicht repräsentativ. Zudem wurden auch im ersten Eheschutzentscheid vom

## **E. 12**

Anweisung Arbeitgeber

### **E. 12.1**

Die Klägerin machte vor Vorinstanz geltend, der Beklagte sei in der Vergangenheit wiederholt seiner Pflicht zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen nicht nachgekommen. Die Vorinstanz prüfte die Voraussetzungen gemäss Art. 177 ZGB. Sie hat dabei das Zahlungsverhalten des Beklagten in der ersten Hälfte des Jahres 2014 detailliert in ihre Erwägungen aufgenommen, sodann die Verhältnismässigkeit geprüft und diese bejaht. Im Ergebnis ordnete sie eine Schuldneranweisung an im Betrag von Fr. 6'723.– zuzüglich Kinderzulagen mit dem Hinweis,

- 19 - dass dem Beklagten ein Restbetrag von Fr. 3'548.– und somit sein Existenzminimum verbleibe (Urk. 2 S. 26 ff.).

### **E. 12.2**

In der Berufung kritisiert der Beklagte, die vorinstanzliche Auffassung sei falsch, da sie von einem Betrag von Fr. 10'271.40 ausgehe. Gemäss Rechtsprechung dürfe für die Schuldneranweisung nicht von einem hypothetischen Einkommen ausgegangen werden.

Zudem sei zu berücksichtigen, dass die tatsächliche Auszahlung pro Monat Fr. 9'151.85 betrage, und zwar dreizehnmal. Allerdings sei die Schuldneranweisung als solche nicht gerechtfertigt. Er sei seiner Unterhaltspflicht im beantragten Umfang nachgekommen. Er habe mit seinen Zahlungen jeweils klar gezeigt, dass er gewillt sei, denjenigen Betrag zu bezahlen, der auch seinen Bedarf angemessen berücksichtige (Urk. 1 S. 14 f.).

### **E. 12.3**

Die Klägerin ist bereit, den Umstand zu berücksichtigen, dass das von der Vorinstanz als Basis genommene Einkommen den 13. Monatslohn enthält. Sie beantragt daher, die monatlichen Anweisungsbeträge entsprechend zu reduzieren, ergänzt jedoch um eine Anweisung bei der Auszahlung des 13. Monatslohns. Allerdings geht auch sie im Grundsatz vom (hypothetischen) Einkommen aus (Urk. 11 S. 10).

### **E. 12.4**

Der Beklagte listet in der Berufung auf, welche Zahlungen er im Jahr 2014 geleistet hat. Auf diese Angaben ist nicht einzugehen, da sie prozessual verspätet sind (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Im Weiteren liegen mehrere Gerichtsentscheide vor, welche die Höhe seiner Zahlungspflicht rechtskräftig festhalten (Urk. 5/5, 5/6). Es besteht daher kein Raum für den Beklagten, seinen Bedarf (erneut) eigenmächtig zu bestimmen und der Klägerin entsprechend weniger Unterhalt zu überweisen. Vielmehr ist festzuhalten, dass der Beklagte seine Unterhaltspflicht in der Vergangenheit wiederholt und in erheblichem Masse verletzt hat, und dieses Verhalten auch im Berufungsverfahren fortsetzt (vgl. Urk. 11 S. 3). Im Übrigen setzt sich der Beklagte mit den eingehenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid nicht auseinander. Die Anordnung der Anweisung ist daher zu bestätigen.

### **E. 12.5**

Die Anweisung an den Arbeitgeber, einen Teil des Lohnes direkt an den Unterhaltsberechtigten auszubezahlen, ist eine besondere familienrechtliche Sankti-

- 20 - on, welche der Durchsetzung der Unterhaltspflicht dient. Sie muss das Existenzminimum respektieren. Nach der Rechtsprechung darf daher der Richter, der über eine Schuldneranweisung zu befinden hat, nicht auf ein hypothetisches Einkommen abstellen. Vielmehr muss er seinem Entscheid das tatsächliche Einkommen zu Grunde legen (BGer 5A\_34/2015 vom 19. November 2014 mit Hinweisen).

### **E. 12.6**

Folglich ist für die Höhe der monatlichen Anweisung auf die Aufrechnung des Pensionskassenabzugs zu verzichten und auf das in Übereinstimmung mit den Parteien dem Entscheid grundsätzlich zugrundegelegte Einkommen von Fr. 9'914.95 abzustellen (Urk. 2 S. 13), das ohne Anteil 13. Monatslohn einem Monatsbetreffnis von Fr. 9'152.– entspricht. Reduziert man das Monatsbetreffnis von Fr. 9'152.– um das Existenzminimum von Fr. 3'572, resultieren Fr. 5'580.–. Da indes monatlich Fr. 6'645.– zu überweisen wären, ergibt sich eine Differenz von Fr. 1'065.– pro Monat bzw. von Fr. 12'780.– pro Jahr, welche bei Auszahlung des 13. Monatslohns anzuweisen ist.

### **E. 12.8**

Demzufolge ist die Arbeitgeberin des Beklagten anzuweisen, unter Androhung doppelter Zahlungspflicht im Unterlassungsfalle, vom jeweiligen Monatslohn des Beklagten je Fr. 5'580.– an die Klägerin zu überweisen, zuzüglich die gesetzlichen oder vertraglich

vereinbarten Kinderzulagen. Weiter ist die Arbeitgeberin unter den gleichen Bedingungen anzuweisen, den 13. Monatslohn, maximal jedoch Fr. 12'780.–, an die Klägerin zu überweisen. Nachdem das Urteil mit seiner Ausfällung in Rechtskraft erwächst, weil kein Fall von Art. 103 Abs. 2 lit. a BGG vorliegt, ist der Arbeitgeberin unverzüglich Mitteilung von der Anweisung zu machen.

### **E. 13**

Neuer Arbeitsvertrag In der Stellungnahme vom 3. Dezember 2015 zum gegnerischen Antrag um sofortige Vollstreckbarkeit macht der Beklagte geltend, dass der Arbeitsvertrag "nach GAV C.\_\_\_\_\_" per 1. Januar 2016 durch einen neuen Arbeitsvertrag nach OR ersetzt worden sei. Dies werde verschiedene Konsequenzen haben bezüglich Kinderzulagen, Ferien, wohl ca. 7.5 % weniger Gehalt und höhere Pensionskassenbeiträge. Die Lohneinbusse betrage mindestens Fr. 500.– netto und es sei ihm

- 21 - nicht zuzumuten, diese alleine zu tragen (Urk. 15 S. 3). Der Beklagte reicht dazu eine Kopie des Einzelarbeitsvertrags (EAV) ein, der einen Jahresgrundlohn ausweist und den die Arbeitgeberin am 17. Juni 2015 und der Beklagte am 29. Juni 2015 unterzeichnet haben (Urk. 17/3). In prozessualer Hinsicht werden gemäss Art. 317 Abs. 1 lit a. ZPO neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden. Die Berufungsschrift datiert vom

### **E. 17**

August 2015. Der Beklagte erklärt nicht, weshalb er nicht bereits im Zeitpunkt der Ergreifung der Berufung auf diesen Umstand hingewiesen hat. Demzufolge ist das Vorbringen verspätet und kann nicht berücksichtigt werden. Hinzuweisen ist zudem, dass der Beklagte das Kaderreglement, das integrierender Bestandteil des EAV bildet und dessen Erhalt er unterschriftlich bestätigte, nicht einreichte. Gemäss neuem Arbeitsvertrag richtet sich nämlich der Anspruch auf einen variablen Lohnanteil (wohl neben dem Grundlohn) nach dem Reglement "Fach- und Führungskader C.\_\_\_\_ AG" (Urk. 17/3 S. 2). III. 1. Prozesskostenvorschuss / unentgeltliche Rechtspflege.

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