

# ZH\_OBERGERICHT LY190016 vom 1. November 2019

ZH Obergericht, 2019-11-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LY190016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY190016)

FR: ZH\_OBERGERICHT LY190016 du 1 novembre 2019

IT: ZH\_OBERGERICHT LY190016 del 1 novembre 2019

## Erwägungen

### E. 1

Sachverhalt und Prozessgeschichte

#### E. 1.1

Die Parteien sind seit dem tt. Oktober 2008 verheiratet und haben einen gemeinsamen Sohn, D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2010. Mit Eingabe vom 12. Dezember 2017 machte die Gesuchstellerin, Erstberufungsklägerin und

- 8 - Zweitberufungsbeklagte (fortan Gesuchstellerin) ein Eheschutzverfahren bei der Vorinstanz anhängig (Geschäfts-Nr.: EE170411-L). Noch bevor die Eheschutzverhandlung stattfinden konnte, reichten die Parteien am 15. Februar 2018 ein gemeinsames Scheidungsbegehren ein (vgl. Urk. 6/2). Die ursprünglich im Rahmen des Eheschutzverfahrens angesetzte Verhandlung vom 21. Februar 2018 wurde dazu genutzt, die Scheidungsfolgen zu verhandeln. Es konnte keine Einigung erzielt werden (Prot. S. 3 ff.). Am 28. März 2018 fand eine zweite Verhandlung statt, anlässlich welcher sowohl über die beantragten vorsorglichen Massnahmen als auch über das Eheschutzgesuch verhandelt wurde (Prot. I S. 12; Urk. 6/13/1-5). Die Parteien einigten sich anlässlich der erwähnten Verhandlung bezüglich Obhut, Besuchsrecht und Familienwohnung und schlossen unter Mitwirkung des Gerichts eine entsprechende Teilvereinbarung (vgl. Urk. 6/25). Strittig blieben somit die Kinderunterhaltsbeiträge und die Anträge betreffend Auskunftserteilung bzw. Sicherstellung im Zusammenhang mit dem Kindesvermögen. Am 7. August 2018 erliess die Vorinstanz die eingangs wiedergegebene Verfügung. Der Entscheid erging zunächst in unbegründeter (Urk. 6/32), hernach auf Begehren der Parteien (Urk. 6/37 und 6/38) in begründeter Form (Urk. 2 = Urk. 6/38) und wurde am 27. März 2019 versandt (Urk. 6/51 und 6/52).

#### E. 1.2

Gegen den vorinstanzlichen Massnahmeentscheid erhoben beide Parteien fristgerecht Berufung und stellten die eingangs wiedergegebenen Anträge (Urk. 1 und 14/1). Mit Eingaben vom 23. April und 5. Mai 2019 reichte die Gesuchstellerin als Ergänzung zu ihrer Berufungsschrift neue Beilagen ins Recht (Urk. 7-10). Mit Beschluss vom 28. Juni 2019 wurde die Zweitberufung (LY190020-O) des Gesuchstellers, Erstberufungsbeklagten und Zweitberufungsklägers (fortan Gesuchsteller) mit dem vorliegenden Berufungsverfahren vereinigt und als dadurch erledigt abgeschlossen. Gleichzeitig wurde den Parteien Frist angesetzt, um jeweils die Berufung der Gegenpartei schriftlich zu beantworten (Urk. 16). Unterm 15. Juli 2019 erstattete die Gesuchstellerin ihre Berufungsantwort (Urk. 17). Diejenige des Gesuchstellers ging am 19. Juli 2019 hierorts ein (Urk. 18). Mit Verfügung vom 30. Juli 2019 wurden die Berufungsantwortsschriften jeweils der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 23). Mit Eingabe vom 16. August 2019 nahm die

Gesuchstellerin zur Berufungsantwort des Gesuchstellers Stellung (Urk. 24). Am

- 9 - 26. August 2019 ging eine entsprechende Stellungnahme des Gesuchstellers ein (Urk. 27). Gleichtags wurden die beiden letzten Stellungnahmen der jeweiligen Gegenpartei wiederum zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 28/1-2). Weitere Eingaben erfolgten nicht.

### **E. 1.3**

Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 6/1-52).

## **E. 2**

Prozessuales

### **E. 2.1**

Die Einlegung der Berufung hemmt den Eintritt der Rechtskraft nur im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Von den Parteien nicht angefochten wurden die Dispositivziffern 1-3, 4b und 5-8. In diesem Umfang ist der vorinstanzliche Entscheid in Rechtskraft erwachsen, was vorzumerken ist. Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens sind somit einzig die Unterhaltsbeiträge für den Sohn D.\_\_\_\_\_.

### **E. 2.2**

Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine umfassende Überprüfungsbefugnis der Streitsache, d.h. über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (BGer 5A\_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (BGE 142 I 93 E. 8.2; BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, ist – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – von der Rechtsmittelinstanz grundsätzlich nicht zu überprüfen (BGE 142 III 413 E. 2.2.4).

### **E. 2.3**

Art. 296 ZPO statuiert für Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten – wie sie vorliegend zu beurteilen sind – den Untersuchungs- und Offizialgrundsatz, weshalb das Gericht in diesem Bereich den Sachverhalt von Amtes wegen erforscht und ohne Bindung an die Parteianträge entscheidet. In Verfah-

- 10 - ren, welche der umfassenden Untersuchungsmaxime unterstehen, können die Parteien auch im Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel unbeschränkt vorbringen. Die Bestimmung von Art. 317 Abs. 1 ZPO, wonach im Berufungsverfahren Noven nur dann zulässig sind, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten, gilt somit nicht für Verfahren, in welchen Kinderbelange zu beurteilen sind (BGE 144 III 349 E. 4.2.1).

## **E. 3**

Materielle Beurteilung

### **E. 3.1**

Die Vorinstanz legte die Unterhaltsbeiträge für den Sohn D. \_\_\_\_\_ im vorliegenden Verfahren ab dem 15. Februar 2018 fest (Dispositivziffer 4a). Für die Zeit davor sei der Eheschutzrichter zuständig (Urk. 2 S. 4). Entsprechend erliess die Vorinstanz zeitgleich das Eheschutzurteil, mit welchem sie die Unterhaltsbeiträge für den Zeitraum vom 1. Dezember 2017 (Datum der Anhängigmachung des Eheschutzverfahrens) bis zum 14. Februar 2018 (Datum der Anhängigmachung der Scheidung) regelte. Auch diesen Entscheid haben beide Parteien angefochten, und es wurde diesbezüglich ein separates Berufungsverfahren unter der Geschäfts-Nr. LE190021-O angelegt. Die vorerwähnte (intertemporale) Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen dem Eheschutz- und dem Scheidungsgericht wurde von den Parteien zu Recht nicht beanstandet. Die Parteien rügen allerdings die von der Vorinstanz vorgenommene Einkommens- und Bedarfsberechnung und damit den festgesetzten Unterhaltsbeitrag für den Sohn D. \_\_\_\_\_ in der Höhe von Fr. 1'614.– bzw. Fr. 864.– (ab 1. Oktober 2018) pro Monat.

### **E. 3.2**

Einkommen der Gesuchstellerin

#### **E. 3.2.1**

Die Vorinstanz rechnete der Gesuchstellerin ab 1. Oktober 2018 ein hypothetisches Einkommen von Fr. 1'600.– bei einem 50%-Pensum an, wobei von einem Stundenlohn von Fr. 18.– und etwas mehr als 88 Arbeitsstunden pro Monat ausgegangen wurde. Die Vorinstanz räumte der Gesuchstellerin für die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit eine Übergangsfrist bis Ende September 2018 ein (Urk. 2 S. 11 f.).

- 11 -

#### **E. 3.2.2**

Die Gesuchstellerin kritisiert die Höhe des von der Vorinstanz angerechneten hypothetischen Einkommens sowie die ihr gewährte Übergangsfrist (Urk. 1 S. 5). Die Vorinstanz gewährte der Gesuchstellerin für den beruflichen Wiedereinstieg ab Entschiddatum eine Übergangsfrist von knapp zwei Monaten bis Ende September 2018 – einen Monat mehr als von der Gesuchstellerin beantragt wurde (Urk. 6/22 S. 6). Die Gesuchstellerin macht berufsungsweise geltend, dass ihr erst ab September bzw. Oktober 2019 ein hypothetisches Einkommen anzurechnen sei, da sie unvorhergesehen nach wie vor keine Arbeitsstelle habe finden können, obwohl sie bis heute diverse Bewerbungen geschrieben habe, was das Sozialamt konstant kontrolliert habe. Zwecks Integration in den ersten Arbeitsmarkt sei ihr durch das Sozialamt im Rahmen der sozialen Arbeitsintegration eine befristete 50%-Stelle als Reinigungskraft vermittelt worden, für welche ihr kein Lohn ausbezahlt werde, sondern eine kleine finanzielle Anerkennung direkt an das Sozialamt in Anrechnung an die Sozialhilfeleistungen bezahlt werde (Urk. 1 S. 5 und Urk. 24 S. 5). Der Gesuchsteller stellt sich auf den Standpunkt, dass der Gesuchstellerin die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit ab Schuleintritt von D. \_\_\_\_\_ zumutbar gewesen wäre, weshalb die von der Vorinstanz gewährte Übergangsfrist bis Ende September 2018 sehr grosszügig bemessen und deshalb zu bestätigen sei (Urk. 18 S. 4). Wird einer Partei ein hypothetisches Einkommen angerechnet, ist dies grundsätzlich nur für die Zukunft und nicht rückwirkend möglich (vgl. statt vieler OGer ZH LY170039 vom 16.05.2018, E. III.B.3.1.7). Darüber hinaus ist dem Betroffenen hinreichend Zeit zu lassen, die rechtlichen Vorgaben in die Tat umzusetzen. Somit ist bis zur Anrechnung eines hypothetischen Einkommens eine dem Zweck und den Umständen angemessene

Übergangsfrist einzuräumen (BGE 129 III 417 E. 2.2; BGE 114 II 13 E. 5). Ein von dem erwähnten Grundsatz abweichender Entscheid, mit dem ein hypothetisches Einkommen ohne Umstellungsfrist oder gar rückwirkend angerechnet wird, rechtfertigt sich bloss bei Vorliegen von besonderen Umständen, so wenn der betroffenen Partei ein unredliches Verhalten vorgeworfen werden muss oder wenn die geforderte Umstellung und das Erfordernis eines vermehrten beruflichen Einsatzes für sie klar vorhersehbar gewesen sind (BGer 5A\_549/2017 vom 11. September 2017, E. 4; BGer 5A\_184/2015

- 12 - vom 22. Januar 2016, E. 3.2; BGer 5P.388/2003 vom 7. Januar 2004, E. 1.2; BGer 5P.79/2004 vom 10. Juni 2004, E. 4.3; OGer ZH LE180016 vom 11.09.2018, E. 2.4b).

Diese Voraussehbarkeit kann grundsätzlich frühestens mit der Zustellung des erstinstanzlichen Urteils bejaht werden (OGer ZH LY170039 vom 16.05.2018, E. III.B.3.1.7; OGer ZH LE170065 vom 16.04.2018, E. IV.B.4.2.4; OGer ZH LE150010 vom 09.07.2015, E. III.C.3.3). Die Gesuchstellerin anerkannte bereits vor Vorinstanz die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens (vgl. Urk. 6/22 S. 6). Damit ist das Kriterium der Voraussehbarkeit zwar zu bejahen. Gegen die Bestätigung der vorinstanzlichen Übergangsfrist und damit die nunmehr rückwirkende Anrechnung eines hypothetischen Einkommens spricht jedoch der Umstand, dass die Gesuchstellerin zurzeit im Rahmen eines von den Sozialen Diensten vermittelten Arbeitsintegrationsprogramms als Reinigungskraft tätig ist, mit dem Ziel, ihr Zugang zum ersten Arbeitsmarkt zu verschaffen. Aus diesem Umstand ist zu schliessen, dass es der Gesuchstellerin aus eigenem Antrieb innert angemessener Frist nicht möglich war, eine Teilzeitstelle auf dem ersten Arbeitsmarkt zu finden, sondern sie vielmehr auf unterstützende Massnahmen durch das Sozialamt angewiesen war. Die der Gesuchstellerin von der Vorinstanz gewährte Übergangsfrist erweist sich damit rückblickend als zu kurz bemessen. Die Gesuchstellerin beantragt – wie erwähnt – die Anrechnung eines regulären Einkommens ab September bzw. Oktober 2019 (Urk. 1 S. 5 und Urk. 24 S. 5). Das Arbeitsintegrationsprogramm dauert vom 18. August 2019 bis längstens 17. August 2020 (vgl. Urk. 26/9). Weil keine Prognose darüber gemacht werden kann, wie lange das Arbeitsintegrationsprogramm tatsächlich dauern wird, ist der Gesuchstellerin erst ab September 2020 ein reguläres Einkommen anzurechnen, was aber nicht daran ändert, dass ihr ein Manko verbleibt. Dass die Gesuchstellerin bis dahin eine Tätigkeit im ersten Arbeitsmarkt gefunden haben wird, erscheint vor dem Hintergrund, dass sie durch das Sozialamt bei der Stellensuche unterstützt wird, realistisch. Die Gesuchstellerin erhält für ihre Tätigkeit im Rahmen des Arbeitsintegrationsprogramms vom Sozialamt eine Integrationszulage (vgl. Urk. 26/9). Diese darf ihr jedoch nicht als Einkommen angerechnet werden, weil sich Sozialhilfeleistungen aufgrund der Rückerstattungspflicht gemäss § 27 des Sozi-

- 13 - alhilfegesetzes (SHG; LS 851.1) infolge günstiger finanzieller Verhältnisse allenfalls nur vorübergehend kostenneutral auswirken.

### **E. 3.2.3**

Betreffend die Höhe des anrechenbaren Einkommens macht die Gesuchstellerin geltend, dass ihr lediglich ein Einkommen von Fr. 1'500.– anzurechnen sei (Urk. 1 S. 5 und Urk. 24 S. 5). Das von ihr in diesem Zusammenhang gemachte Vorbringen, wonach die Maximalarbeitszeit für Reinigungspersonal gemäss Gesamtarbeitsvertrag 42 Stunden pro Woche betrage, weshalb bei einem 50%- Pensum lediglich von 84 Arbeitsstunden pro Monat auszugehen sei (Urk. 1 S. 5), ist nicht stichhaltig. Ein Monat besteht aus durchschnittlich 21.66 Arbeitstagen, was bei einer 21-Stundenwoche durchschnittlich 90.9

Arbeitsstunden pro Monat (4.2 [Stunden pro Tag] x 21.66) ergibt. Entsprechend ist die Erwägung der Vorinstanz, wonach pro Monat etwas über 88 Arbeitsstunden anfallen würden (Urk. 2 S. 12), nicht zu beanstanden. Ebenso wenig zu beanstanden ist, dass die Vorinstanz mit einem Stundenlohn von Fr. 18.– gerechnet hat. Zwar ist der Einwand der Gesuchstellerin zutreffend, dass der Mindeststundenlohn für Reinigungspersonal Fr. 18.80 brutto beträgt (vgl. Urk. 4/6 S. 10). Entsprechend beläuft sich der Nettostundenlohn beim vorgenannten Minimallohn auf etwas weniger als Fr. 18.–. Allerdings lässt sich gestützt darauf nichts zu Gunsten der Gesuchstellerin ableiten, da nicht fest steht, dass die Gesuchstellerin auch tatsächlich im Reinigungssektor tätig sein und lediglich den Minimallohn verdienen wird. Die Vorinstanz hat den Reinigungssektor denn auch bloss als mögliches Tätigkeitsgebiet angeführt (vgl. Urk. 2 S. 11). Fest steht einzig, dass die Gesuchstellerin angesichts der geringen Arbeitserfahrung in der Schweiz lediglich eine Arbeitsstelle im Niedriglohnbereich finden kann. Dass bei einer Arbeit im Tieflohnbereich von einem Nettostundenlohn von Fr. 18.– ausgegangen wird, erscheint angemessen, zumal die Gesuchstellerin ausführte, sie beabsichtige, rund acht Stunden pro Monat sonntags, während der Betreuungszeit von D.\_\_\_\_\_ durch den Gesuchsteller, zu arbeiten und so einen Zuschlag von 25%–50% zu erzielen (Urk. 1 S. 5). Hingegen rechtfertigt es sich – entgegen dem Gesuchsteller (vgl. Urk. 18 S. 5) – vorliegend nicht, für die Festsetzung des hypothetischen Einkommens auf die Löhne im Detailhandel abzustellen. Die Gesuchstellerin war zwar zuletzt im Verkauf tätig, doch dauerte diese Anstellung lediglich vier Monate (vgl. Urk. 20/1). Darüber hinaus

- 14 - verfügt die Gesuchstellerin in der Schweiz über keine Berufserfahrung im Detailhandel. Den vorinstanzlichen Akten ist sodann zu entnehmen, dass sich die Gesuchstellerin vergangenen Dezember 2018 vergeblich auf diverse Stellen im Detailhandel beworben hat (Urk. 6/48/4), weshalb es nicht realistisch scheint, dass die Gesuchstellerin in absehbarer Frist eine Teilzeitstelle im Detailhandel finden kann, zumal sie aktuell im Rahmen der Arbeitsintegration als Reinigungskraft tätig ist.

#### **E. 3.2.4**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das der Gesuchstellerin von der Vorinstanz angerechnete hypothetische Einkommen von Fr. 1'600.– nach Abschluss des Arbeitsintegrationsprogramms angemessen erscheint und nicht zu beanstanden ist.

### **E. 3.3**

Einkommen des Gesuchstellers

#### **E. 3.3.1**

Die Vorinstanz erwog im Zusammenhang mit dem Einkommen des Gesuchstellers im Wesentlichen was folgt: Der Gesuchsteller sei selbstständiger Taxifahrer und gelegentlich im Auftrag von G.\_\_\_\_\_ tätig. Gemäss Steuererklärungen habe er in den Jahren 2015 bis 2017 im Durchschnitt ein Nettoeinkommen von rund Fr. 2'860.– pro Monat erwirtschaftet. Allerdings könne hinsichtlich des Einkommens des Gesuchstellers nicht allein auf die Steuererklärungen abgestellt werden. Im Rahmen der Steuererklärung dürfe ein Selbständigerwerbender seinen Geschäftsertrag (legitimerweise) konservativ ausweisen. Bei der Berechnung des Kinderunterhalts sei jedoch ein strengerer Massstab anzulegen. Wenn wie hier gewichtige Anhaltspunkte dafür vorhanden seien, dass die Zahlen der Steuererklärung nicht der Realität entsprächen oder nicht schlüssig seien, so dürfe davon abgewichen werden. Dass der Gesuchsteller tatsächlich nur gerade Fr. 2'883.– monatlich

verdiene, wie er ausführen lasse, sei nicht glaubhaft vor dem Hintergrund, dass er selber angebe, er arbeite ausserordentlich viel, an sechs Tagen pro Woche und oft auch nachts. Gemäss aktuellen Erhebungen des Lohnbuches Schweiz 2018 verdiene ein Taxifahrer ab dem 5. Anstellungsjahr Fr. 3'400.– pro Monat. Dieses Einkommen entspreche dem GAV-Lohn (Kanton Basel-Stadt) bzw. der Lohnempfehlung aus der Grossregion Nordwestschweiz. Wie bereits erwogen, sei bei der Schätzung des (tatsächlichen) Einkommens zu

- 15 - berücksichtigen, dass der Gesuchsteller – wie er selbst ausgeführt habe – ausserordentlich viel und vor allem oft nachts arbeite und dass er zusätzlich für G. \_\_\_\_\_ tätig sei. Letzteres bringe ihm eine weitere Quelle an Kunden und Fahrten. Es rechtfertige sich daher, dem Gesuchsteller ein geschätztes Einkommen von insgesamt Fr. 3'800.– anzurechnen (Urk. 2 E. III.2.3.1).

### **E. 3.3.2**

Der Gesuchsteller kritisiert vor Obergericht die vorstehende Einkommensberechnung. Die Vorinstanz sei von einem hypothetischen Einkommen in der Höhe von Fr. 3'800.– ausgegangen, was nicht nur aktenwidrig, sondern auch unangemessen und willkürlich sei. Die angebliche Aussage des Gesuchstellers, dass er viel arbeite, könne nicht dazu führen, dass ihm ein übermässig hoher Lohn angerechnet werde. Er arbeite ausschliesslich nachts von 19:30 Uhr bis 05:00 Uhr in einem Vollzeitpensum und habe dadurch seine Arbeitskapazität voll ausgeschöpft. Die Tatsache, dass er während fünf bis sechs Abenden in der Woche einsatzbereit sei, heisse noch nicht, dass er während dieser Zeit durchgehend ein Einkommen erziele. Wie allgemein bekannt sei, müssten Taxifahrer lange auf ihre Kundschaft warten und könnten während dieser Präsenzzeit keinen Verdienst erzielen. Die Konkurrenz in dieser Branche sei ausserordentlich gross und es komme oft vor, dass der Gesuchsteller trotz Fahrbereitschaft kaum Kundschaft bekomme. Für G. \_\_\_\_\_ arbeite er, entgegen den Ausführungen der Vorinstanz, seit einem Jahr nicht mehr. Das lasse sich mit dem beigelegten Kontoauszug nachweisen. Der Gesuchsteller erziele gemäss den eingereichten Steuererklärungen aus den Jahren 2015 bis 2018 ein durchschnittliches Nettoeinkommen von monatlich Fr. 2'649.–. Es sei überdies dem Lohnbuch 2018 des Zürcher Amtes für Wirtschaft zu entnehmen, dass Taxifahrer im Vergleich zu anderen Branchen ganz unten stünden. Demnach verdiene ein Taxifahrer ab dem 5. Anstellungsjahr durchschnittlich Fr. 3'400.– pro Monat. Es sei aber gerade wegen des starken Wettbewerbsdrucks und einer fortgesetzten Verschlechterung der Arbeitsbedingungen in der Taxibranche bei der Berücksichtigung des Einkommens in casu auf jeden Fall der effektive Verdienst des Gesuchstellers zu berücksichtigen. Es solle ausserdem der Tatsache Rechnung getragen werden, dass der Gesuchsteller 50 Jahre alt sei. Er arbeite seit 15 Jahren ausschliesslich als Taxifahrer, weshalb von ihm nicht erwartet werden könne, einen anderen bzw. einen

- 16 - besser bezahlten Job zu finden. Ein hypothetisches Einkommen in der Höhe von Fr. 3'800.– könne dem Gesuchsteller unter diesen Umständen auf keinen Fall angerechnet werden (Urk. 14/1 S. 4 ff.).

### **E. 3.3.3**

Die Gesuchstellerin bringt im Zusammenhang mit dem Einkommen des Gesuchstellers vor Obergericht zusammengefasst Folgendes vor: Der Gesuchsteller versäume es nach wie vor, die erforderlichen Kassabücher, Bilanzen und Erfolgsrechnungen vorzulegen. Diese

seien bei einem Selbstständigerwerbenden allerdings von Nöten, wolle er ein konkretes Einkommen geltend machen. Dies- bezüglich habe die Gesuchstellerin schon vorinstanzlich verschiedene Editions- begehren gestellt, welchen der Gesuchsteller aber ungenügend nachgekommen sei. Da der Gesuchsteller die entsprechenden Buchhaltungsunterlagen der letzten Jahre bisher nicht beigebracht habe, obwohl sich diese Urkunden bei seinem Treuhänder befänden, welcher alljährlich seine Steuern erledige, vermöge er sei- ne Behauptung, er verdiene kaum etwas, nicht rechtsgenügend zu substantiieren bzw. zu belegen. In einem solchen Fall sei gemäss Gerichtspraxis auf die Lohn- strukturtabellen des Bundesamtes für Statistik zurückzugreifen bzw. seien hypo- thetische Einkünfte festzulegen. Dies habe die Gesuchstellerin im vorin- stanzlichen Verfahren getan, indem sie dem Gesuchsteller gemäss Lohnstruktur- tabellen 2015 ein Nettoeinkommen von rund Fr. 4'500.– angerechnet habe. Vor Obergericht verzichte die Gesuchstellerin nun aber wegen der aktuell zugegebe- nermassen schwierigen Wirtschaftslage im Taxigewerbe darauf, auf diesem Be- trag zu beharren, bzw. akzeptiere sie das durch die Vorinstanz festgelegte hypo- thetische Monatssalär von Fr. 3'800.– netto (Urk. 17 S. 6 ff.).

#### **E. 3.3.4**

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung berechnet sich das Einkom- men bei selbstständiger Erwerbstätigkeit aus dem Reingewinn, der entweder als Vermögensstandsgewinn (Differenz zwischen dem Eigenkapital am Ende des lau- fenden und am Ende des vorangegangenen Geschäftsjahres) oder als Gewinn in einer ordnungsgemässen Erfolgsrechnung ausgewiesen wird. Um ein einigermas- sen zuverlässiges Resultat zu erreichen und namentlich um Einkommensschwun- kungen Rechnung zu tragen, sollte auf das Durchschnittsnettoeinkommen mehre- rer – in der Regel der letzten drei – Jahre abgestellt werden. Auffällige, d.h. be-

- 17 -  
sonders gute oder besonders schlechte Abschlüsse können unter Umständen ausser Betracht bleiben (BGE 143 III 617 E. 5.1, m.w.H.; BGer 5A\_127/2016 vom 18. Mai 2016, E. 5.2; BGer 5A\_937/2016 vom 5. Oktober 2017, E. 3.2.2; BGer 5A\_834/2016 vom 13. Juni 2018, E. 5.1.5). Insbesondere im summarischen Ver- fahren ist zur Ermittlung des Einkommens grundsätzlich auf die Bilanz bzw. die Erfolgsrechnung abzustellen (OGer ZH LE180029 vom 06.09.2018, E. III.3, mit Verweis auf ZK-Bräm/Hasenböhler, Art. 163 ZGB N 76).

#### **E. 3.3.5**

In casu liegen keine verwertbaren bzw. ordnungsgemässen Buchhal- tungsunterlagen des Gesuchstellers vor. Sowohl in der Vorladung vom 22. Dezember 2017 als auch in derjenigen vom 7. März 2018 wurde der Gesuch- steller im erstinstanzlichen Eheschutzverfahren aufgefordert, Lohnabrechnungen bzw. bei selbständiger Erwerbstätigkeit "die beiden letzten Geschäftsabschlüsse, Bilanz und Erfolgsrechnung, sowie eine lückenlose Aufstellung über Privatbezü- ge" einzureichen (Urk. 8/1 und Urk. 24/1 des Parallelverfahrens LE190021-O). Dieser Aufforderung ist der Gesuchsteller (bis heute) nicht nachgekommen. In den Akten liegen einzig die Steuererklärungen der Jahre 2015 bis 2018 (Urk. 6/47/1 sowie Urk. 15/1+2 und Urk. 56/47/3 des Parallelverfahrens LE190021-O). Wie die Vorinstanz allerdings bereits zu Recht ausgeführt hat, kann bei Selbständigerwerbenden nicht alleine auf die Steuererklärungen abgestellt werden, da ein Unternehmer steuerrechtlich seinen Geschäftsertrag (legitimer- weise) konservativ ausweisen darf. Bei der Berechnung von familienrechtlichen Unterhaltsbeiträgen sei jedoch

ein strengerer Massstab anzulegen, so die Vorinstanz weiter (Urk. 2 S. 15). Mit diesen nachvollziehbaren vorinstanzlichen Erwägungen setzt sich der Gesuchsteller in seiner Berufungsschrift nicht auseinander. Die in den Steuererklärungen ausgewiesenen "Einkünfte aus selbständiger Erwerbstätigkeit" beruhen allesamt lediglich auf Angaben des Gesuchstellers, die weder belegt noch überprüfbar sind. Zudem nimmt der Gesuchsteller in seinen Steuererklärungen regelmässig Abzüge vor, die steuerrechtlich durchaus zulässig sein mögen, im Rahmen von familienrechtlichen Unterhaltsberechnungen allerdings nicht zu berücksichtigen sind. So machte der Gesuchsteller beispielsweise in den letzten drei Jahren jeweils einen Mietanteil in der Höhe von Fr. 2'400.– für die "geschäftliche Nutzung eigener privater oder privat gemieteter Liegenschaf-

- 18 - ten" geltend (Urk. 6/47/1 sowie Urk. 15/1 und Urk. 56/47/3 des Parallelverfahrens LE190021-O, jeweils Seite 3 des Hilfsblatts A). Diese (angeblichen) Aufwände sind nicht belegt und stellen auch keine tatsächlich gewinnschmälernden Ausgaben dar. Dasselbe gilt für den vom Gesuchsteller in der Steuererklärung 2018 aufgeführten "Personalaufwand ohne persönliche AHV- und BVG-Beiträge sowie ohne Eigensalär" in der Höhe von ebenfalls Fr. 2'400.– (Urk. 56/47/3 im Parallelverfahren LE190021-O, Seite 3 des Hilfsblatts A). Auch diese Aufwandposition ist nicht belegt, zumal der Gesuchsteller nie behauptet hat, dass er zusätzliches Personal beschäftigt. Es bestehen folglich Hinweise, dass das steuerrechtlich ausgewiesene nicht mit dem tatsächlichen Einkommen des Gesuchstellers übereinstimmt. Auch die Aufstellungen über Umsätze und Aufwände, welche den Steuererklärungen jeweils beiliegen, sind teilweise unvollständig bzw. nicht nachvollziehbar. Insbesondere geht aus der Aufstellung, welche der Steuererklärung 2017 beiliegt, kein Jahresgewinn hervor (Urk. 6/47/1). Weiter ist der in der Steuererklärung angegebene Aufwand für "Übrige Geschäftsunkosten gemäss separater Aufstellung" von Fr. 15'574.– (Seite 3 des Hilfsblattes A) auf ebendieser "separaten Aufstellung" nicht ersichtlich. Dasselbe gilt für das Jahr 2018. In der entsprechenden Steuererklärung macht der Gesuchsteller einen Abzug für Geschäftsunkosten im Gesamtbetrag von Fr. 17'800.– geltend (Urk. 56/47/3, Seite 3 des Hilfsblattes A, im Parallelverfahren LE190021-O). In der beigelegten Aufstellung mit der Überschrift "TAXI B'. \_\_\_\_\_ Abschluss 2018" ist ein solcher Betrag allerdings nicht aufgeführt und ergibt sich auch nicht aus der Addition sämtlicher Aufwände. Überdies beinhaltet die Aufstellung offensichtlich Rechenfehler. Beispielsweise betrug der Bruttoumsatz im Februar 2018 gemäss Aufstellung Fr. 3'760.–. Nach Abzug der geltend gemachten Aufwände im Gesamtbetrag von Fr. 1'269.35 (Fr. 220.– [Benzinkosten] + Fr. 103.60 [Auto-Repp.] + Fr. 945.75 [Div. Kosten]) ergäbe dies einen Nettoumsatz von Fr. 2'490.65. In der vom Gesuchsteller beigelegten Aufstellung ist allerdings für den Monat Februar 2018 ein Netto-Betrag von Fr. 3'699.15 angegeben. Schliesslich kann den Aufstellungen des Gesuchstellers auch nicht entnommen werden, ob bei den angegebenen Bruttoumsätzen die Einkünfte aus der

- 19 - Tätigkeit als G. \_\_\_\_\_-Fahrer (vgl. nachfolgend E. 3.2.6) bereits miteingerechnet wurden oder nicht. Nach dem Gesagten lassen sich weder aus den Steuererklärungen noch aus den diesen beiliegenden Aufstellungen aussagekräftige und verlässliche Einkommenszahlen eruieren. Aus diesem Grund hat die Vorinstanz das Einkommen des Gesuchstellers gestützt auf statistische Werte und Gesamtarbeitsverträge bzw. Lohnempfehlungen auf Fr. 3'400.– festgelegt (Urk. 2 S. 15). Dieses Vorgehen ist aufgrund der fehlenden Buchhaltungsunterlagen nicht zu beanstanden. Der Gesuchsteller macht denn auch keine Verletzung der Untersuchungsmaxime durch die Vorinstanz geltend. Entgegen

dem Verständnis der Parteien stellt das von der Vorinstanz festgesetzte Einkommen allerdings kein hypothetisches (fiktives) Einkommen dar. Die Vorinstanz hat explizit festgehalten, dass es sich bei diesen Einkünften um eine "Schätzung des (tatsächlichen) Einkommens" handelt (Urk. 2 S. 16). Die Vorinstanz ging somit im Rahmen der Sachverhaltserstellung davon aus, dass der Gesuchsteller ein (tatsächliches) Erwerbseinkommen von Fr. 3'400.– erwirtschaftet (hat). Dass es sich dabei um ein angemessenes und realistisches Einkommen für einen Taxichauffeur handelt, hat selbst der Gesuchsteller anlässlich der vorinstanzlichen Verhandlung vom 28. März 2018 bestätigt. Damals liess er ausführen, der Durchschnittslohn gemäss "verschiedenen Lohnanalysen" betrage im fünften Anstellungsjahr Fr. 3'400.– pro Monat. Aus diesem Grund könne auch dem Gesuchsteller nicht mehr als ein durchschnittlicher Lohn von Fr. 3'400.– als hypothetisches Einkommen angerechnet werden (Urk. 26 S. 19 im Parallelverfahren LE190021-O; vgl. auch Urk. 6/47/2). In seiner Berufungsschrift führt der Gesuchsteller abermals aus, dass dem Lohnbuch 2018 des Zürcher Amtes für Wirtschaft zu entnehmen sei, dass ein Taxifahrer ab dem fünften Anstellungsjahr durchschnittlich Fr. 3'400.– im Monat verdiene. Es sei aber wegen des starken Wettbewerbsdrucks und der fortgesetzten Verschlechterung der Arbeitsbedingungen in der Taxibranche bei der Berücksichtigung des Einkommens auf jeden Fall der "effektive Verdienst" des Gesuchstellers zu berücksichtigen (Urk. 14/1 S. 5). Wie soeben ausgeführt, lässt sich dieser aus den eingereichten Steuererklärungen bzw. den beigelegten Umsatzaufstellungen nicht eruieren.

- 20 -

### **E. 3.3.6**

Die Vorinstanz hat dem Gesuchsteller ein zusätzliches Einkommen aus der Tätigkeit für G.\_\_\_\_\_ in der Höhe von Fr. 400.– pro Monat angerechnet (vgl. Urk. 2 S. 16). Der Gesuchsteller bringt berufsweise vor, dass er "seit einem Jahr" (d.h. seit ca. April 2018) nicht mehr für G.\_\_\_\_\_ arbeite. Dies lasse sich mit dem beigelegten Kontoauszug nachweisen, woraus in den letzten vier Monaten keine Überweisungen mehr ersichtlich seien (Urk. 14/1 S. 5). Aus den vom Gesuchsteller im Berufungsverfahren eingereichten Kontoauszüge betreffend die Zeitspanne vom 13. November 2018 bis 12. März 2019 geht in der vorgenannten Zeitspanne in der Tat keine Gutschriften von "G.\_\_\_\_\_" hervor (vgl. Urk. 14/4/5). Grundsätzlich ist für die Berechnung der Unterhaltsbeiträge vom tatsächlich erzielten Einkommen auszugehen. Geht die Einkommensverminderung aber auf eine freiwillige und einseitige Entscheidung des Unterhaltspflichtigen zurück, ist eine solche Verschlechterung in der Regel unbeachtlich. Der Unterhaltsschuldner soll die Folgen seines einseitig getroffenen Entscheides selber tragen und nicht auf den Unterhaltsgläubiger abwälzen können. Folglich ist von der bisherigen höheren Leistungsfähigkeit des Unterhaltsverpflichteten auszugehen und ihm dementsprechend ein hypothetisches Einkommen anzurechnen, sofern dieses zu erreichen zumutbar und möglich ist (BGE 128 III 4 E. 4a; BGer 5C.163/2001 E. 2.c vom 18. Oktober 2001). Der Gesuchsteller begründet die Aufgabe seines Zusatzverdienstes bei G.\_\_\_\_\_ damit, dass die Entschädigungstarife unverhältnismässig tief seien (Urk. 14/1 S. 5). Der Gesuchsteller wusste seit dem vorinstanzlichen Entscheid um die Verpflichtung der vollen Ausschöpfung seiner Leistungsfähigkeit. Bei der Einkommensreduktion des Gesuchstellers handelt es sich nicht um einen notwendigen Schritt, sondern vielmehr um einen freiwilligen und einseitigen Einkommensverzicht. Der Gesuchsteller ist weder aus gesundheitlichen Gründen noch aufgrund von Betreuungsaufgaben in seiner Arbeitsfähigkeit eingeschränkt. Er hat nicht

dargelegt, dass die Einkommensreduktion unfreiwillig und von Dauer ist und dass alles in der Macht stehende unternommen wurde, um ihr entgegen- zuwirken. Unter diesen Umständen kann vorliegend die aktuell tiefere Leistungs- fähigkeit nicht berücksichtigt werden. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzu- weisen, dass, selbst wenn die Einkommensreduktion zu berücksichtigen wäre, ei- ne solche erst ab November 2018 glaubhaft gemacht wurde, da für die Periode

- 21 - von April 2018 bis 12. November 2018 keine Kontoauszüge eingereicht wurden. Dem Gesuchsteller ist in Übereinstimmung mit der Vorinstanz ein Zusatzeinkom- men von monatlich Fr. 400.– als G. \_\_\_\_\_-Fahrer anzurechnen.

### **E. 3.3.7**

Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen hat der Gesuchsteller mit sei- ner Berufung weder eine falsche Rechtsanwendung noch eine unrichtige Sach- verhaltsfeststellung durch die Vorinstanz im Sinne von Art. 310 ZPO dargetan. Das dem Gesuchsteller von der Vorinstanz angerechnete Gesamteinkommen von Fr. 3'800.– erscheint nach dem Gesagten angemessen und ist nicht zu beanstan- den.

### **E. 3.4**

Bedarfsberechnung

#### **E. 3.4.1**

Die Vorinstanz ging bei der Gesuchstellerin von einem Bedarf von Fr. 3'083.– (Phase I: 15. Februar 2018 bis 30. September 2018) bzw. von Fr. 3'167.– (Phase II: ab 1. Oktober 2018) und beim Gesuchsteller von einem sol- chen von Fr. 2'186.– (Phase I: 15. Februar 2018 bis 30. September 2018) bzw. von Fr. 2'986.– aus (Phase II: ab 1. Oktober 2018) aus (Urk. 2 S. 13 und S. 17 f.).

#### **E. 3.4.2**

Die Gesuchstellerin beanstandet mit ihrer Berufung, dass in ihrem Bedarf in der Phase I kein Betrag für den öffentlichen Verkehr eingerechnet worden sei. Sie sei seit dem Auszug des Gesuchstellers im November 2017 alleinerziehende Mutter und auf Stellensuche, welche bis heute andauere. Ferner müsse sie für sich und D. \_\_\_\_\_ Wocheneinkäufe tätigen, mit dem Sohn zu Ärzten fahren und ihn zur Schule begleiten. Diese Mobilitätskosten seien auch betreffend die Zeit von Februar 2018 bis September 2018 in der Höhe von Fr. 84.– monatlich aus- gewiesen und in den Bedarf der Gesuchstellerin aufzunehmen (Urk. 1 S. 4). Als Zuschlag zum monatlichen Grundbetrag sind im familienrechtlichen Exis- tenzminimum lediglich die Kosten der Fahrt zum Arbeitsplatz als Teil der unum- gänglichen Berufskosten zu berücksichtigen (vgl. Kreisschreiben der Verwal- tungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich "Richtlinien für die Be- rechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums" vom 16. September 2009, Ziff. III.3.4; fortan "Kreisschreiben"). Darüber hinausgehende Verkehrskos-

- 22 - ten sind im familienrechtlichen Existenzminimum nicht zu berücksichtigen. Die Kosten für weitere Fahrten (z.B. an Sportanlässe und kulturelle Veranstaltungen oder für Besuche bei Freunden und Verwandten, Behördengänge, Arztbesuche, etc.) sind aus dem Grundbetrag oder einem allfälligen Überschussanteil zu finan- zieren (OGer ZH LE160027 vom 09.11.2016, E. C.5; Six, Eheschutz, 2. Aufl., Bern 2014, Rz 2.114). Nach dem Gesagten ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz der im fraglichen Zeitraum nicht erwerbstätigen Gesuchstellerin im vor- liegenden (Manko-) Fall keine Kosten für den

öffentlichen Verkehr angerechnet hat. Seit 18. August 2019 ist die Gesuchstellerin als Reinigungskraft im Rahmen des Arbeitsintegrationsprogramms tätig, weshalb ihr die Kosten für ein ÖV-Abonnement von Fr. 84.– pro Monat anzurechnen sind (vgl. Urk. 2 S. 13), wobei es sich der Einfachheit halber rechtfertigt, die Kosten ab September 2019 im Bedarf zu berücksichtigen. Die Kosten für ein ÖV-Abonnement werden aktuell zwar durch das Sozialamt übernommen (vgl. vgl. [www.sozialhilfe.zh.ch](http://www.sozialhilfe.zh.ch) -> Situationsbedingte Leistungen -> 8. Situationsbedingte Leistungen (WSH) -> 8.1.07. Auslagen für den öffentlichen Verkehr; besucht am 18. Oktober 2019). Da sich Sozialhilfeleistungen aufgrund der Rückerstattungspflicht gemäss § 27 des Sozialhilfegesetzes (SHG; LS 851.1) infolge günstiger finanzieller Verhältnisse jedoch allenfalls nur vorübergehend kostenneutral auswirken, müssen die Kosten für den öffentlichen Verkehr bedarfsseitig berücksichtigt werden.

### **E. 3.4.3**

Weiter sind der Gesuchstellerin seit September 2019 Mehrkosten für auswärtige Verpflegung anzurechnen. Der geltend gemachte Betrag von monatlich Fr. 96.– für zwölf auswärtige Mahlzeiten pro Monat (Urk 24 S. 4) erscheint angemessen und wurde vom Gesuchsteller nicht bestritten, weshalb dieser Betrag im Bedarf der Gesuchstellerin ab September 2019 zu berücksichtigen ist.

### **E. 3.4.4**

Die Gesuchstellerin beanstandet im Zusammenhang mit ihrem Bedarf weiter, dass die Vorinstanz die ausgewiesenen Ratenzahlungen aus Kreditkartenschulden betreffend Einkäufe bei I.\_\_\_\_\_ von Fr. 25.– pro Monat nicht anrechnet habe, obwohl diese Schulden familiärer Natur und durch die Parteien während des Zusammenlebens gemeinsam verursacht worden seien. Seit der Trennung im November 2017 bezahle die Gesuchstellerin diese Schulden mit

- 23 - monatlich Fr. 59.– bzw. Fr. 60.– alleine ab, weshalb diese in der Höhe von Fr. 25.– in ihrem Bedarf zu berücksichtigen seien (Urk. 1 S. 4). Gemäss Rechtsprechung werden Schulden, welche die Ehegatten für den gemeinsamen Lebensunterhalt aufgenommen haben oder für welche sie solidarisch haften, nur dann im Bedarf berücksichtigt, wenn sie regelmässig abbezahlt werden resp. bereits vor der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts regelmässig abbezahlt wurden (OGer ZH LE180050 vom 08.02.2019 E. III.4.6.4, mit Hinweisen auf die entsprechende bundesgerichtliche Rechtsprechung). Berücksichtigt werden somit nur regelmässig abbezahlte Schulden, weil sie den Bedarf des Zahlenden erhöhen (BGer 5A\_816/2014 vom 3. März 2015, E. 4.3). Mit den von der Gesuchstellerin eingereichten Kopien des "Quittungsbüchleins" (Urk. 4/4 S. 2-6) lässt sich eine regelmässige Schuldentilgung nicht belegen. Aus der fraglichen Beilage gehen nämlich lediglich fünf Zahlungen an die H.\_\_\_\_\_ AG hervor, wobei nur bei drei Zahlungen die Zahlungsdaten (25. Juni 2018, 24. September 2018 und 25. März 2019) aufgeführt sind. Die Gesuchstellerin verweist in ihrer Berufungsschrift weiter auf die Akten der Vorinstanz, ohne indes die entsprechenden Aktoren bzw. Aktenstellen zu bezeichnen, woraus sich die angebliche Schuldentilgung ergibt. Es ist nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und die Rechtsschriften der Vorinstanz zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Soweit ersichtlich hat die Gesuchstellerin vor Vorinstanz lediglich einen Einzahlungsschein der "H.\_\_\_\_\_ AG" sowie eine Kopie ihrer I.\_\_\_\_\_ "Shopping Card" eingereicht (Urk. 21/8 im

Parallelverfahren LE190021-O). Mit diesen Urkunden lassen sich keine regelmässigen Abzahlungen nachweisen. Unter diesen Umständen kommt eine Berücksichtigung von Abzahlungsraten im Existenzminimum der Gesuchstellerin im vorliegenden Eheschutzverfahren nicht in Frage.

### **E. 3.4.5**

Was den Bedarf des Gesuchstellers anbelangt, beanstandet die Gesuchstellerin den von der Vorinstanz eingesetzten Betrag für Wohnkosten von Fr. 765.– (inkl. Parkplatz für Fr. 65.–). Der Gesuchsteller habe bezüglich Mietkosten einen Untermietvertrag vom 15. November 2017 betreffend die 3.5-Zimmer-Wohnung im ersten Stock der C.\_\_\_\_-strasse ... in Zürich eingereicht, wonach er monatlich Fr. 550.– Untermiete bezahle. Der Gesuchsteller wohne noch immer bei seinem Sohn J.\_\_\_\_ an vorgenannter Adresse. Bereits im Zeitpunkt des vorinstanzlichen Entscheids habe es keine Anzeichen dafür gegeben, dass sich der Gesuchsteller um eine eigene Wohnung bemühen werde. Auch seither habe der Gesuchsteller keine Suchbemühungen unternommen. Es sei deshalb auf die tatsächlichen Verhältnisse abzustellen. Dementsprechend seien ihm – entgegen der vorinstanzlichen Annahme – die durch den Untermietvertrag ausgewiesenen Wohnkosten von Fr. 550.– anzurechnen (Urk. 1 S. 5 f.). Der Gesuchsteller bringt in diesem Zusammenhang vor, es seien ihm angemessene Wohnkosten von mindestens Fr. 1'200.– anzurechnen. Die Tatsache, dass er vorübergehend bei seinem Sohn lebe und dadurch seinen Wohnkomfort und die Wohnkosten freiwillig senke, solle den anderen Ehegatten nicht begünstigen. Er bemühe sich um eine eigene Wohnung und hoffe, trotz Wohnungsknappheit im Raum Zürich bald eine eigene Wohnung zu finden (Urk. 18 S. 5 f.). Grundsätzlich sind im familienrechtlichen Bedarf die effektiven Wohnkosten zu berücksichtigen. Es ist jedoch zulässig, einer Partei bei der Berechnung ihres Notbedarfs nicht die tatsächlichen, freiwillig zu tief gehaltenen Wohnkosten, sondern denjenigen Betrag anzurechnen, den sie an sich verbrauchen dürfte. Dabei kommt es darauf an, ob davon auszugehen ist, dass es sich um eine vorübergehende Wohnsituation handelt, welche als unangemessen erachtet wird und demnächst geändert werden soll (vgl. ZR 87/1988 Nr. 114; ZR 104/2005 Nr. 54 S. 207 E. 2.c.; Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2010, Rz. 02.34; LE150021 vom 21.09.2015, E. 2.1. S. 6). Gemäss Untermietvertrag war der Mietbeginn bereits am 15. November 2017. Somit lebt der Gesuchsteller seit fast zwei

- 25 - Jahren als Untermieter bei seinem Sohn, weshalb nicht davon auszugehen ist, dass die Wohnsituation des Gesuchstellers nur "vorübergehender" Natur ist. Zwar behauptete der Gesuchsteller bereits im vorinstanzlichen Verfahren, dass er eine eigene Wohnung suche (vgl. Prot. I S. 18). Die behaupteten Suchbemühungen untermauert der Gesuchsteller aber mit keinem einzigen Beleg (Bewerbungsgen/Absagen), weshalb sie nicht glaubhaft erscheinen. Auch tut der Gesuchsteller nicht dar, weshalb seine konkrete Wohnsituation eine übermässige Wohnkomforteinschränkung für ihn darstelle. Damit ist von den tatsächlichen Gegebenheiten auszugehen und es sind dem Gesuchsteller – im Unterschied zum vorinstanzlichen Entscheid (Urk. 2 S. 17) – keine höheren hypothetischen Mietkosten anzurechnen. Sollte der Gesuchsteller aus der Wohnung seines Sohnes ausziehen, so könnte dies eine erhebliche und dauerhafte Veränderung der Verhältnisse und damit allenfalls einen Abänderungsgrund für die getroffenen vorsorglichen Massnahmen darstellen. Gemäss dem in den Akten liegenden Untermietvertrag vom 15. November 2017 beträgt der monatliche Mietzins Fr. 550.– (Urk. 6/5/5). Weiter sind die Parkplatzkosten von

Fr. 65.– pro Monat zu berücksichtigen (Urk. 2 S. 17; Urk. 6/6/1 im Parallelverfahren LE190021-O). Der Gesuchsteller ist von Beruf Taxifahrer und entsprechend auf ein Fahrzeug und somit auch auf einen Parkplatz angewiesen. Da es sich beim festgesetzten Einkommen des Gesuchstellers, wie vorstehend erwogen, um eine Schätzung handelt, spielt es auch keine Rolle, ob er die Kosten für den Abstellplatz in seiner "Buchhaltung" als Geschäftsauslagen abzieht, wie von der Gesuchstellerin behauptet (vgl. Urk. 1 S. 6). Zusammenfassend ist beim Gesuchsteller von Mietkosten von insgesamt Fr. 615.– (inkl. Parkplatz) auszugehen.

#### **E. 3.4.6**

Weil dem Gesuchsteller keine Mietkosten für eine eigene Wohnung angerechnet werden, ist ihm auch in der vorinstanzlichen Phase II (ab Oktober 2018) – gleich wie in der Phase I – lediglich der Grundbetrag für einen alleinstehenden Schuldner in Haushaltsgemeinschaft von Fr. 1'100.– und der hälftige Anteil der Versicherungsprämien sowie der Radio- und Fernsehgebühren anzurechnen. Weiter ist mit Bezug auf den Anspruch auf Prämienverbilligung davon auszugehen, dass das steuerbare Einkommen des Gesuchstellers aufgrund dessen Unterhaltsverpflichtung nach wie vor unter dem anspruchsbegründenden Grenzwert

- 26 - liegt, weshalb dem Gesuchsteller – im Unterschied zum vorinstanzlichen Entscheid (Urk. 2 S. 18) – in der Phase II die gleich hohe Krankenkassenprämie wie in der Phase I anzurechnen ist. Folglich gibt es bei der Bedarfsberechnung des Gesuchstellers nur noch eine einzige Phase.

#### **E. 3.4.7**

Betreffend Steuern bringt der Gesuchsteller vor Obergericht schliesslich vor, die Vorinstanz habe bei der erwerbslosen Gesuchstellerin die Steuern mit einem Betrag von Fr. 100.– berücksichtigt. Dagegen würden beim erwerbstätigen Gesuchsteller keine Steuern anerkannt, was eine Ungleichbehandlung der Parteien bedeute. Im Sinne der Gleichbehandlung seien auch dem Gesuchsteller mindestens Fr. 250.– an Steuerauslagen anzurechnen (Urk. 18 S. 6). Die Gesuchstellerin bestreitet diese Ausführungen und beantragt, dass die Steuern entweder bei beiden oder bei keinem Ehegatten berücksichtigt würden (Urk. 18 S. 4). Bei knappen finanziellen Verhältnissen – wie sie in casu eindeutig vorliegen – sind die laufenden und verfallenen Steuern nicht als Zuschlag zum Grundbetrag in das familienrechtliche Existenzminimum aufzunehmen (BGE 140 III 337 E. 4.4; BGE 126 III 353 E. 1a/aa). Im Sinne des Gleichbehandlungsgrundsatzes rechtfertigt es sich somit, dass in Mankofällen die Steuern bei beiden Ehegatten unberücksichtigt bleiben.

#### **E. 3.4.8**

Der Bedarf des Gesuchstellers beläuft sich somit insgesamt auf monatlich Fr. 2'036.– (Grundbetrag: Fr. 1'100.–, Mietkosten [inkl. Parkplatz]: Fr. 615.–, Krankenkassenprämie: Fr. 67.–, Versicherungen [1/2 Anteil]: Fr. 15.–, Billag bzw. Serafe [1/2 Anteil]: Fr. 19.–, Verpflegung: Fr. 220.–; vgl. Urk. 2 S. 16 f.).

#### **E. 3.4.9**

Zusammenfassend reduzieren sich die Lebenshaltungskosten der Gesuchstellerin im Vergleich zum vorinstanzlichen Entscheid (vgl. Urk. 2 S. 13) in der Phase I (15. Februar 2018 bis 31. August 2019) um Fr. 100.– (Steuern) auf monatlich insgesamt Fr. 2'983.–. Ab der Phase II (1. September 2019 bis 31. August 2019) erhöht sich der Bedarf aufgrund der

Kosten für ein ÖV- Abonnement sowie der Mehrkosten für auswärtige Verpflegung auf Fr. 3'163.–. Da die Gesuchstellerin während den Phasen I und II kein eigenes Einkommen erwirtschaftet, handelt es sich beim Betrag von Fr. 2'983.– bzw. Fr. 3'163.– gleichzeitig um den Anspruch des Sohnes auf Betreuungsunterhalt (vgl. Urk. 2 S.

- 27 - 12). In der Phase III (ab 1. September 2020) resultieren nach Abzug des der Gesuchstellerin angerechneten hypothetischen Einkommens von Fr. 1'600.– Lebenshaltungskosten von Fr. 1'563.–, für welche die Gesuchstellerin betreuungs- bedingt nicht aufkommen kann. Diese stellen den Anspruch von D. \_\_\_\_\_ auf Be- treuungsunterhalt dar. Zusammen mit dem Barbedarf des Sohnes von Fr. 1'025.– (Urk. 2 S. 10) hat D. \_\_\_\_\_ in der Periode I einen Unterhaltsanspruch von insge- samt Fr. 3'808.– (Fr. 2'983.– + Fr. 1'025.– ./ Fr. 200.– [Familienzulagen]) und in der Periode II einen solchen von Fr. 3'988.– (Fr. 3'163.– + Fr. 1'025.– ./ Fr. 200.– [Familienzulagen]). In der Periode III beläuft sich der Unterhaltsanspruch auf mo- natlich Fr. 2'388.– (Fr. 1'563.– + Fr. 1'025.– ./ Fr. 200.– [Familienzulagen]). Das Existenzminimum des Gesuchstellers beträgt Fr. 2'036.–. Dessen Einkommen be- läuft sich auf Fr. 3'800.–, weshalb der Gesuchsteller zu Kinderunterhaltsbeiträgen in der Höhe von Fr. 1'764.–, zuzüglich allfälliger von ihm bezogenen Kinderzula- gen, zu verpflichten ist.

### **E. 3.4.10**

Mit dem festgesetzten Unterhaltsbeitrag von monatlich Fr. 1'764.– kann der Barbedarf des Sohnes vollständig gedeckt werden. Beim Betreuungsunterhalt besteht hingegen ein Fehlbetrag bzw. ein Manko von Fr. 2'044.– pro Monat (Pha- se I: 15. Februar 2018 bis 31. August 2019), von Fr. 2'224.– (Phase II: 1. Sep- tember 2019 bis 31. August 2020) und von Fr. 624.– (Phase III: ab 1. September 2020), was im Entscheiddispositiv entsprechend festzuhalten ist (vgl. Art. 301a lit. c ZPO).

### **E. 3.5**

Bemessungsfaktoren

#### **E. 3.5.1**

Die Vorinstanz hielt im Zusammenhang mit den finanziellen Verhältnissen im Dispositiv fest, dass bei beiden Parteien kein Vermögen vorhanden sei (Urk. 2 Dispositivziffer 4 lit. c der Verfügung). Nach Ansicht der Gesuchstellerin sei diese Feststellung nicht korrekt, weshalb der entsprechende Vermerk zu entfernen bzw. eine Leerstelle oder der Vermerk «in Abklärung» einzufügen sei. Der Gesuchstel- ler finanziere mittels eines (zu) teuren Leasings, welches u.a. auch die Amortisa- tion einschliesse, sein (luxuriöses) Geschäftsfahrzeug der Marke Mercedes-Benz aus Errungenschaft, woraus eine güterrechtliche Forderung der Ehefrau resultie- re. Ferner gebe es eine Lebensversicherungspolice bei der K. \_\_\_\_\_, ein Mietkau-

- 28 - tionsdepot sowie Bankguthaben etc., welche zu klären und zu teilen seien (Urk. 1 S. 3.).

#### **E. 3.5.2**

Nach Art. 59 ZPO tritt das Gericht auf eine Klage oder ein Gesuch ein, wenn die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind. Grundlegende Prozessvorausset- zung ist das schutzwürdige Interesse der klagenden Partei (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens entspricht das Rechtsschutzzinte- resse der Beschwer. Vorausgesetzt ist entweder eine formelle oder eine materiel- le Beschwer. Während die formelle Beschwer

darin gründet, dass das Dispositiv des erstinstanzlichen Entscheids von den Rechtsbegehren der rechtsmittelwilligen Partei abweicht, bedeutet materielle Beschwer, dass sich der erstinstanzliche Entscheid in seinen rechtlichen Wirkungen nachteilig auswirkt und daher ein Interesse an seiner Abänderung verschafft. Vorliegend ist nicht ersichtlich, inwiefern die vorinstanzliche Feststellung zum Vermögen der Parteien nachteilige Auswirkungen auf die Rechtsstellung der Gesuchstellerin haben sollte. Diesbezüglich führt die Gesuchstellerin lediglich aus, sie habe den erwähnten Antrag gestellt, weil sie eine präjudizierende Wirkung aufgrund des Vermerks "Vermögen je (<) Fr. 0.–" nicht riskieren möchte (Urk. 24 S. 3). Eine solche präjudizierende Wirkung besteht nicht. Im Hauptsachenverfahren ist das Gericht nicht an die Feststellungen im Massnahmeentscheid betreffend das Vermögen der Parteien gebunden. Für die güterrechtliche Auseinandersetzung gilt der Verhandlungs- und Dispositivgrundsatz (Art. 277 Abs. 1 sowie Art. 55 und 58 ZPO). Damit ist es im Rahmen des Hauptsachenverfahrens Sache der antragstellenden Partei, ihre güterrechtlichen Ansprüche rechtsgenügend zu beziffern, zu substantiieren und zu belegen. Die Feststellungen im vorliegenden Massnahmeentscheid im Zusammenhang mit dem Vermögen der Ehegatten haben diesbezüglich keinen Einfluss. Das Gericht hat im Hauptsachenverfahren unabhängig davon zu beurteilen, ob die geltend gemachten güterrechtlichen Ansprüche Bestand haben oder nicht. Nach dem Gesagten ist die Gesuchstellerin in Bezug auf ihren Berufungsantrag Ziff. 2 (Urk. 1 S. 2) nicht beschwert, weshalb darauf nicht einzutreten ist.

- 29 -

#### **E. 4**

Zweitinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfolgen

##### **E. 4.1**

Die Höhe der Gerichtsgebühr richtet sich für das Berufungsverfahren nach § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2, § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG). Unter Berücksichtigung des tatsächlichen Streitinteresses, des Zeitaufwands des Gerichts, der Schwierigkeit des Falles sowie mit Blick auf den Umstand, dass das vorliegende Massnahmeverfahren und das Parallelverfahren LE190021-O zwar unterschiedliche Zeitperioden betreffen, die umstrittenen Punkte jedoch bis auf das Einkommen der Gesuchstellerin dieselben waren, erscheint eine Gerichtsgebühr von Fr. 3'000.– angemessen.

##### **E. 4.2**

Die Prozesskosten werden den Parteien nach Massgabe ihres Unterliegens und Obsiegens auferlegt (Art. 106 ZPO). Umstritten waren im vorliegenden Berufungsverfahren im Wesentlichen die Kinderunterhaltsbeiträge. Die Gesuchstellerin beantragt mit ihrer Berufung die Zusprechung eines Unterhaltsbeitrags von monatlich Fr. 1'829.– bzw. Fr. 1'179.– im Falle eines Bezugs einer eigenen Wohnung (Urk. 1 S. 2). Der Gesuchsteller seinerseits verlangt vor Obergericht eine Reduktion der Unterhaltsbeiträge auf Fr. 463.– monatlich (Urk. 1/14 S. 2). Gemäss vorstehenden Erwägungen wird der Gesuchsteller verpflichtet, Kinderunterhaltsbeiträge von monatlich Fr. 1'764.– zu leisten. Damit entspricht der vorliegend festgesetzte Unterhaltsbeitrag bis auf monatlich Fr. 65.– dem Antrag der Gesuchstellerin. Aufgrund dieser vernachlässigbaren Differenz rechtfertigt es sich, die Gerichtskosten vollumfänglich dem unterliegenden Gesuchsteller aufzuerlegen.

### **E. 4.3**

Ausgangsgemäss ist der Gesuchsteller sodann zu verpflichten, der Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren eine volle Parteientschädigung zu bezahlen. Die Parteientschädigung für anwaltlich vertretene Parteien (Art. 95 Abs. 3 lit. a und b ZPO) spricht das Gericht nach den Tarifen (Art. 96 ZPO) bzw. der Anwaltsgebührenverordnung vom 8. September 2010 (AnwGebV) zu. Die Parteientschädigung ist in Anwendung von § 13 Abs. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1, § 9 und § 11 AnwGebV sowie unter Berücksichtigung des Umstandes, dass der Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens mit demjenigen des Verfahrens LE190021-O – bis auf die unterschiedlichen Zeitperioden und das Einkommen der - 30 - Gesuchstellerin – identisch war, auf Fr. 3'000.– festzusetzen, mangels eines entsprechenden Antrages ohne Mehrwertsteuerzuschlag (vgl. Urk. 1 und 17, je S. 2).

### **E. 4.4**

Beide Parteien ersuchen um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands für das Berufungsverfahren (Urk. 1 S. 2; Urk. 14/1 S. 2). Die Gesuchstellerin stellt überdies sinngemäss einen Antrag auf Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags (Urk. 1 S. 2). Wie sich nachfolgend zeigen wird, verfügt der Gesuchsteller nicht über genügend finanzielle Mittel, um einen solchen Prozesskostenbeitrag zu leisten, weshalb der entsprechende Antrag der Gesuchstellerin abzuweisen ist.

#### **E. 4.4.1**

Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Wer diese Bedingungen erfüllt, hat ausserdem Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand, soweit dies zur Wahrung seiner Rechte notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

#### **E. 4.4.2**

Nachdem der Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren keine Gerichtskosten auferlegt werden, ist ihr Gesuch gegenstandslos und entsprechend abzuschreiben, soweit es sich auf die Befreiung von den Gerichtskosten (Art. 118 Abs. 1 lit. b ZPO) bezieht. Das Gesuch um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes darf gemäss Bundesgericht hingegen nicht schon deshalb als gegenstandslos geworden abgeschrieben werden, weil der bedürftigen Partei eine Parteientschädigung zugesprochen wurde. Ein solches Vorgehen ist lediglich dann zulässig, wenn die Solvenz der Gegenpartei ausser Zweifel steht und damit eine Parteientschädigung ohne weiteres als einbringlich gelten kann. Erweist sich die Zahlungsfähigkeit demgegenüber als unsicher, muss gewährleistet bleiben, dass der Anwalt der bedürftigen Partei nötigenfalls durch den Staat gemäss Art. 122 Abs. 2 ZPO entschädigt wird (BGer 5A\_407/2014 vom 7. Juli 2014 E. 2.2. m.w.H.). Angesichts des Umstandes, dass auch dem Gesuchsteller die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren ist (vgl. dazu nachstehende E. 4.4.3) und sich dessen Zahlungsfähigkeit entsprechend als unsicher erweist, ist über das Gesuch um Bestellung eines

- 31 - unentgeltlichen Rechtsbeistands (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO) zu entscheiden (vgl. BGer 5A\_407/2014 vom 7. Juli 2014, E. 2.2; OGer ZH RT150116 vom 11.11.2015, E. II/C/2). Die Gesuchstellerin wird nach wie vor vom Sozialamt unterstützt (Urk. 1 S. 5; Urk. 8). Überdies besteht im Zusammenhang mit dem Betreuungsunterhalt weiterhin ein

Manko, was bedeutet, dass die Gesuchstellerin auch mit den vom Gesuchsteller zu leistenden Unterhaltsbeiträgen ihren Bedarf und denjenigen von D.\_\_\_\_\_ nicht vollumfänglich decken kann. Insgesamt ist die Mittellosigkeit der Gesuchstellerin damit zu bejahen. Ihr im Berufungsverfahren gestelltes Rechtsbegehren war sodann nicht aussichtslos, und die rechtsunkundige Gesuchstellerin war für die sachgerechte Wahrung ihrer Rechte (auch) vor Berufungsinstanz auf anwaltlichen Beistand angewiesen. Damit sind die Voraussetzungen für die unentgeltliche Rechtsbeistandung erfüllt und der Gesuchstellerin ist für das Berufungsverfahren die von ihr beantragte Rechtsvertretung beizugeben.

#### **E. 4.4.3**

Im vorliegenden Mankofall verbleibt dem Gesuchsteller nach Deckung seines Bedarfs sowie nach Abzug der zu leistenden Unterhaltsbeiträge kein Überschuss, mit welchem er die Prozesskosten des Berufungsverfahrens begleichen könnte. Dass der Gesuchsteller über keine nennenswerten liquiden Mittel verfügt, geht zudem aus dem eingereichten Kontoauszug (Urk. 14/4/5) sowie aus den im Recht liegenden Steuererklärungen der beiden letzten Jahre (Urk. 6/47/1 und Urk. 14/4/3) hervor. Demnach ist auch der Gesuchsteller mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO. Seine Rechtsmittelanträge sind nicht als aussichtslos im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO zu betrachten, und eine anwaltliche Verbeistandung des rechtsunkundigen Gesuchstellers erscheint zur Wahrung seiner Rechte notwendig, zumal auch die Gesuchstellerin anwaltlich vertreten ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Dem Gesuchsteller ist deshalb für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y.\_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsbeistandin zu bestellen.

- 32 - Es wird beschlossen:

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