

ZH_OBERGERICHT LY180015 vom 18. September 2018

ZH Obergericht, 2018-09-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY180015

FR: ZH_OBERGERICHT LY180015 du 18 septembre 2018

IT: ZH_OBERGERICHT LY180015 del 18 settembre 2018

Erwägungen

E. 1

B._____ und A._____ haben am tt. April 2006 in N._____ geheiratet. Sie sind die Eltern von K._____, geb. tt.mm.2006, und L._____, geb. tt.mm.2007 (vgl. act. 6/3). Seit Mitte Dezember 2017 stehen sich die Eltern vor dem Bezirksgericht Dielsdorf (nachfolgend Vorinstanz) in einem Scheidungsverfahren auf gemeinsames Begehren im Sinne von Art. 112 ZGB gegenüber (vgl. act. 6/1). Im Rahmen dieses Scheidungsverfahrens ersuchte B._____ (nachfolgend Mutter) um Erlass von vorsorglichen Massnahmen (act. 6/5). Die Vorinstanz führte am 1. Februar 2018 die Anhörung und die Verhandlung über die vorsorglichen Massnahmen durch (vgl. Prot. Vi S. 3 ff.). Nachdem darüber keine Einigung erzielt werden konnte, fällte die Vorinstanz am 5. Februar 2018 den eingangs wiedergegebenen – zunächst unbegründeten (vgl. act. 6/17) – Entscheid (vgl. act. 3 = act. 5 = act. 6/20, nachfolgend zitiert als act. 5). Gegen den begründeten Entscheid erhoben beide Parteien rechtzeitig Berufung mit den eingangs erwähnten Anträgen (vgl. act. 2 und act. 15/2, zur Rechtzeitigkeit siehe act. 6/20, letzte Seite). Das Berufungsverfahren dreht sich im Wesentlichen um die Obhut (vgl. E. III.B. unten), die Kontaktregelung (vgl. E. III.C. unten) sowie um die von A._____ (nachfolgend Vater) zu leistenden Unterhaltsbeiträgen (vgl. E. III.D. unten).

E. 1.1

Der Vater will den Kinderunterhalt auf Fr. 950.– pro Kind reduziert haben. Im Wesentlichen erachtet er sowohl das Einkommen der Mutter (vgl. E. III.D.2. unten) als auch seinen Bedarf (vgl. E. III.D.3.1. unten) als zu tief. Demgegenüber beantragt die Mutter, die den Bedarf des Vaters als zu hoch erachtet (vgl. E. III.D.3.2.+3.3.), für sich persönlich einen Unterhalt von Fr. 815.– (eventualiter

- 19 - Fr. 1'615.–) und für die Kinder einen solchen von Fr. 1'518.– (K._____; eventualiter Fr. 1'118.–) und Fr. 1'619.– (L._____; eventualiter Fr. 1'219.–).

E. 1.2

In Bezug auf die Unterhaltsberechnung ist vorzuschicken, dass dieser Entscheid nach Recht und Billigkeit getroffen werden muss und nicht das Ergebnis exakter Berechnungen auf genauen Grundlagen darstellen kann (immer noch: MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bern 1966, N 71-73 zu Art. 4 ZGB). Rechtsgrundlage für die Unterhaltsregelung nach Aufhebung des ehelichen Haushaltes und auch für die Dauer des Scheidungsverfahrens bildet Art. 163 ZGB. Demgemäss sorgen die Ehegatten gemeinsam, ein jeder nach seinen Kräften, für den gebührenden Unterhalt der Familie und dieser richtet sich einerseits nach den konkreten wirtschaftlichen Verhältnissen und andererseits nach der Lebenshaltung, auf die sie sich geeinigt haben (vgl. BGer 5P.47/2005 vom 23. März 2005 E. 3.5 m.w.H.). 2. Einkommen der Mutter

E. 2

Erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen sind mit Berufung anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Sachverhaltsfeststellung (Art. 310 ZPO) sowie die (blosse) Unangemessenheit eines Entscheides geltend gemacht werden. Es gilt die Begründungsobliegenheit, was bedeutet, dass die Berufung führende Partei sich sachbezogen mit den Entscheidungsgründen des erstinstanzlichen Entscheids im Einzelnen auseinandersetzen hat. Sie muss zunächst konkret darlegen, inwiefern die Vorinstanz das Recht falsch angewendet haben bzw. welcher Sachverhalt unrichtig festgestellt worden sein soll. Danach muss sie den vorinstanzlichen Erwägungen die aus ihrer Sicht korrekte Rechtsanwendung bzw. den korrekten Sachverhalt gegenüberstellen und darlegen, zu welchem abweichenden Ergebnis dies führen soll. Dies gilt auch im Bereich der Untersuchungsmaxime (vgl. BGE 138 III 374, E. 4.3.1 = Pra 102 (2013) Nr. 4). Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO werden neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. In Kinderbelangen können Noven, sofern sie nicht gestützt auf Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig sind, von der Kammer insoweit zur Kenntnis genommen werden, als dadurch auf wesentliche Sachverhalte hingewiesen wird, denen im Rahmen der Pflicht zur Sachverhaltserforschung von Amtes wegen mit eigenen Untersuchungen nachzugehen wäre (vgl. zum Ganzen OGer ZH LY160019 vom 21. Juli 2016 E. 2.2.1.2. m.w.H.). Die beiden Berufungen wurden innert der Rechtsmittelfrist schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet bei der zuständigen Rechtsmittelinstanz eingereicht. Die Berufungskläger sind durch den angefochtenen Entscheid beschwert und zur Berufung legitimiert. Auf die beiden Berufungen ist daher einzutreten.

E. 2.1

Die Vorinstanz ging – gestützt auf die Lohnabrechnung von Januar 2018 – von einem monatlichen Nettoeinkommen der Mutter von Fr. 3'368.– (inkl. 13. Monatslohn und abzgl. Kinderzulagen) aus. Ferner berücksichtigte sie das Honorar, welches die Mutter aus ihrer Verwaltungsratsstätigkeit bei der P._____ AG erhält und im Monat Fr. 333.– (= Fr. 4'000.– / 12) beträgt. Die vom Vater behaupteten Dividendeneinkünfte liess die Vorinstanz hingegen ausser Acht. Die Vorinstanz kam somit auf ein anrechenbares Einkommen der Mutter von Fr. 3'701.– (vgl. act. 5 S. 23 f. E. 4.6.1.).

E. 2.2

Der Vater bemängelt, dass sich die Vorinstanz bei der Ermittlung des Einkommens der Mutter lediglich auf die Lohnabrechnung Januar 2018 gestützt hat, obwohl er die Edition des Lohnausweises von 2017 beantragt und ein Einkommen von Fr. 5'809.– bzw. von mindestens Fr. 4'326.– behauptet habe. Seiner Ansicht nach sei die Lohnabrechnung von Januar 2018 wenig glaubwürdig, weil diese einen zu hohen BVG-Abzug aufweise, und der Lohn in erheblicher Weise von den Vorjahren abweiche. Zudem habe die Mutter ihr Pensum im Jahr 2017 gesteigert und sie habe angekündigt, dass sie ihr monatliches Einkommen um weitere

- 20 - Fr. 700.– erhöhen könne. Die Mutter erziele daher ein monatliches Einkommen von Fr. 4'300.–. Hinzu komme – so der Vater weiter – das Verwaltungsrats honorar von monatlich Fr. 333.35 und die Dividendeneinkünfte, die im 2015 und 2016 monatlich Fr.

247.50 betragen hätten. Damit sei der Mutter ein monatliches Einkommen von Fr. 4'880.– anzurechnen (vgl. act. 2 S. 6 Rz 13). Die Mutter, die mit ihrer Berufungsantwort die neuen Lohnabrechnungen von Februar bis Juni 2018, den Lohnausweis 2017 und den Vorsorgeausweis ihrer Pensionskasse einreicht (vgl. act. 13/1-7), erachtet die von der Vorinstanz vorgenommene Berechnung als korrekt und die Ausführungen zum BVG-Abzug des Vaters als nicht nachvollziehbar (vgl. act. 12 S. 4 Rz 11 f.).

E. 2.3

Die Lohnabrechnungen von August 2017 bis Dezember 2017 weisen einen Bruttolohn (inkl. Anteil 13. Monatslohn) von Fr. 3'981.25 und einen Nettolohn von Fr. 3'452.– aus (vgl. act. 6/6/30 und act. 6/14/53). Diesen Bruttolohn (inkl. Anteil 13. Monatslohn und abzgl. Kinderzulagen von insgesamt Fr. 400.–) erzielte die Mutter auch von Januar 2018 bis Juni 2018. Hingegen beträgt der monatliche Nettolohn seit 2018 Fr. 3'368.– (abzgl. Kinderzulagen). Grund dafür ist, dass – wie den entsprechenden Belegen zu entnehmen ist (vgl. act. 6/14/53 und act. 13/1-7) – sich der monatliche BVG-Abzug von Fr. 205.40 in den Monaten November und Dezember 2017 im Jahr 2018 auf Fr. 289.40 erhöht hat. Nur weil seit 2018 ein um Fr. 84.– höherer BVG-Abzug erfolgt, erscheinen die Lohnabrechnungen – entgegen der Ansicht des Vaters (vgl. act. 2 S. 6 Rz 13) – nicht als unglaubhaft, und der Vater liefert auch keine Anhaltspunkte dafür, dass – wie von ihm behauptet (vgl. act. 15/12 S. 6 Rz 13) – der Lohn in den Abrechnungen absichtlich zu tief ausgewiesen worden ist. Auf die vom Vater vorgebrachten Einkommensschwankungen bzw. die früheren Einkommen der Mutter ist nicht weiter einzugehen, da keine Anhaltspunkte einer absichtlich herbeigeführten Einkommensminderung ersichtlich sind oder dargetan wurden. Dass die Mutter monatlich Fr. 700.– mehr verdienen könnte, leitet der Vater einzig aus einer E-Mail der Mutter ab, aus welcher lediglich hervorgeht, dass sie – die Mutter – Fr. 700.– mehr verdienen müsste, um auf persönlichen Unterhalt verzichten zu können (vgl. act. 6/16/13). Ferner geht aus einer Bestätigung des Arbeitgebers der Mutter vom - 21 - 15. Januar 2018 hervor, dass eine Erhöhung des Pensums nicht vorgesehen sei (vgl. act. 6/14/47). Der Kritik des Vaters, die Vorinstanz habe der von ihm beantragten Edition des Lohnausweises 2017 keine Beachtung geschenkt, ist bloss anzufügen, dass er diesen nicht im Zusammenhang mit dem Einkommen der Mutter, sondern einzig deshalb verlangt hatte, um zu prüfen, ob der Mutter die Mobilitätskosten durch ihren Arbeitgeber vergütet werden (vgl. Prot. VI S. 5). Von da her erübrigen sich Weiterungen zu diesen Vorbringen. Nach dem Gesagten ist nicht zu beanstanden, dass sich die Vorinstanz bei der Ermittlung des Einkommens der Mutter auf die Lohnabrechnung von Januar 2018 gestützt hat. Gegen das von der Vorinstanz angenommene monatliche Nettoeinkommen von Fr. 3'368.– ist damit nichts einzuwenden. Hinzu kommt das unbestritten gebliebene Verwaltungshonorar der Mutter von monatlich Fr. 333.– (vgl. act. 6/6/31 und act. 6/14/52). Das Einkommen ist damit auf Fr. 3'701.– zu erhöhen. Unter Verweis auf den vor Vorinstanz eingereichten Einschätzungsentscheid des Kantonalen Steueramtes der Staats- und Gemeindesteuern 2015 der Parteien stellt sich der Vater – wie bereits vor Vorinstanz (vgl. act. 6/15) – auf den Standpunkt, zum Einkommen der Mutter würden auch die Dividendeneinkünfte von monatlich Fr. 247.50 gehören (vgl. act. 2 S. 6 Rz 13 und act. 6/6/35). Dem Einschätzungsentscheid lässt sich ein Wertschriftenertrag (mit Verrechnungssteuer) von Fr. 2'970.– und folglich den von ihm vorgebrachten monatlichen Betrag entnehmen. Wem dieser Ertrag tatsächlich zusteht, geht zwar nicht hervor, aber da sich die Mutter in ihrer Berufungsantwort dazu nicht geäußert hat und damit die Ausführungen des Vaters

unbestritten geblieben sind, sind ihrem Einkommen Fr. 247.50 hinzuzurechnen. Anhaltspunkte dafür, dass die monatlichen Dividendeneinkünfte mittlerweile Fr. 450.– im Monat betragen sollen, liefert der Vater in seiner Berufungsantwort keine (vgl. act. 15/12 S. 6 Rz 13). Im Ergebnis ist von einem monatlichen Nettoeinkommen der Mutter von Fr. 3'948.– (= Fr. 3'368.– + Fr. 333.– + Fr. 247.50, gerundet) auszugehen.

- 22 - 3. Bedarf des Vaters

E. 3

Aus den Erwägungen der Vorinstanz geht unmissverständlich hervor, dass für die Dauer des Scheidungsverfahrens die Obhut bei der Mutter verbleiben soll. Davon gehen auch die Parteien aus. Obwohl dies im Dispositiv nicht festgehalten wurde, hat die Vorinstanz in Bezug auf die Obhut faktisch eine Entscheidung getroffen. Daran ändert auch der Vorbehalt der Vorinstanz nichts, wonach über die Obhut erst im Endentscheid definitiv entschieden werde. Denn damit hält die Vorinstanz lediglich fest, dass – wie dies üblich ist – im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen keine endgültige Entscheidung ergeht. Der obhutsberechtigten Mutter fehlt es damit an einem Rechtsschutzinteresse, weshalb auf ihre Berufung in diesem Punkt nicht einzutreten ist. Der Vater stellte – wie gesagt (vgl. E. II.3. oben) – lediglich in seiner Berufungsantwort einen Antrag zur Obhut, und in seiner Berufung begründet er nicht, weshalb für die Dauer des Scheidungsverfahrens die al-

- 16 - ternierende Obhut angeordnet werden soll, obwohl ihm eine Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Erwägungen durchaus möglich gewesen wäre. Auf seine Berufung ist daher in diesem Umfang ebenfalls nicht einzutreten. Zudem ist in Erinnerung zu rufen, dass am 1. Juli 2014 die revidierten Bestimmungen des Zivilgesetzbuches über die elterliche Sorge in Kraft getreten sind. Unter der Herrschaft des alten Rechts war das "Obhutsrecht" Bestandteil des elterlichen Sorgerechts. "Obhut" im Rechtssinne bedeutete das Recht, den Aufenthaltsort des Kindes und die Modalitäten seiner Betreuung zu bestimmen. Im neuen Recht umfasst die elterliche Sorge auch das "Recht, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen" (s. Art. 301a Abs. 1 ZGB). Die Bedeutung der "Obhut" reduziert sich – losgelöst vom Sorgerecht – auf die "faktische Obhut", das heisst auf die Befugnis zur täglichen Betreuung des Kindes und auf die Ausübung der Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit seiner Pflege und laufenden Erziehung (vgl. BGE 142 III 612 E. 4.1 m.H.). Alternierende Obhut bedeutet nichts anderes, als dass die Eltern ihre Kinder abwechselnd in ungefähr gleichem Umfang betreuen. Wie die alltägliche Pflege und Erziehung des Kindes praktiziert wird, knüpft folglich nicht, zumindest nicht nur, am Begriff der Obhut an, sondern ergibt sich vielmehr aus der Ausgestaltung der Betreuung oder des persönlichen Verkehrs. Auch die Höhe des Kinderunterhalts steht und fällt nicht mit (dem Begriff) der Obhut, da der Unterhalt unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse und allenfalls des Betreuungsumfangs festzusetzen ist. Die Obhut ist aber Anknüpfungspunkt für die Bestimmung des zivilrechtlichen Wohnsitzes des Kindes (siehe Art. 25 ZGB, vgl. FamKomm Scheidung-BÜCHLER/CLAUSEN, 3. A., Bd. I, ZGB Art. 133 N 7 und Art. 298 N 12 m.H.). Die Parteien haben die vorinstanzliche Kontaktregelung vom Umfang her nicht beanstandet (siehe dazu E. III.C. unten), und der Wohnsitz der Kinder – der gemäss Antrag des Vaters, bei der Mutter sein soll (vgl. act. 6/15 S. 2 f.) – liegt nicht im Streit. Bei dieser Ausgangslage haben die Parteien auch deshalb kein Rechtsschutzinteresse daran, dass im Berufungsverfahren über die Zuteilung der Obhut entschieden wird, zumal die Parteien nicht darlegen, was darüber hinaus für die Dauer des Scheidungsverfahrens von der Obhut abhängen soll. Inwiefern

- 17 - die Vorinstanz mit ihrer Vorgehensweise das Gehör der Parteien bzw. des Vaters verletzt haben sollte, ist nach dem Gesagten nicht ersichtlich und wurde vom Vater ohnehin nur pauschal behauptet (vgl. act. 2 S. 3 Rz 5). Auf die beiden Berufungen ist daher – was die Obhut anbelangt – auch aus diesen Gründen nicht einzutreten. Auf die Argumente der Mutter, weshalb ihr die alleinige Obhut zuzuteilen ist (vgl. act. 15/2 S. 3 f. Rz 5-10 und act. 18 sowie Prot. S. 7 ff.), und der diesbezüglichen Stellungnahme des Vaters (vgl. act. 15/12 S. 3 Rz 4-8 und act. 22 sowie Prot. S. 7 ff.) braucht damit nicht weiter eingegangen zu werden.

E. 3.1

Der Vater wendet sich gegen die Nichtberücksichtigung seiner geltend gemachten Mobilitätskosten von Fr. 400.– (vgl. act. 6/15 und Prot. VI S. 20). Die Vorinstanz begründete ihren Entscheid damit, dass der Vater diese Kosten nicht belegt habe, er in D._____ wohne und in Q._____ arbeite, und etwaige Auslagen durch seinen Arbeitgeber als Spesen zu bezahlen seien, was er als Alleinaktionär steuern könne (vgl. act. 5 S. 20 lit. i). Der Vater bringt dagegen im Wesentlichen vor, er habe vor Vorinstanz einen Teil seiner Fahrzeugkosten belegt. Der Rechnung des Strassenverkehrsamtes und dem Kontoauszug – so der Vater weiter – könne entnommen werden, dass die Verkehrsabgaben bzw. die Benzinkosten von ihm persönlich und nicht von der Aktiengesellschaft bezahlt würden. Die Mobilitätskosten seien daher, und weil er wegen der Kinderbetreuung mobil sein müsse, im Bedarf zu berücksichtigen (vgl. act. 2 S. 5 Rz 11). Die Mutter ist anderer Ansicht. Sie bringt vor, die Mobilitätskosten seien nicht zu berücksichtigen, weil die Reisezeit von D._____ nach Q._____ rund fünf Minuten betrage, und wenn der Vater für geschäftliche Zwecke auf ein Auto angewiesen sei, habe die Arbeitgeberin für die entsprechenden Spesen aufzukommen (vgl. act. 12 S. 3 f. Rz 10). Zunächst ist festzuhalten, dass im Bedarf des Vaters für die Fahrten zum Arbeitsplatz entweder die Auslagen für die Benutzung von öffentlichen Verkehrsmitteln oder Automobilkosten zu berücksichtigen sind. Selbst wenn der Arbeitsweg mit den öffentlichen Verkehrsmitteln zu bewältigen ist, ist unbestritten, dass der Vater zur Ausübung seiner Berufstätigkeit auf ein Fahrzeug angewiesen ist (vgl. Prot. VI S. 20), deren Benutzung zur Lebenshaltung gehört, und er die Kinder einmal pro Woche über Mittag betreut. Zudem liegen – wie zu zeigen sein wird – relativ komfortable finanzielle Verhältnisse vor, weshalb im Bedarf des Vaters Fahrzeugkosten berücksichtigt werden können. Die jährliche Strassenverkehrsabgabe hat der Vater belegt (vgl. act. 6/16/8/1) und beläuft sich auf rund Fr. 66.– pro Monat (= Fr. 788.– / 12). Gemäss dem vom Vater eingereichten Kontoauszug seiner BP Card für den Zeitraum von 23 Monaten (vgl. act. 6/16/8/2) betragen seine monatlichen Benzinkosten rund Fr. 242.55 (= Fr. 5'579.00 / 23). Diese Kos-

- 23 - ten blieben in der Höhe zwar unbestritten, die Mutter bringt aber in ihrer Berufung vor, dass hierfür die Arbeitgeberin des Vaters aufzukommen habe (vgl. act. 12 S. 3 f. Rz 10), während dem sie im vorinstanzlichen Verfahren noch der Ansicht war, dass ein Betrag von Fr. 300.– angemessen sei (vgl. act. 6/5 S. 9 Rz 26). In Anbetracht dessen und unter Berücksichtigung der vorliegenden finanziellen Verhältnisse sowie vor dem Hintergrund, dass im Kreisschreiben Ziffer III.3.4. ein vom Arbeitsweg abhängiger Pauschalbetrag von Fr. 100.– bis maximal Fr. 600.– pro Monat vorgesehen ist, erscheint – für die Fahrten zum Arbeitsplatz – eine Pauschale von Fr. 300.– als angemessen. Für die Auslagen im Zusammenhang mit Geschäftsfahrten hat der Arbeitgeber aufzukommen (vgl. Art. 327b OR).

E. 3.2

Die Vorinstanz berücksichtigte auf Seiten des Vaters Wohnkosten von Fr. 1'556.–, die sich aus fünf Hypotheken (Fr. 1'306.–) und einer Darlehensrückzahlung an R. _____ (Fr. 250.–) zusammensetzen. Die Mutter stellt sich – wie bereits vor Vorinstanz – auf den Standpunkt, dass die Wohnkosten lediglich Fr. 864,96 betragen würden (vgl. act. 15/2 S. 5 Rz 19 und act. 6/5 S. 7). Sie begründet dies einerseits damit, dass der Vater die Darlehensrückzahlung an R. _____ bloss behauptet, aber nicht belegt habe, und sie sowohl das Darlehen als auch die Rückzahlung bestritten habe (vgl. act. 15/2 S. 5 Rz 11-13). Andererseits wendet sie – wie bereits vor Vorinstanz – ein, dass die Hypotheken im Betrag von Fr. 89'000.– und von Fr. 40'000.– aufgrund ihrer geschäftlicher Natur nicht zu berücksichtigen seien (vgl. act. 15/2 S. 6 Rz 16 f. und act. 6/5 S. 7 f.). Die Darlehensrückzahlung geht einzig aus einer vom Vater erstellten Übersicht hervor (vgl. act. 6/16/3), und die Mutter hat den Bestand des Darlehens – bereits vor Vorinstanz (vgl. Prot. Vi S. 18 und S. 20) – bestritten. Im vorinstanzlichen Verfahren führte der Vater dazu bloss aus, der Mutter sei dieses Darlehen bekannt (vgl. Prot. Vi S. 20), und in seiner Berufungsantwort stellt der Vater die Nachreichung einer Bestätigung von R. _____ in Aussicht (bzw. offeriert er diesen als Zeugen), wonach das Darlehen in jährlichen Raten von Fr. 3'000.– zurückbezahlt werde (vgl. act. 15/12 S. 5 Rz 10). Wie gesehen erweisen sich die Vorbringen des Vaters sowohl zum Darlehen als auch zur Rückzahlung als unsubstantiiert, sie stellen mithin eine blosser und durch nichts untermauerte Parteibehauptung dar. Die Schuldensrückzahlung von Fr. 250.– monatlich ist daher im Bedarf des Vaters nicht zu berücksichtigen. Die von der Vorinstanz berücksichtigten Hypotheken gehen aus der vom Vater erstellten Übersicht und den eingereichten Belegen hervor (vgl. act. 6/16/3 und act. 6/16/4/1-5). Ob es sich beim Betrag von Fr. 40'000.– um eine Hypothek oder um ein Darlehen handelt, wie die Mutter vorbringt (vgl. act. 15/2 S. 6 Rz 17), braucht im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen nicht entschieden zu werden, zumal die Mutter weder den Bestand der Hypotheken bzw. des Darlehens noch die Bezahlung der monatlichen Hypothekarzinsen bzw. die Rückzahlung des Darlehens bestreitet, und sie behauptete auch nicht, dass das Darlehen demnächst zurückbezahlt ist. Der Einfachheit halber wird daher nur von Hypotheken gesprochen. Da die Mutter (auch) nicht in Abrede stellt, dass der Vater die streitbetroffenen Hypotheken aufgenommen hat, um den Kauf der Beteiligung an der O. _____ AG zu finanzieren bzw. um sein berufliches Fortkommen abzusichern (vgl. act. 15/2 S. 6 Rz 16, act. 6/5 S. 7 f. Rz 18, Prot. Vi S. 5), ist glaubhaft gemacht, dass diese dazu dienten, den Lebensunterhalt der Familie zu finanzieren. Die Vorinstanz hat daher die von der Mutter bestrittenen Positionen zu Recht berücksichtigt. Die Wohnkosten des Vaters betragen damit insgesamt Fr. 1'306.– (= Fr. 1'556.– ./ Fr. 250.–). Die Nebenkosten von Fr. 538.– sind unbestritten geblieben.

E. 3.3

In Bezug auf die im Bedarf des Vaters berücksichtigte Schuldabzahlung von Fr. 500.– bringt die Mutter im Wesentlichen vor, der Vater habe nicht nachvollziehbar begründet, um was für Schulden es sich handle, die er bei der S. _____ AG habe. Ihrer Ansicht nach seien dies Schulden gegenüber Dritten, die familienrechtlichen Unterhaltspflichten nachzugehen hätten, und die ohnehin bereits getilgt seien (vgl. act. 15/2 S. 6 f. Rz 18, s. auch Prot. Vi S. 18). Gemäss den Vorakten betrug im Oktober 2012 die innert 30 Tagen an S. _____ AG zu bezahlende Schuld Fr. 14'473.– (vgl. act. 6/6/44). Aus einer E-Mail-Korrespondenz zwischen der S. _____ AG und dem Vater geht hervor, dass die Schuld

per Januar 2018 noch Fr. 8'750.– betrug und sie monatliche Ratenzahlungen à Fr. 500.– vereinbart haben, wobei die erste Rate Ende Januar 2018 zu

- 25 - bezahlen war (vgl. act. 6/16/12). Vor Vorinstanz behauptete der Vater bloss, die Schulden regelmässig abzubezahlen (vgl. Prot. VI S. 5). Belege reichte er keine ein, obwohl er an der Verhandlung den Nachweis der Bezahlung der ersten Rate bzw. im Berufungsverfahren den Nachweis der folgenden Raten (Februar bis Juni 2018) ohne Weiteres hätte erbringen können. Entgegen der Vorinstanz (vgl. act. 5 S. 21 lit. k) hat der Vater damit nicht ansatzweise glaubhaft gemacht, regelmässige Zahlungen zu leisten. Die Schuldabzahlung von Fr. 500.– monatlich ist daher in seinem Bedarf nicht zu berücksichtigen. Bei diesem Ausgang kann offenbleiben, ob die Schulden für den gemeinsamen Lebensunterhalt aufgenommen worden sind und ob diese überhaupt noch bestehen.

E. 3.4

Unter Berücksichtigung der unbestritten gebliebenen Bedarfspositionen ist damit von folgendem Bedarf des Vaters auszugehen: Bedarfsposition Betrag Grundbetrag Fr. 1'350.– Miete (inkl. Nebenkosten) Fr. 1'844.– Krankenkasse KVG Fr. 331.– Gesundheitskosten Fr. 25.– Versicherungen Fr. 106.– Kommunikation Fr. 150.– Mobilitätskosten Fr. 300.– Total familienrechtlicher Notbedarf Fr. 4'106.– Krankenkasse VVG Fr. 51.– Steuern Fr. 450.– Total erweiterter Bedarf Fr. 4'607.–

E. 4

Bedarf der Kinder und der Mutter

E. 4.1

Nach der Vorinstanz beträgt der Barbedarf von K. _____ Fr. 776.– und derjenige von L. _____ Fr. 877.– (vgl. act. 5 S. 18 E. 4.3.2.). Die Parteien bestreiten die Beträge der aufgenommenen Bedarfspositionen der Kinder nicht. Der Vater ist

- 26 - jedoch der Ansicht, dass der Bedarf der Kinder anteilmässig zu verteilen sei, weil er die Kinder im Umfang von rund 45% betreue (vgl. act. 2 S. 6 Rz 14, s. auch act. 15/12 S. 6 Rz 14). Die Mutter bestreitet einzig den vom Vater vorgebrachten Betreuungsumfang (vgl. act. 12 S. 4 Rz 13).

E. 4.2

Nach dem neuen Unterhaltsrecht ist der Barbedarf der Kinder konkret festzulegen (vgl. dazu E. III.D.5.1. unten). Dazu gehören – wie auch die Vorinstanz erwog (vgl. act. 5 S. 17 E. 4.2.2.) – insbesondere der Grundbetrag des Kindes, ein Anteil an den Wohnkosten des (haupt-)betreuenden Elternteils, die Krankenkassenprämien, Drittbetreuungskosten sowie allfällige weitere Auslagen des Kindes. Die Vorinstanz bestimmte für die Kinder keinen Wohnkostenanteil (vgl. act. 5 S. 19 lit. b), berücksichtigte solche Kosten aber in nicht nachvollziehbarer Weise bei der Bestimmung des Betreuungsunterhalts (vgl. act. 5 S. 25 E. 4.8.2.). Gestützt auf die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime sind daher im Barbedarf der Kinder Wohnkosten zu berücksichtigen. Da auch der Vater die Kinder zu einem erheblichen Umfang betreut, wäre im Bedarf der Kinder ein Anteil der Wohnkosten beider Eltern zu berücksichtigen. Da die auf den Vater entfallenden Wohnkosten aber ohnehin von ihm zu tragen sind, sind die (gesamten) Wohnkosten in seinem Bedarf zu belassen. Es erscheint angemessen, die Wohnkosten (inkl. Nebenkosten) der Mutter zu je einem Viertel im Bedarf der Kinder zu berücksichtigen. Den Kindern ist somit je ein Betrag von Fr.

515.– als Mietanteil anzurechnen und der Mutter einen solchen von Fr. 1'030.–. Welche im Bedarf der Kinder berücksichtigte Kosten aufzuteilen sind bzw. welche Barauslagen vom Vater getragen werden, legt der Vater weder dar noch ist dies ersichtlich. Eine Aufteilung des ohnehin knapp bemessenen Grundbetrages kommt bei diesen finanziellen Verhältnissen nicht in Frage. Dem Betreuungsumfang kann aber im Rahmen der Überschussverteilung Rechnung getragen werden (siehe E. III.D.5.2. unten).

- 27 -

E. 4.3

Aufgrund der Anpassung der Mietkosten präsentiert sich der Bedarf der Mutter wie folgt: Bedarfsposition Betrag Grundbetrag Fr. 1'350.– Miete (inkl. Nebenkosten; ohne Anteil Kinder) Fr. 1'030.– Krankenkasse KVG Fr. 357.– Gesundheitskosten Fr. 25.– Versicherungen Fr. 65.– Kommunikation Fr. 150.– Total familienrechtlicher Notbedarf Fr. 2'977.– Krankenkasse VVG Fr. 46.– Steuern Fr. 450.– Total erweiterter Bedarf Fr. 3'473.–

E. 4.4

Auf Seiten der Kinder ist neu von folgendem Barbedarf auszugehen: Bedarfsposition Betrag K. _____ Betrag L. _____ Grundbetrag Fr. 600.– Fr. 600.– Mietanteil Mutter (inkl. Nebenkosten) Fr. 515.– Fr. 515.– Krankenkasse KVG und VVG Fr. 99.– Fr. 99.– Kommunikation Fr. 25.– Fr. 25.– Hobbies/Freizeit Fr. 52.– Fr. 153.– Total Barbedarf (gerundet) Fr. 1'291.– Fr. 1'392.–

E. 5

Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

E. 5.1

Am 1. Januar 2017 sind die neuen Bestimmungen zum Kindesunterhaltsrecht in Kraft getreten. Unter neuem Recht ist der Unterhaltsanspruch des Ehegatten klar vom Unterhaltsanspruch der Kinder zu unterscheiden, d.h. der Bedarf

- 28 - der Kinder ist nicht mehr beim betreuenden Elternteil einzurechnen, sondern separat auszuweisen. Nach Art. 285 Abs. 1 und 2 ZGB soll der Unterhaltsbeitrag den Bedürfnissen des Kindes sowie der Lebensstellung und Leistungsfähigkeit der Eltern entsprechen. Dabei sind das Vermögen und die Einkünfte des Kindes zu berücksichtigen. Der Unterhaltsbeitrag dient neu auch der Gewährleistung der Betreuung des Kindes durch die Eltern oder Dritte. Jedes Kind soll dadurch von den bestmöglichen Betreuungsverhältnissen profitieren können. Somit ist beim Kindesunterhalt neuerdings zwischen dem Barunterhalt und dem Betreuungsunterhalt zu unterscheiden. Der Barunterhalt dient zur Deckung der direkten Kinderkosten (Ernährung, Unterkunft, Bekleidung, Krankenkassenprämien, Fremdbetreuung, etc.). Der Betreuungsunterhalt deckt die indirekten Kosten, welche durch die persönliche Betreuung durch einen Elternteil entstehen. Der Betreuungsunterhalt umfasst grundsätzlich die Lebenshaltungskosten der Hauptbetreuungsperson – die grundsätzlich dem familienrechtlichen Existenzminimum entsprechen und das je nach den finanziellen Verhältnissen um die VVG-Prämien sowie um die auf den Lebenshaltungskosten berechneten Steuern erweitert werden können –, abzüglich deren selbst erwirtschafteten Einkommens. Darüber hinaus gehende Nachteile (erschwerter Wiedereinstieg, reduzierte berufliche Entwicklungsmöglichkeiten etc.) sind ebenso wie ein allfälliger höherer

Lebensstandard weiterhin im Rahmen des (nach-)ehelichen Unterhalts zu berücksichtigen, da diese über den Betreuungsunterhalt nicht abgegolten werden (vgl. zum Betreuungsunterhalt etwa BGer 5A_454/2017 E. 7 [zur Publikation vorgesehen], OGer ZH LY170010 vom 11. August 2017, OGer ZH LE170011 vom 6. September 2017, OGer ZH LC160041 vom 23. Juni 2017 E. II.10., vgl. BOTSCHAFT, zur Änderung des ZGB vom 29. November 2013, BBl 2014, S. 529 ff. S. 554, S. 556, S. 578 f.). Bei der konkreten Unterhaltsberechnung ist vorab der familiäre Notbedarf des Unterhaltspflichtigen zu decken. Die danach zur Verfügung stehenden Mittel sind zunächst für den Barbedarf der Kinder und danach für den Betreuungsunterhalt aufzuwenden. Sollte der familiäre Notbedarf der unterhaltsberechtigten Partei nicht bereits von ihrem eigenen Einkommen bzw. vom Betreuungsunterhalt gedeckt sein, sind die seitens der unterhaltsverpflichteten Person noch vorhandenen Mittel dazu zu verwenden. Danach ist der erweiterte Bedarf beider Parteien im

- 29 - gleichen Verhältnis zu decken und schliesslich ein allenfalls noch vorhandener Überschuss zu verteilen.

E. 5.2

Aktualisiert um die neuen Einkommens- und Bedarfswerte ergeben sich folgende Unterhaltsbeiträge: Bei einem Einkommen von Fr. 8'631.– und einem familienrechtlichen Notbedarf von Fr. 4'106.– resultiert eine Leistungsfähigkeit des Vaters von Fr. 4'525.–. Der Barbedarf der beiden Kinder (abzüglich je Fr. 200.– Kinderzulagen) beläuft sich auf Fr. 2'283.– (= Fr. 1'091 + Fr. 1'192.–). Die Lebenshaltungskosten der Mutter, die hier ihrem familienrechtlichen Notbedarf entsprechen, betragen Fr. 2'977.–. Da die Mutter ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 3'948.– erzielt, ist – wie auch der Vater vorbringt (vgl. act. 2 S. 6 Rz 14) – kein Betreuungsunterhalt geschuldet. Ein solcher wäre hier im Übrigen auch nicht geschuldet, wenn die Lebenshaltungskosten der Mutter um die VVG-Prämien (Fr. 46.–) sowie die Steuern (Fr. 450.–) erweitert würden. Nach Deckung des familienrechtlichen Notbedarfs der Mutter sowie des Vaters und des Barbedarfs der Kinder verbleiben den Eltern monatlich Fr. 3'213.– um ihren erweiterten Bedarf von zusätzlich Fr. 496.– (Mutter) bzw. Fr. 501.– (Vater) zu decken. Es resultiert ein Gesamtüberschuss von Fr. 2'216.–. Die Mutter trägt am Gesamtüberschuss mit Fr. 475.– bei und der Vater mit Fr. 1'741.–. Gesamteinkommen der Eltern Fr. 12'579.– ./.

familienrechtlicher Notbedarf des Vaters Fr. 4'106.– ./.

familienrechtlicher Notbedarf der Mutter Fr. 2'977.– ./.

Barbedarf der Kinder Fr. 2'283.– ./.

erweiterter Bedarf des Vaters Fr. 501.– ./.

erweiterter Bedarf der Mutter Fr. 496.– = Gesamtüberschuss Fr. 2'216.–

Einkommen der Mutter Fr. 3'948.–

Einkommen des Vaters Fr. 8'631.– ./.

Gesamtbedarf der Mutter Fr. 3'473.– ./.

Gesamtbedarf des Vaters Fr. 4'607.–

- 30 - = Überschuss der Mutter Fr. 475.– ./.

Barbedarf der Kinder Fr. 2'283.– = Überschuss des Vaters Fr. 1'741.–

Die Mutter beantragt vom Gesamtüberschuss einen Anteil von 30% für sich und einen solchen von je 20% für die Kinder (vgl. act. 15/2 S. 7 f. Rz 22 f.). Da sich der Vater in seiner Berufungsantwort dazu nicht äusserte, wäre von dieser Aufteilung auszugehen. Wie aber bereits im Zusammenhang mit der Aufteilung des Grundbetrages der Kinder ausgeführt wurde, ist dem Betreuungsumfang des Vaters bzw. den beim Vater anfallenden Kinderkosten, die den Alltag betreffen, insoweit Rechnung zu tragen, als ihm ein etwas höherer und den Kindern ein etwas tieferer Anteil am Überschuss zustehen soll (vgl. E. III.D.4.2. oben). Es rechtfertigt sich daher, den Gesamtüberschuss im Verhältnis von 30 (Mutter) : 15 (K. _____) : 15 (L. _____) : 40 (Vater) aufzuteilen. Der Anteil am

Gesamtüberschuss von Fr. 2'216.– der Mutter beträgt – rein rechnerisch – Fr. 665.– (30%), derjenige der Kinder je Fr. 332.– (15%) und derjenige des Vaters Fr. 887.– (40%). Da beide Eltern einen Überschuss aufweisen und sie gemeinsam, jeder nach seinen Kräften, für den gebührenden Unterhalt der Familie bzw. des Kindes zu sorgen haben (vgl. Art. 163 Abs. 1 und Art. 276 Abs. 2 ZGB), berechnen sich die effektiven Ansprüche am Gesamtüberschuss nach den folgenden Grundsätzen: Der unterhaltspflichtige Elternteil hat die Überschussanteile der unterhaltsberechtigten Personen mit den Mitteln zu finanzieren, die ihm über seinen eigenen Anteil hinaus verbleiben. Der unterhaltsberechtigte Elternteil trägt im Rahmen seiner finanziellen Mittel proportional zu diesen Überschussanteilen bei. Für den vorliegenden Fall bedeutet dies Folgendes: Zur Finanzierung der Überschussanteile der Mutter und der Kinder stehen dem Vater Fr. 854.– zur Verfügung (= Fr. 1'741.– ./ Fr. 887.–). Die Überschussanteile der Mutter (Fr. 665.–) und der Kinder (je Fr. 332.–) stehen in einem Verhältnis von 50:25:25 zueinander. Die Mutter hat mit ihrem Überschuss (Fr. 475.–) an der Finanzierung ihres Anteils mit Fr. 237.– beizutragen und an denjenigen der Kindern mit je Fr. 119.–. Damit

- 31 - hat die Mutter gegenüber dem Vater Anspruch auf Fr. 428.– (= Fr. 665.– ./ Fr. 237.–) und die Kinder auf je Fr. 213.– (= Fr. 332.– ./ Fr. 119.–).

E. 5.3

Nach dem Dargelegten hat K. _____ Anspruch auf einen Unterhalt von monatlich Fr. 1'304.– (= Barbedarf von Fr. 1'091.– + Fr. 213.– Anteil Überschuss) und L. _____ auf einen solchen von monatlich Fr. 1'405.– (= Barbedarf von Fr. 1'192.– + Fr. 213.– Anteil Überschuss), je zuzüglich allfälliger vertraglicher und/oder gesetzlicher Kinder- bzw. Ausbildungszulagen. Der Unterhaltsanspruch der Mutter beträgt monatlich Fr. 428.–. In teilweiser Gutheissung der Berufungen ist der Vater für die Dauer des Scheidungsverfahrens zur Bezahlung dieser Unterhaltsbeiträge zu verpflichten und zwar rückwirkend per 1. Februar 2018. Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass aus den Ausführungen des Vaters nicht einmal rudimentär hervorgeht, inwiefern in Bezug auf den Entscheid über den Unterhalt eine Verletzung der Begründungspflicht und damit des rechtlichen Gehörs vorliegen sollte (vgl. act. 2 S. 3 Rz 5). Von da her und infolge Neuberechnung des Unterhalts erübrigen sich Weiterungen dazu. IV. (Kosten- und Entschädigungsfolgen) 1. Die Vorinstanz behielt in Anwendung von Art. 104 Abs. 3 ZPO den Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dem Endentscheid vor, was nicht angefochten wurde. Demgegenüber ist über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens nicht erst mit dem erstinstanzlichen Entscheid in der Hauptsache (vgl. Art. 104 Abs. 1 ZPO), sondern bereits an dieser Stelle zu befinden. 2. Grundlage für die Festsetzung der Entscheidgebühr bilden der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse, der Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falls (vgl. § 2 Abs. 1 GebV OG i.V.m. Art. 96 ZPO). Ausgangspunkt der Kostenberechnung für das Berufungsverfahren ist § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 6 Abs. 1 und § 5 Abs. 1 GebV OG, wonach die Gebühr grundsätzlich nach den für die Vorinstanz geltenden Bestimmungen bemessen wird und bei

- 32 - nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten in der Regel Fr. 300.– bis Fr. 13'000.– beträgt. In Nachachtung der genannten Grundsätze und unter Berücksichtigung, dass über zwei Berufungen entschieden wird, erscheint eine Entscheidgebühr von Fr. 3'000.– als angemessen. 3. Die Kosten werden in der Regel nach Obsiegen und Unterliegen verteilt (vgl. Art. 106 ZPO. In familienrechtlichen Verfahren kann davon abgewichen werden (Art.

107 Abs. 1 lit. c ZPO). Geht es um Kinderbelange, werden die Kosten nach der Praxis der Kammer im Regelfall den Eltern hälftig auferlegt. Der Vater unterliegt sowohl mit seinem Antrag auf Rückweisung als auch auf Änderung der Konfliktregelung vollumfänglich. Hinsichtlich des Streitpunktes der Obhut unterliegen beide Parteien. Was den Ehegatten- und Kinderunterhalt anbelangt, obsiegt der Vater nur in Bezug auf das Einkommen der Mutter und auf seinen Bedarf. Im Resultat wird er zur Leistung eines Ehegattenunterhalts und insgesamt zu leicht höheren Unterhaltsbeiträgen verpflichtet, als sie von der Vorinstanz festgesetzt worden sind. Entsprechend diesem Verfahrensausgang und unter Berücksichtigung der Kostenteilung in Kinderbelangen erscheint es angemessen, dem Vater die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens zu 2/3 und der Mutter zu 1/3 aufzuerlegen. Die Gerichtskosten sind mit den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen von je Fr. 1'500.– zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO), und der Vater ist zu verpflichten, der Mutter ihren Vorschuss im Umfang von Fr. 500.– zu ersetzen (vgl. Art. 111 Abs. 2 ZPO). 4. Der Mutter ist sodann eine im Verhältnis des Unterliegens auf 2/3 reduzierte Parteientschädigung zuzusprechen. Eine volle Parteientschädigung würde gestützt auf § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1, § 9, § 11 Abs. 1 und 2 sowie § 13 Abs. 1 Anw-GebV rund Fr. 3'300.– (7.7 % Mehrwertsteuer inbegriffen) betragen. Entsprechend ist der Vater zu verpflichten, der Mutter eine reduzierte Parteientschädigung von gesamthaft Fr. 2'200.– zu bezahlen.

- 33 - Es wird erkannt: 1. In teilweiser Gutheissung der Berufungen der Parteien werden die Dispositiv-Ziffern 3, 4 und 5 der Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 5. Februar 2018 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt: " 3. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, für die Dauer des Scheidungsverfahrens für die Kinder folgende monatliche Unterhaltsbeiträge (zzgl. allfälliger Familien-, Kinder- und Ausbildungszulagen) zu bezahlen: für K. _____ (geb. tt.mm.2006): Fr. 1'304.– rückwirkend ab 1. Februar 2018 und für L. _____ (geb. tt.mm.2007): Fr. 1'405.– rückwirkend ab 1. Februar 2018. Die Unterhaltsbeiträge sind an die Gesuchstellerin zahlbar und zwar im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats. 4. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, für die Dauer des Scheidungsverfahrens der Gesuchstellerin rückwirkend ab 1. Februar 2018 persönliche Unterhaltsbeiträge von monatlich Fr. 428.– zu bezahlen. Die Unterhaltsbeiträge sind an die Gesuchstellerin zahlbar und zwar im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats.

E. 6

Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder

- 35 - Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. O. Canal versandt am:

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