

ZH_OBERGERICHT LY180025 vom 13. November 2018

ZH Obergericht, 2018-11-13, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY180025

FR: ZH_OBERGERICHT LY180025 du 13 novembre 2018

IT: ZH_OBERGERICHT LY180025 del 13 novembre 2018

Erwägungen

E. 1

Die Parteien haben am tt. Januar 2012 geheiratet. Am tt.mm.2012 kam Tochter C._____ und am tt.mm.2013 der Sohn D._____ zur Welt. Seit dem 26. Februar 2017 leben die Parteien getrennt. Der Gesuchsteller zog aus der ehe-lichen Wohnung an der E._____-Strasse in ... Zürich aus und bezog, um weiter-hin eine enge Beziehung zu den Kindern aufrechtzuerhalten, in unmittelbarer Nä- he an der F._____-Strasse eine Wohnung. Am 28. April 2017 reichten die Partei- en ein gemeinsames Scheidungsbegehren ein. Gleichzeitig stellte die Gesuch- stellerin Anträge zur Anordnung von vorsorglichen Massnahmen. Für den weite- ren Prozessverlauf ist auf die angefochtene Verfügung zu verweisen (Urk. 69 S. 6 f.). Per 1. Juni 2017 zog die Gesuchstellerin mit den Kindern nach G._____. Am 30. Januar 2018 erliess die Vorinstanz den vorstehend wiedergegebenen Ent- scheid, wogegen der Gesuchsteller und Berufungskläger (fortan Gesuchsteller) am 22. Mai 2018 rechtzeitig Berufung erhob. Er leistete fristgerecht den Kosten- vorschuss (Urk. 73 und 74). Die Berufungsantwort datiert vom 6. Juli 2018 (Urk. 77). Mit Eingabe vom 30. Juli 2018 reichte der Gesuchsteller zur Berufungs- antwort eine Stellungnahme ein (Urk. 83), welche am 9. August 2018 der Ge- suchstellerin und Berufungsbeklagten (fortan Gesuchstellerin) zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (Urk. 69).

E. 1.1

Die Vorinstanz erwog, der Gesuchsteller arbeite als selbständiger Verkehrs- ingenieur bzw. als Geschäftsführer seiner zur Ausübung dieser Tätigkeit gegrün- deten Firma H._____ GmbH. Die Parteien seien sich einig, dass er im Jahr 2014 ein steuerbares Nettoeinkommen von Fr. 152'860.–, im Jahr 2015 ein solches von Fr. 193'254.– und im Jahr 2016 ein solches von Fr. 140'869.– ausgewiesen habe. Dazuzurechnen sei vom Gesuchsteller tatsächlich erwirtschaftetes Einkommen, welches aus Gründen der Steuer- bzw. Vorsorgeoptimierung fiktiv über die H._____ GmbH zugunsten der Gesuchstellerin abgerechnet worden sei. Nicht zu berücksichtigen sei jedoch das tatsächlich von der Gesuchstellerin als Buchhalte- rin erzielte Einkommen von Fr. 12'000.–. Entsprechend seien für 2014 Fr. 10'240.–, für 2015 Fr. 18'562.45 und für 2016 Fr. 61'529.– hinzuzurechnen. In den Jahren 2014 bis 2016 habe der Gesuchsteller ein durchschnittliches Netto-

- 18 - Jahreseinkommen von Fr. 192'438.15 erzielt, was umgerechnet rund Fr. 16'000.– monatlich ergebe. Dieses Einkommen wurde dem angefochtenen Entscheid zugrunde gelegt. Die Berücksichtigung des Jahresabschlusses 2017 verneinte die Vorinstanz mit folgender Begründung: Betreffend das Jahr 2017 mache der Gesuchsteller gel- tend, dass sich der Jahresumsatz seiner H._____ GmbH im laufenden Jahr mas- siv reduzieren werde, da seine bisher grösste Kundin, die ... Eisenbahninfrastruk- turgesellschaft "I._____" aufgrund eines neuen europäischen Rahmenvertrags zusätzliche Anforderungen an die von ihr beauftragten Unternehmen stelle (Min- destanzahl Angestellte, Organisationsform),

welche die Firma des Gesuchstellers nicht mehr erfüllen könne. Er rechne für das Jahr 2017 mit einem Jahreseinkommen von lediglich noch ca. Fr. 105'000.– netto. Dem Einwand des Gesuchstellers, bei den Jahren 2015 und 2016 habe es sich um nicht repräsentative 'Ausreisser-jahre' gehandelt, welche bei der Einkommensermittlung ausser Acht zu lassen seien, könne nicht gefolgt werden. Die weitgehend unbestrittenen Einkommens-zahlen in den Jahren 2014-2016 würden immerhin einen längeren Zeitraum ab-decken. Der Gesuchsteller sei ein bekannter und gefragter Spezialist auf seinem Gebiet. Es erscheine daher wenig glaubhaft, dass sich sein Einkommen im Jahr 2017 plötzlich und dauerhaft auf nur noch Fr. 105'000.– geradezu halbieren sollte. Selbst wenn seine Firma grosse Aufträge der bisherigen Grosskundin I._____ verloren haben sollte, wäre zu erwarten, dass der Gesuchsteller diesen Ausfall aufgrund seiner nationalen und internationalen Kontakte zumindest teilweise hälftig hätte auffangen können. Der vom Gesuchsteller vorgelegte Zwischenab-schluss der H._____ GmbH per Ende September 2017 werfe insbesondere die von der Gesuchstellerin aufgeworfenen Fragen nach der Verbuchung von ange-fangenen Arbeiten sowie den erfolgten, bereits erheblichen Eigenbezügen des Gesuchstellers auf, welche der Gesuchsteller in seiner anschliessenden Stellung-nahme jedoch unbeantwortet gelassen habe. Einen (provisorischen) Jahresab-schluss 2017 habe der Gesuchsteller demgegenüber nicht vorgelegt, angeblich, weil der Treuhänder noch keine Zeit gefunden habe. Aus all diesen Gründen er-scheine es nicht glaubhaft, dass sich das Einkommen im Jahr 2017 gegenüber

- 19 - den Vorjahren massgeblich und dauerhaft reduziert habe (Urk. 69 S. 32 f.). Entsprechend liess die Vorinstanz das Einkommen 2017 ausser Betracht.

E. 1.2

Der Gesuchsteller rügt, er habe vor Vorinstanz dargelegt, dass der Umsatz seiner GmbH im Jahr 2017 erheblich zurückgegangen sei und dass darum auf ein mittleres Einkommen der Jahre 2014 - 2017 abzustellen sei. Er sei Ingenieur ETH und spezialisiert auf ...

[Umschreibung der Spezialisierung] etc. Er habe, wie vor Vorinstanz ausgeführt, aufgrund eines neuen europäischen Rahmenvertrags mit einem neuen Vergabeverfahren (öffentliche Ausschreibung) für 2017 von der I._____ keine oder nur noch wenige kleine dringende Aufträge erhalten. Er bemü-he sich intensiv um die Akquisition neuer Aufträge und Kunden, habe aber noch keine neuen Aufträge erhalten können, welche die Einbusse durch den Wegfall der Grosskunden ausgleichen könnten. Der Abschluss des Geschäftsjahres 2017 sei im Urteilszeitpunkt noch nicht vorgelegen. Der Treuhänder sei wegen notori-scher Arbeitsüberlastung Ende 2017/Anfang 2018 nicht in der Lage gewesen, den Abschluss zu erstellen. Mittlerweile lägen der Abschluss sowie die Lohnausweise für die Gesuchstellerin und den Gesuchsteller vor. Bei schwankenden Einkom-men, insbesondere bei Selbständigerwerbenden, sei nach der Rechtsprechung auf den Durchschnitt einer als massgebend erachteten Zeitspanne - in der Regel der letzten drei Jahre - abzustellen. Bei stärkeren Schwankungen oder unklarer Grundlagen sei ggf. eine längere Periode herbeizuziehen. Der Gesuchsteller habe stichhaltige und nachvollziehbare Gründe angeben können, weshalb das Ein-kommen aus seiner GmbH nach zwei ausserordentlich guten Jahren erheblich gesunken sei. Unter Berücksichtigung der Jahre 2014 - 2017 bzw. des Nettojah-reseinkommens 2017 von Fr. 119'704.– sei von einem durchschnittlichen Netto-einkommen von Fr. 174'254.60 bzw. von rund Fr. 14'521.– bzw. abzüglich der Kinderzulagen von Fr. 14'121.– auszugehen (Urk. 68 S. 26). Die Vorinstanz erhe-be zudem zu Unrecht Zweifel an der Buchhaltung und werfe ihm vor, die Verbu-chung laufender

Arbeiten erfolge nicht nach allzu strengen, unabänderlichen Kriterien. Er habe die Grundsätze der Verbuchung erläutert: Massgebend für die Verbuchung sei das Datum der erbrachten Leistungen, unabhängig davon, wann Rechnung gestellt werde. Abgesehen davon würde es dem Gesuchsteller nichts bringen, Leistungen ins Jahr 2018 zu verschieben, da im Rahmen der 2019 zu

- 20 - erwartenden Scheidung der Parteien diese Einkünfte dannzumal gleichfalls berücksichtigt würden (Urk. 67 S. 26 f.).

E. 1.3

Die Gesuchstellerin macht geltend, es sei nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz auf die weitgehend unbestrittenen, im Recht liegenden drei Jahresabschlüsse 2014 bis 2016 abgestellt habe (Urk. 77 S. 30). Beim neu eingereichten Jahresabschluss 2017 handle es sich um ein unzulässiges Novum. Es wäre dem Gesuchsteller zumutbar gewesen, diesen Abschluss bereits anlässlich der Verhandlung vom 30. Januar 2018 ins Recht zu legen. Die geltend gemachte notorische Überbelastung des Treuhänders reiche nicht aus, um die verzögerte Einreichung zu rechtfertigen. Sowohl der Zwischenabschluss wie auch der neu eingereichte Jahresabschluss 2017 hätten keine eigentliche Aussagekraft. Beide würden nach wie vor einige Unklarheiten aufwerfen. Überdies müsste 2017, wenn überhaupt, als negatives Ausreisserjahr für die Berechnung des Nettoeinkommens eines Selbständigerwerbenden nicht mitberücksichtigt werden (Urk. 77 S. 26 ff.).

E. 1.4

Die Rechtzeitigkeit der im Berufungsverfahren eingereichten Jahresschlussrechnung 2017 ist mit Blick auf die neueste bundesgerichtliche Rechtsprechung zu bejahen. Das Bundesgericht hat in einem zur Publikation vorgesehenen Entscheid vom 2. Juli 2018 entschieden, dass im Bereiche des strengen Untersuchungsgrundsatzes gemäss Art. 296 ZPO die Parteien mit der Berufung Noven vortragen können, auch wenn die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt sind (BGer 5A_788/2017 vom 2. Juli 2018, E. 4.2.1).

E. 1.5

Der Gesuchsteller ist bei seiner GmbH angestellt und bezieht einen Lohn. Faktisch kommt ihm die Stellung eines Selbständigerwerbenden zu. Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit der Reingewinn, der entweder als Vermögensstandsgewinn (Differenz zwischen dem Eigenkapital am Ende des laufenden und am Ende des vorangegangenen Geschäftsjahres) oder als Gewinn in einer ordnungsgemässen Gewinn- und Verlustrechnung ausgewiesen wird. Weil bei selbständiger Erwerbstätigkeit die finanzielle Verflechtung zwischen Unternehmerhaushalt und Unternehmung gross und intensiv ist und weil der Gewinnausweis sich relativ leicht be-

- 21 - einflussen lässt, kann sich die Bestimmung der Leistungskraft eines Selbständigerwerbenden als schwierig erweisen. Um ein einigermaßen zuverlässiges Resultat zu erreichen und namentlich um Einkommensschwankungen Rechnung zu tragen, sollte auf das Durchschnittsnettoeinkommen mehrerer – in der Regel der letzten drei und bei grösseren Schwankungen allenfalls mehr – Jahre abgestellt werden. Auffällige, d.h. besonders gute oder besonders schlechte Abschlüsse, können unter Umständen ausser Betracht bleiben. Nur bei stetig sinkenden oder steigenden Erträgen gilt der Gewinn des

letzten Jahres als massgebendes Einkommen, korrigiert insbesondere durch Aufrechnungen von ausserordentlichen Abschreibungen, unbegründeten Rückstellungen und Privatbezügen. Gleichermaßen müssen in der Jahresrechnung ausgewiesene, rein buchmässige, d.h. nicht liquiditätswirksame Einnahmen, wie z.B. die Auflösung von Rückstellungen, denen keine entsprechende Ausgabenposition gegenübersteht, bei der Ermittlung des massgeblichen Einkommens unberücksichtigt bleiben (BGE 143 III 617 E. 5.1 m.w.H.).

E. 1.6

Die Vorinstanz hat auf die ausgewiesenen und im Recht liegenden Jahresabschlüsse der Jahre 2014 bis 2016 abgestellt. Damit ist sie im Sinne der erwähnten Rechtsprechung verfahren. Die bereits der Vorinstanz eingereichte provisorische Jahresrechnung per 30. September 2017 weist einen Lohnaufwand von Fr. 50'981.– aus (Urk. 37/1). Davon entfallen auf den Gesuchsteller gemäss Bescheinigung Jahreslohnabrechnung 1.1.-30.9.2017 Fr. 44'500.– (Urk. 37/4) und auf die Gesuchstellerin (1.1.-31.5.2017) Fr. 6'481.– (Urk. 37/5). Ein Bruttolohn von Fr. 44'500.– für neun Monate entspricht einem mittleren Wert von brutto Fr. 4'944.– bzw. von netto Fr. 4'174.– (Urk. 37/4). Der Gesuchsteller erwähnte jedoch vor Vorinstanz mit keinem Wort, dass er sich aufgrund des schlechten Geschäftsganges im Jahr 2017 lediglich rund Fr. 4'200.– monatlich habe ausbezahlen können. Dies kann nur so verstanden werden, dass der Gesuchsteller wesentliche private Ausgaben über seine Consulting-Firma abgerechnet haben muss. Dies entgegen seinen Angaben vor Vorinstanz, wonach lediglich kleinere Auslagen wie die Kommunikationskosten und ein Mietanteil von Fr. 200.– von der H._____ GmbH bezahlt würden

- 22 - (Prot. I S. 28 f.). Umgekehrt wird in der neu eingereichten Erfolgsrechnung 2017 ein Lohnaufwand von Fr. 141'412.– ausgewiesen (Urk. 72/4 Anhang). Das würde einem Betrag von Fr. 90'431.– für das letzte Quartal 2017 (Fr. 141'412.– - Fr. 50'981.–) bzw. einem monatlichen Wert von Fr. 30'144.– entsprechen. Dies spricht gegen die Annahme, dass für das Jahr 2017 auf die deklarierten Beträge abgestellt werden kann. Diese Annahme wird auch dadurch gestützt, als in der vom Gesuchsteller eingereichten Bilanz per 30.09.2017 das "Kontokorrent Geschäftsführer" einen Saldo von Fr. 107'099.57 ausweist (Urk. 37/2), eine entsprechende Position sich aber in der eingereichten Bilanz per 31.12.2017 nicht findet (Urk. 72/4), jedenfalls nicht als solche deklariert. Zwar ist glaubhaft, dass der Gesuchsteller aufgrund von neuen europäischen Rahmenverträgen bedeutende Aufträge verloren hat. Gleichwohl lässt der Umstand, dass der Gesuchsteller bereits an der Verhandlung vom 11. Juli 2017 mit einem wesentlich tieferen Jahreseinkommen von Fr. 151'000.– rechnete und sich einen mittleren Wert von Fr. 14'500.– (Urk. 22 S. 19) anrechnen liess, einen Betrag nämlich, der exakt demjenigen entspricht, den er nun aufgrund des im Berufungsverfahren eingereichten Jahresabschlusses 2017 geltend macht (Urk. 68 S. 26), doch Zweifel wecken, ob sich der Gesuchsteller im zweiten Halbjahr 2017 genügend intensiv um neue Aufträge bemüht hat. Denn was seine Akquisitionsbemühungen angeht, legt der Gesuchsteller nicht substantiiert dar, wo und wann er solche Bemühungen angestrebt hat (Urk. 68 S. 23, S. 25). Mit dem Verweis auf vorinstanzliche Aktenstücke genügt er seiner Begründungspflicht nicht. Nach dem Gesagten ist in Übereinstimmung mit der Vorinstanz nicht auf die (provisorische) bzw. definitive Jahresrechnung 2017 abzustellen. Im Übrigen können gemäss Rechtsprechung besonders schlechte Abschlüsse ausser Betracht bleiben. Dass es sich um stetig sinkende Erträge handelt, ist nicht erstellt.

Der Gesuchsteller räumt selbst ein, dass er zuversichtlich sei, dass der Umsatz der Firma 2018 wieder gesteigert werden könne (Urk. 68 S. 25), was gegen einen andauernden Abwärtstrend spricht.

E. 1.7

Dem Gesuchsteller ist daher das Einkommen gemäss Vorinstanz von Fr. 16'000.– pro Monat anzurechnen.

- 23 - 2. Einkommen Gesuchstellerin Gemäss angefochtenem Entscheid beträgt das monatliche Einkommen der Gesuchstellerin Fr. 4'500.– netto (Urk. 69 S. 30). Die Gesuchstellerin macht geltend, wenn dem Gesuchsteller ein tieferes Einkommen angerechnet werden sollte, seien ihr auch nur die effektiv ausbezahlten Fr. 2'500.– aus Liegenschaftenertrag anzurechnen. Sie habe vor Vorinstanz wiederholt ausgeführt, dass ihr nur Erträge im Umfang von Fr. 2'500.– netto ausbezahlt würden, da sie gegen den bestehenden Willen der anderen beiden Mitbeteiligten keine weiteren Erträge realisieren könne (Urk. 77 S. 33). Da das Einkommen des Gesuchstellers nicht zu korrigieren ist, bleibt es auch bei einem anrechenbaren Nettoeinkommen der Gesuchstellerin von Fr. 4'500.–. 3. Bedarf Gesuchsteller Die Vorinstanz veranschlagte den Bedarf des Gesuchstellers auf Fr. 8'275.– (Urk. S. 34). Für den Fall, dass das Einkommen reduziert würde, moniert die Gesuchstellerin die Position Steuern in der Höhe von Fr. 600.– (Urk. 77 S. 33). Da es beim angefochtenen Einkommen bleibt, ist auch das Steuerbetreffnis nicht zu überprüfen. Es bleibt beim vorinstanzlichen Bedarf. 4. Bedarf Gesuchstellerin und Bedarf Kinder Der Bedarf der Gesuchstellerin von Fr. 7'350.– und derjenige der beiden Kinder von je Fr. 1'700.– (Urk. 69 S. 34) sind nicht bestritten. 5. Unterhaltsbeitrag

E. 2

Im Berufungsverfahren ist die Besuchsrechtsordnung strittig. Der Gesuchsteller hält an einem Betreuungsrecht während der Hälfte der Freizeit, konkret an

- 10 - jedem zweiten Wochenende und während der Hälfte der schulfreien Tage und der Schulferien, fest (Urk. 68 S. 2, 17). Die elterliche Obhut ist nicht Thema der Berufung. Entsprechend ist auf die Ausführungen der Parteien nur insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung nötig ist.

E. 3

Der Gesuchsteller verweist vorab auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach die Praxis zu einer Ausweitung des Besuchsrechts tendiere und darauf, dass in der Romandie und im Tessin schon längst die hälftige Aufteilung der Wochenenden, Feiertage und Schulferien als Regel gelten würden (Urk. 68 S. 9 f.). Er reicht ferner ein Kurzgutachten zum Thema "Das angemessene Besuchs- und Ferienrecht" zu den Akten (Urk. 72/3). Der Gesuchsteller kritisiert, die Vorinstanz schenke dem massgebenden Kriterium - dem Kindeswohl - ungenügend Beachtung. Sie würdige den Einzelfall lediglich mit dem knappen Verweis auf die "anerkanntswerten Bemühungen" des Vaters und auf die bisher problemlos verlaufenen Ferienbesuche. Für die Feststellung des Kindeswohls sei vorab die Meinung der Kinder abzuholen und eine Kinderanhörung durchzuführen. Würden die Kinder bestätigen, zum Vater eine gute Beziehung zu haben resp. gerne Zeit mit ihm verbringen zu wollen, so sei das Betreuungsrecht vor diesem Hintergrund in bestmöglicher Wahrung des Kindeswohls zu bemessen. Dies müsse bedeuten, ein grosszügiges Wochenend- und Ferienbetreuungsrecht zu gewähren, so dass die Kinder

ihre Freizeit gleichbemessen mit beiden Elternteilen verbringen könnten. Die Erziehungsfähigkeit sei zweifellos gegeben. Der Gesuchsteller habe sodann überzeugend dargetan, dass er als hauptsächlich mit Planungs- und Beratungsaufgaben befasster Selbständigerwerbender mit nur punktuellen Kundenkontakten ohne weiteres in der Lage sei, die ihm zukommenden Zeitfenster mit den Kindern freizuhalten und sich Zeit für ihre Betreuung nehmen zu können. Seit Aufnahme des Getrenntlebens habe der Gesuchsteller die Kinder ausser jedes zweite Wochenende während folgender Zeiten betreut: Sommerferien 21. Juli bis 30. Juli 2017, Herbstferien 13. Oktober bis 20. Oktober 2017, Weihnachtsferien 29. Dezember 2017 bis 2. Januar 2018, Sportferien 9. bis 16. Februar 2018, Ostern 29. März bis 2. April 2018, Frühlingsferien 27. April bis 4. Mai 2018 (Urk. 68 S. 12 f.).

- 11 - Weiter macht der Gesuchsteller geltend, auch die Wochenendbetreuungszeiten seien grosszügig zu bemessen, von Freitagmittag, Schulschluss, bis Sonntagabend, 19 Uhr. So könnten die Kinder in Ruhe beim Vater ankommen und mit ihm zwei ganze Abende ohne Reisewege erleben und es stehe auch genügend Zeit zur Verfügung, um gelegentlich ins Tessin zu fahren, wo die Eltern des Gesuchstellers leben würden, zu denen die Kinder eine sehr gute und herzliche Beziehung hätten. Im vorinstanzlichen Verfahren seien einzig die Betreuungsanteile (im Rahmen einer geteilten oder einseitigen Obhut) sowie finanzielle Belange strittig gewesen. Die Parteien seien nach der Trennung in der Lage gewesen, sich selbstständig über die Ferienzeiten des Gesuchstellers zu verständigen. Die angespannten und schwierigen Diskussionen in den ersten Monaten nach der Trennung seien inzwischen abgeklungen, und hätten jeher nur zwischen den Eltern stattgefunden ohne Involvierung der Kinder. Zudem seien auch Einigungen über Abweichungen von den fixen Übergabezeiten und Übergabeorten einvernehmlich möglich (Urk. 68 S. 13 f.). Auch eine während der Dauer des Zusammenlebens gelebte Rollenteilung mit Hauptbetreuung der Kinder durch den einen Elternteil spreche nicht gegen ein ausgedehntes Betreuungsrecht des andern Elternteils. Im Interesse der Kinder, insbesondere zur Wahrung von deren Recht und Bedürfnis nach einer guten und gleichwertigen Beziehung zum Vater auch in der veränderten Situation nach der Trennung, sei die Rollenteilung vor der Trennung kein massgebendes Kriterium für die Bemessung des Betreuungsanteils des Gesuchstellers (mit Hinweis auf das Kurzugutachten).

E. 4

Die Gesuchstellerin schliesst sich im Wesentlichen den Erwägungen der Vorinstanz an. Sie macht unter anderem geltend, sie habe vor Vorinstanz dargetan, dass zwischen dem Gesuchsteller und den Kindern aufgrund dessen häufigen Auslandsaufenthalten und dessen Persönlichkeit im Zeitpunkt der Trennung der Parteien nur eine punktuelle Beziehung bestanden habe. Bis zur Trennung der Parteien sei der Gesuchsteller als Erzieher der Kinder nicht präsent gewesen bzw. habe auf die Kinder, sofern er physisch anwesend gewesen sei, genervt und gestresst reagiert. Dies habe sich so ausgewirkt, dass der Gesuchsteller eben auch an den Wochenenden mit der Familie oder während den vier Wochen Ferien, die die gesamte Familie maximal pro Jahr gemeinsam verbracht habe, immer

- 12 - wieder abends und auch tagsüber arbeiten müssen, was unbestritten geblieben sei. Es komme auch jetzt während den derzeit gültigen Besuchen an Wochenenden und in den Ferien vor, dass er arbeiten müsse. Dies zeige überdies deutlich, dass der Gesuchsteller, der in einer kundenorientierten Branche arbeite, eben gerade nicht so flexibel, wie behauptet, seine Arbeitszeit einteilen könne. Es werde bestritten, dass er nur "punktuellen

Kundenkontakt" habe und seine Zeit frei bestimmen und einteilen könne. Der vom Gesuchsteller im November 2017 neu dargestellte, noch schlechtere Geschäftsgang lasse es gerade nicht zu, die Kinder unter der Woche oder durch ein am Donnerstag beginnendes verlängertes Wochenendbesuchsrecht zusätzlich zu betreuen (Urk. 77 S. 5 ff.).

E. 5

Vorab ist über den prozessualen Antrag der Anhörung zu entscheiden. Die Vorinstanz erwog, auf eine (delegierte) Anhörung oder weitere Abklärungen hinsichtlich der beiden Kinder der Parteien, C._____, 5-jährig, und D._____, 4-jährig, sei im vorliegenden Verfahren zu verzichten, zumal keine ernsthaften Anhaltspunkte für eine verminderte Erziehungsfähigkeit der Parteien oder eine sonstige Kindeswohlgefährdung im Zusammenhang mit der Ausübung der Kinderbetreuung bestehen würden. Was die strittige Frage der Obhutszuteilung betreffe, sei einerseits zu berücksichtigen, dass die diesbezüglichen Wünsche der Kinder in ihrem jetzigen Alter für den Zuteilungsentscheid von vornherein nicht massgebend sein könnten. Andererseits bestünde aber die Gefahr, dass die Kinder – auch bei einer sorgfältig durchgeführten Befragung – zumindest indirekt in den vorliegenden Elternkonflikt miteinbezogen und einem Loyalitätskonflikt ausgesetzt würden (Urk. 69 S. 18). Der Gesuchsteller beanstandet die unterbliebene Anhörung und beruft sich sowohl auf die gesetzliche Regelung wie die bundesgerichtliche Praxis (Urk. 69 S. 17 ff.). Die Gesuchstellerin ist der Auffassung, dass aufgrund des Alters der beiden Kinder auf eine Anhörung zu verzichten war. Auch hätten keine zwingenden anderen Gründe wie Erziehungsfähigkeit der Eltern oder eine Kindeswohlgefährdung für eine Anhörung gesprochen (Urk. 77 S. 22 f). Das Bundesgericht hat mit Entscheid BGE 131 III 553 E. 1.2.3 erkannt, dass bei Anordnungen über Kinder diese in geeigneter Weise durch das Gericht oder durch eine beauftragte

- 13 - Drittperson persönlich anzuhören sind, soweit nicht ihr Alter oder andere wichtige Gründe dagegen sprechen. Diese Norm findet auf alle gerichtlichen Verfahren Anwendung, in denen Kinderbelange zu regeln sind. Sie gilt demnach nicht nur im Scheidungs-, sondern auch im Eheschutzverfahren sowie namentlich für die vorsorglichen Massnahmen im Sinn von Art. 276 ZPO und im Abänderungsverfahren nach Art. 134 ZGB. Weiter hat das Bundesgericht erkannt, dass im Sinne einer Richtlinie die Kinderanhörung grundsätzlich ab dem vollendeten sechsten Altersjahr möglich ist (vgl. BGE 131 III 553 E. 1). Da die Kinder das sechste Altersjahr noch nicht vollendet hatten, kann der Vorinstanz nicht vorgeworfen werden, das Recht unrichtig angewandt zu haben. Dass die Kinder eine gute Beziehung zum Vater haben, wird von der Gegenseite nicht substantiiert bestritten. Bei der Frage, wie das Besuchsrecht zu regeln ist, ist die Meinung der Kinder sodann nur ein Kriterium. Da die Vorinstanz im pendenden Scheidungsprozess die Tochter C._____ anzuhören haben wird, und der Gesuchsteller die Scheidung im Jahr 2019 erwartet (Urk. 68 S. 27), mithin in einigen Monaten, ist auch im vorliegenden Rechtsmittelverfahren auf eine Anhörung zu verzichten.

E. 5.1

Die Vorinstanz erwog, bei einem Gesamteinkommen der Parteien und der Kinder von rund Fr. 20'900.– und einem Gesamtbedarf von rund Fr. 19'025.– resultiere ein Überschuss von rund Fr. 1'875.–. Dieser sei zu zwei Dritteln (Fr. 1'250.–) der Gesuchstellerin mit den beiden Kindern und zu einem Drittel (Fr. 625.–) dem Gesuchsteller zuzuweisen (Urk. 69 S. 38). Der Gesuchsteller macht geltend, der Freibetrag, der sich seiner Auffassung nach auf

Fr. 87.– be-

- 24 - läuft, sei ihm zuzusprechen für die Kosten der Ferien der Kinder, zumal im Bedarf der Kinder bereits Fr. 100.– für Ferien berücksichtigt seien (Urk. 68 S. 27). Da es nach dem oben Dargelegten bei einem Freibetrag gemäss Vorinstanz von Fr. 1'875.– bleibt, und die Aufteilung im Verhältnis zwei Drittel zu einem Drittel der Praxis entspricht, ist dieser Ermessensentscheid zu bestätigen.

E. 5.2

Unterhaltsbeitrag von C._____ und D._____ Die Vorinstanz sprach C._____ einen Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'500.– und D._____ einen solchen von Fr. 4'350.– zu, davon Fr. 2'850.– als Betreuungsunterhalt. Der Gesuchsteller kritisiert zu Recht die Zusprechung eines Betreuungsunterhalts (Urk. 68 S. 21 f.). Der Betreuungsunterhalt ist nach der Lebenshaltungskostenmethode zu berechnen (BGer 5A_454/2017 vom 17. Mai 2018, E. 7; BGer 5A_384/2018 vom 21. September 2018, E. 4.1). Für die Bemessung der Lebenshaltungskosten ist vom betreuungsrechtlichen Existenzminimum des betreuenden Elternteils auszugehen, das je nach den finanziellen Verhältnissen um die Aufwendungen für Krankenzusatzversicherungen nach VVG sowie den auf die Lebenshaltungskosten entfallenden Steueranteil zu erweitern ist (vgl. ZR 116 [2017] Nr. 21; Leitfaden neues Unterhaltsrecht des Obergerichts des Kantons Zürich, S. 10). Bei einem anrechenbaren Einkommen von Fr. 4'500.– ist die Gesuchstellerin in der Lage, ihr erweitertes Existenzminimum von Fr. 3'838.10 (Grundbetrag Fr. 1'350.–, Miete Fr. 1'525.–, Krankenkasse inkl. VVG 587.–, Kommunikation/Radio/TV 158.–, Versicherungen Fr. 30.70, Mobilität Fr. 87.40, Steuern Fr. 100.–) zu decken. Selbst bei einem Steuerbetreffnis von Fr. 500.– wäre das erweiterte Existenzminimum gedeckt. Folglich ist kein Betreuungsunterhalt im Sinne von Art. 285 Abs. 2 ZGB geschuldet und Dispositiv-Ziffer 4 des angefochtenen Entscheids zu korrigieren. Auch für D._____ ist ein Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'500.– zuzüglich Familienzulage zu leisten.

E. 5.3

Persönlicher Unterhalt Der Betreuungsunterhalt ist daher der Gesuchstellerin als persönlicher Unterhalt zuzusprechen. Entsprechend ist Dispositiv-Ziffer 5 abzuändern und der persönli-

- 25 - che Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'250.– um Fr. 2'850.– auf Fr. 4'100.– anzuheben. Zwar hat die Gesuchstellerin nur als Eventualantrag die Zusprechung eines Unterhaltsbeitrages von Fr. 4'100.– beantragt und ist eine Anschlussberufung im Summarverfahren unzulässig (Art. 314 Abs. 2 ZPO). Gleichwohl erscheint die Dispositionsmaxime aufgrund der speziellen Konstellation betreffend Betreuungsunterhalt nicht verletzt, bleibt es doch bei diesem Ergebnis bei einem Unterhalt für die Gesuchstellerin und die Kinder von insgesamt Fr. 7'100.– gemäss vorinstanzlichem Entscheid und ist beim Betreuungsunterhalt zwar das Kind Gläubiger, der betreuende Elternteil indessen wirtschaftlich berechtigt (Urk. 69 S. 38).

E. 6

Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt und mit dem Kostenvorschuss des Gesuchstellers verrechnet. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, den Kostenvorschuss im Umfang von Fr. 2'750.– dem Gesuchsteller zu erstatten.

- 28 -

E. 7

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

E. 8

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

E. 9

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 Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG und 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. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 13. November 2018
Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. S. Notz
versandt am: mc

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