

# ZH\_OBERGERICHT LY220027 vom 16. Oktober 2023

ZH Obergericht, 2023-10-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LY220027](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY220027)

FR: ZH\_OBERGERICHT LY220027 du 16 octobre 2023

IT: ZH\_OBERGERICHT LY220027 del 16 ottobre 2023

## Erwägungen

### E. 1

Die Parteien sind die verheirateten Eltern des gemeinsamen Sohnes C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2014. Sie stehen sich seit dem 27. Mai 2021 vor Vo- rinstanz in einem Scheidungsverfahren gegenüber. Mit Eingabe vom 4. Januar 2022 stellte der Beklagte und Berufungskläger (nachfolgend Beklagter) die ein- gangs zitierten Anträge um Erlass vorsorglicher Massnahmen (Urk. 4/38 S. 1 ff.); die Klägerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend Klägerin) stellte die ihren an- llässlich der Verhandlung vom 9. März 2022 (Urk. 4/46 S. 1 ff. i.V.m. Prot. I. S. 9).

#### E. 1.1

Einkommen des Beklagten

##### E. 1.1.1

Die Vorinstanz rechnete dem Beklagten ein hypothetisches Einkommen ab 1. September 2022 an. Sie begründete dies damit, es erscheine glaubhaft, dass sich der Beklagte mit den Projekten, mit welchen er versucht habe, auf selb- ständiger Basis Geld zu verdienen, eher verschulde, als Einkommen zu generie- ren. Zur Bestimmung des hypothetischen Einkommens erwog die Vorinstanz, dass die letzte Festanstellung bei einem Finanzinstitut schon acht Jahre zurück-

- 10 - liege. Für diese acht Jahre habe der Beklagte nicht wirklich etwas Substantielles und v.a. keine nachgewiesenen Erfolge für einen potentiellen Arbeitgeber vorzu- weisen. Es könne deshalb nicht davon ausgegangen werden, dass er in der Fi- nanzdienstleistungsbranche eine Anstellung in einer Kaderfunktion werde finden können, zumal er sich in diesen Feldern in den letzten acht Jahren auch nicht wei- tergebildet habe. Dass er an seine letzte Anstellung vor acht Jahren bei der D.\_\_\_\_\_, werde anknüpfen können, erscheine unrealistisch. Vielmehr sei zur Be- stimmung seines hypothetischen Einkommens auf den Lohn eines Angestellten ohne Kaderfunktion, der Dienstleistungen in der Finanz- und Versicherungsbran- che erbringe, abzustellen. Die Vorinstanz ging in Anwendung des Lohnbuches Schweiz 2021 von einem realistisch erzielbaren Brutto-Jahresgehalt in der Höhe von rund Fr. 98'500.– (monatlicher Brutto-Lohn von Fr. 7'575.–, zuzüglich 13. Mo- natslohn) aus und rechnete dem Beklagten entsprechend einen hypothetischen Nettolohn von Fr. 6'700.– monatlich an. Dabei gewährte sie ihm unter Berücksichtigung seines Alters, dem Umstand, dass er seit acht Jahren nicht mehr in einem Angestelltenverhältnis gearbeitet habe, und seiner Sprachkennt- nisse eine Übergangsfrist bis zum 31. August 2022 (Urk. 2 S. 19 ff.).

##### E. 1.1.2

Der Beklagte bringt in der Berufungsschrift vor, die Erzielung eines Einkommens von monatlich Fr. 6'700.– sei völlig unrealistisch, was sich auch darin zeige, dass er mit seiner Erwerbstätigkeit in den letzten Jahren nie auch nur annähernd an einen solchen Betrag herangekommen sei. Er sei knapp 50 Jahre alt und seit rund acht Jahren selbständig erwerbstätig. Die Chancen, bei dieser Ausgangslage eine Anstellung in der Finanz- und Versicherungsbranche zu finden, seien äusserst gering, zumal er keine aktuellen Referenzen angeben könne. Er sei zwar im Rahmen der erstinstanzlichen Gerichtsverhandlung selbst noch von einem hypothetischen Einkommen von Fr. 6'000.– [monatlich] ausgegangen, wie sich nun gezeigt habe, sei seine Prognose mit Bezug auf sein Einkommen aus dem Auftrag der E.\_\_\_\_\_ GmbH mit F.\_\_\_\_\_ allerdings viel zu optimistisch gewesen. Wenn überhaupt auf ein hypothetisches Einkommen abgestellt werden könne, sei dieses auf rund Fr. 4'000.– bis max. Fr. 5'000.– [monatlich] ab September 2022 festzulegen (Urk. 1 S. 4 ff.).

- 11 - Mit Eingabe vom 19. Dezember 2022 bringt der Beklagte vor, die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens im vorsorglichen Massnahmenverfahren sei unzulässig, da auf Seiten des unterhaltsberechtigten Haushalts aufgrund des Einkommens der Klägerin von Fr. 5'190.– bei einem Gesamtbedarf von Fr. 4'505.– kein Mankofall vorliege (Urk. 30 S. 8). Sein Einkommen habe sich zwischen dem 12. Juli 2022 und dem 30. November 2022 auf durchschnittlich Fr. 1'310.56 belaufen. Dieser Betrag sei ihm als aktuelles monatliches Einkommen anzurechnen, weshalb er nicht in der Lage sei, seinen Bedarf zu decken und Kinderunterhalt zu leisten (Urk. 30 S. 2 ff. und S. 8). Die Klägerin bestreitet die Ausführungen des Beklagten und bringt zusammenfassend vor, der Beklagte vermeide weiterhin eine reguläre Erwerbstätigkeit, welche es ihm aufgrund seiner Qualifikationen ohne Weiteres ermöglichen würde, das von der Vorinstanz festgelegte hypothetische Einkommen von Fr. 6'700.– zu erzielen (Urk. 26 S. 3 ff., insbesondere S. 7 Mitte; Urk. 37 S. 3 ff.). Ferner bringt sie vor, dass bei ihr ein erwiesenes Manko vorliege, weshalb die Behauptung, die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens im vorsorglichen Massnahmenverfahren sei unzulässig, da beim unterhaltsberechtigten Haushalt kein Manko vorliege, faktisch unzutreffend sei. Zudem sei der geschuldete Barunterhalt des Kindes auch dann nicht dem betreuenden Elternteil anzurechnen, wenn dieser zur Deckung in der Lage wäre (Urk. 37 S. 5).

### **E. 1.1.3**

Gemäss Art. 276 Abs. 1 und 2 ZGB sorgen die Eltern gemeinsam, jeder Elternteil nach seinen Kräften, für den gebührenden Unterhalt des Kindes, wobei der Unterhalt durch Pflege, Erziehung und Geldzahlung geleistet wird. Leben die Elternteile getrennt und steht das Kind unter der alleinigen Obhut des einen Elternteils, in dessen Haushalt es lebt, während es den anderen Elternteil nur im Rahmen des Besuchs- und Ferienrechts sieht, so leistet der obhutsberechtigte Elternteil seinen Unterhaltsbeitrag bereits vollständig in natura, indem er dem Kind Pflege und Erziehung erweist (sog. Naturalunterhalt). Diesfalls fällt der Geldunterhalt vor dem Hintergrund der Gleichwertigkeit von Geld- und Naturalunterhalt vom Grundsatz her vollständig dem anderen Elternteil anheim. Davon hat die Rechtsprechung Ausnahmen gemacht, so beispielsweise für den Fall, dass der betreu-

- 12 - ende Elternteil leistungsfähiger als der andere ist (BGE 147 III 265 E. 5.5 und E. 8.1. m.w.H.). Vorliegend wurde die Obhut für den gemeinsamen Sohn der Klägerin zugeteilt und dem Beklagten ein Besuchs- und Ferienrecht eingeräumt (Urk. 2 S. 33 f.). Die Obhutszuteilung blieb unangefochten. Da die Klägerin ihren Unterhaltsbeitrag in natura erfüllt, ist es am Beklagten, für den monetären Unterhalt von C.\_\_\_\_\_ aufzukommen, und

zwar unabhängig davon, ob die Klägerin in der Lage wäre, den Unterhalt für sich und C.\_\_\_\_\_ zu decken (vgl. dahingehende Rüge in Urk. 30 S. 8). Eine Ausnahme, die es vorliegend rechtfertigen würde, vom Grundsatz der Zahlungspflicht des nicht obhutsberechtigten Beklagten abzuweichen, liegt nicht vor. Schon gar nicht befreit es den Beklagten zugunsten seiner beruflichen Selbstverwirklichung davon, einer unselbständigen Tätigkeit nachzugehen. Wie die Vorinstanz richtig festhielt, hat der Beklagte für die Erfüllung seiner Unterhaltspflicht seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit voll auszuschöpfen, was bedeutet, dass ein Selbstverwirklichungsanspruch zugunsten der Unterhaltspflicht aufgegeben werden muss (vgl. BGer 5A\_745/2022 vom 31. Januar 2023, E. 3.1; BGE 126 IV 131 E. 3; Urk. 2 S. 17). Aus diesem Grund erübrigen sich auch Ausführungen zur vom Beklagten aufgestellten Übersicht über seine tatsächliche Einkommensentwicklung seit 2013 (Urk. 30 S. 2 ff.).

#### **E. 1.1.4**

Im Übrigen setzt sich der Beklagte nur ungenügend mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinander. So zeigt er nicht auf, inwiefern die Festlegung des hypothetischen Einkommens anhand des Lohnbuches Schweiz 2021 falsch sein soll. Seine Behauptung, die Chance auf eine Anstellung in der Finanz- und Versicherungsbranche sei aufgrund seines Alters und mangels aktueller Referenzen äusserst gering, ist pauschal und unsubstantiiert. Er behauptet bspw. nicht einmal erfolglose Suchbemühungen in dieser Branche, in der er unbestritten massen gearbeitet hat. Inwiefern das von ihm behauptete hypothetische Einkommen von Fr. 4'000.– bis maximal Fr. 5'000.– realistischer erscheinen soll (vgl. Urk. 1 S. 5 f.), bleibt unklar. Dasselbe gilt in Bezug auf seine Vorbringen betreffend 13. Monatslohn (Urk. 1 S. 5). Wie erläutert (E. III.1.1.1.), rechnete die Vorinstanz dem Beklagten gestützt auf das Lohnbuch Schweiz 2021 einen 13.

- 13 - Monatslohn an. Das Abstellen auf Lohnangaben der Lohnstrukturerhebungen des Bundesamts für Statistik oder des Lohnbuches Schweiz, die auf Statistiken und anderen Quellen wie Gesamtarbeitsverträge und Lohnempfehlungen der Arbeitgeber- oder Berufsverbände zurückgreifen, ist zur Bemessung des Kindesunterhalts zulässig (BGE 137 III 118 E. 3.2; BGer 5A\_745/2022 vom 31. Januar 2023, E. 3.2). Mit seiner Beanstandung, es könne nicht ohne Weiteres von einem 13. Monatslohn ausgegangen werden, da dieser nicht gesetzlich vorgeschrieben sei (Urk. 1 S. 5), setzt er sich nicht mit der vorinstanzlichen Erwägung auseinander. Ferner ist seine pauschal gehaltene, unbelegte Behauptung unbeachtlich, ihm sei auch deshalb kein 13. Monatslohn anzurechnen, weil er vor Vorinstanz dargelegt habe, inskünftig mit der E.\_\_\_\_\_ GmbH Aufträge und damit regelmässiges Einkommen zu generieren (Urk. 1 S. 5). Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, ohne konkrete Hinweise auf Fundstellen nach dem Kontext zu forschen, um die Vorbringen der Parteien überhaupt erst nachvollziehen zu können. Letztlich ist entgegen der beklagten Ansicht – insbesondere aufgrund der Natur des summarischen Verfahrens – nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz einfachheitshalber den allenfalls erst Ende Jahr ausbezahlten 13. Monatslohn im Sinne eines Durchschnittswerts von Beginn an berücksichtigt (vgl. BGer 5P.172/2002 vom 6. Juni 2002, E. 2.2.).

#### **E. 1.1.5**

Schliesslich ist auch aus den Ausführungen des Beklagten in seiner Eingabe vom 9. Oktober 2023 nichts zu seinen Gunsten abzuleiten. Der Beklagte bringt vor, sich verschiedentlich beworben zu haben, jedoch keine Zu- bzw. Absagen erhalten zu haben

(Urk. 41 S. 2 f.). Als Belege reicht er Eingangsbestätigungen auf sechs Bewerbungen (Urk. 43/15 und Urk. 43/17-22) und die Bestätigung einer Accounteröffnung (Urk. 43/16) sowie vier Jobabsagen (Urk. 43/23-26) ein. Damit sind die Suchbemühungen des Beklagten nicht in genügender Weise erbracht. So reicht er kein einziges Bewerbungsdossier ein, weshalb sich weder der tatsächliche Umfang noch die Seriosität und die Geeignetheit der Suchbemühungen beurteilen lässt (vgl. OGer ZH LZ210006 vom 16. Mai 2023 E. III.E.2.6.). Im Übrigen datieren sämtliche Bestätigungsschreiben für seine Bewerbungseingänge von Ende August 2023 und September 2023, dies obwohl ihm mit vorinstanzlichem Entscheid vom 18. Mai 2022 eine Frist bis 1. September 2022 ge-

- 14 - setzt wurde, um eine Anstellung zu finden (Urk. 2 S. 21), resp. er erst auf den 1. Oktober 2022 zu Unterhaltsleistungen verpflichtet wurde (Urk. 2 S. 35). Für die Zeit ab Erhalt des vorinstanzlichen Entscheids bis Ende August 2023 liegen somit keinerlei Suchbemühungen vor.

#### **E. 1.1.6**

Zusammenfassend bleibt es beim vorinstanzlich festgelegten Einkommen des Beklagten in der Höhe von Fr. 6'700.– monatlich.

#### **E. 1.2**

Einkommen der Klägerin

##### **E. 1.2.1**

Die Vorinstanz rechnete der Klägerin aus ihrer selbständigen Erwerbstätigkeit als Kosmetikerin und gestützt auf das Jahreseinkommen 2019 ein monatliches Netto-Einkommen von Fr. 4'400.– an. Das erzielte Einkommen im Jahr 2020 sei nicht repräsentativ, zumal die Klägerin in diesem Jahr Covid-Unterstützung der Arbeitslosenkasse erhalten habe und sich aus der Bilanz- und Erfolgsrechnung ergebe, dass der von der Klägerin im Jahr 2020 erzielte Umsatz im Vorjahresvergleich um einen Viertel eingebrochen sei (Urk. 2 S. 21).

##### **E. 1.2.2**

Der Beklagte macht geltend, das durchschnittliche Einkommen der Klägerin habe in den letzten Jahren immer zwischen Fr. 5'000.– und Fr. 6'000.– netto betragen, in den letzten zwei Jahren konkret Fr. 5'100.– netto. Den Ausführungen der Vorinstanz im Zusammenhang mit dem Covid-Kredit könne nicht gefolgt werden, zumal dieser umsatzabhängig gewährt worden und damit nicht [sic] von höheren Einnahmen auszugehen sei (Urk. 1 S. 6). Selbst unter Weglassung des Jahres 2020 sei von einem durchschnittlichen Einkommen von Fr. 5'190.– [netto] auszugehen (Urk. 30 S. 9).

##### **E. 1.2.3**

Die Klägerin hält die Vorbringen des Beklagten für unsubstantiiert. Sie macht geltend, es sei auf das vorinstanzlich festgestellte Einkommen von Fr. 4'400.– [netto] abzustellen. Aus der Steuererklärung des Jahres 2021 ergebe sich zudem, dass sich die Einkommensverhältnisse weiter verschlechtert hätten: Gegenwärtig verfüge sie noch über ein monatliches Einkommen von Fr. 3'479.75 (Urk. 26 S. 9; Urk. 37 S. 11).

- 15 -

##### **E. 1.2.4**

Bei der Bemessung des Unterhaltsbeitrags ist grundsätzlich vom tatsächlich erzielten Einkommen auszugehen, zu dem auch erhaltene Boni zählen (BGer 5A\_17/2016 vom 26. Juli 2016, E. 3.2). Bei schwankendem Einkommen bzw. Einkommensbestandteilen sollte auf das Durchschnittseinkommen mehrerer – in der Regel der letzten drei – Jahre abgestellt werden (BGE 143 III 617 E. 5.1; BGer 5A\_125/2020 vom 31. August 2020, E. 4.2.1). Vorliegend ist unbestritten und belegt, dass sich das steuerbare (recte: Netto-) Jahres-Einkommen der Klägerin im Zeitraum von 2013 bis 2019 wie folgt präsentierte (Urk. 30 S. 8; Urk. 4/30/16; Urk. 32/6-11): 2013 Fr. 47'379.– 2014 Fr. 75'069.– 2015 Fr. 40'497.– 2016 Fr. 53'752.– 2017 Fr. 75'313.– 2018 Fr. 91'090.– 2019 Fr. 52'920.– Da die Einkommen starken Schwankungen unterliegen, rechtfertigt es sich in diesem Fall, auf das Durchschnittseinkommen der Jahre 2013 bis 2019 abzustellen. Die Jahre 2020 und 2021 erweisen sich aufgrund der Pandemie als nicht repräsentativ, nicht zuletzt deshalb, weil der Geschäftsbereich der Klägerin von den staatlichen Einschränkungen stark betroffen war und das Einkommen entsprechend durch Staatshilfen verwässert wurde; sie sind für die Berechnung ausser Acht zu lassen. Es kann deshalb auch nicht auf das von der Klägerin mit Eingaben vom 12. Dezember 2022 und 30. Januar 2023 als "gegenwärtig" bezeichnete Einkommen von Fr. 3'479.75 abgestellt werden, zumal sie dieses Einkommen auf die Steuererklärung des Jahres 2021 stützt (Urk. 26 S. 9 und Urk. 37 S. 11 m.H.a. Urk. 29/4). Bei der Klägerin ist folglich von einem monatlichen Einkommen von Fr. 5'190.– netto auszugehen (durchschnittliches Jahreseinkommen von Fr. 62'288.– / 12).

- 16 -

### **E. 1.3**

Bedarf der Parteien

#### **E. 1.3.1**

Der Beklagte rügt im Zusammenhang mit dem Bedarf der Klägerin zunächst, dass sich aufgrund der Wohngemeinschaft mit ihrer Schwester die Positiven Grundbetrag, Miete, Kommunikationskosten, Fernsehgebühren, Mietkaution sowie Hausratsversicherung reduzierten. Die Höhe der Kommunikationskosten rügt er ferner unabhängig von der Wohngemeinschaft (Urk. 1 S. 6 f.). Die Klägerin bestreitet eine solche (Urk. 26 S. 10 f.; Urk. 37 S. 11 f.). Die Behauptungen zur Wohngemeinschaft mit der Schwester sind unsubstantiiert, zumal sich der Beklagte lediglich ohne Weiterungen auf seinen letzten Kenntnisstand stützt. Was den geschwärzten Mietvertrag anbelangt (Urk. 1 S. 6), stützt die von der Klägerin nachgereichte ungeschwärzte Version (Urk. 29/5) die Behauptung des Beklagten nicht, zumal die Schwester nicht, wie von ihm gemutmasst wird, als Mitmieterin aufgeführt ist. Der nur zweimonatige Aufenthalt der Schwester bei der Klägerin (Urk. 26 S. 11) begründete keine zu berücksichtigende kostensenkende Wohngemeinschaft. Im Übrigen setzt er sich in Bezug auf seine Behauptung zum ohnehin maximal anzurechnenden Wohnkostenbetrag von Fr. 1'680.– (Urk. 1 S. 7 Mitte) – insbesondere angesichts der ausführlichen vorinstanzlichen Erwägungen (Urk. 2 S. 25) – nicht genügend mit dem angefochtenen Entscheid auseinander. Es fehlen bspw. Ausführungen dazu, wieso der Klägerin und ihrem Sohn einstweilen im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen und angesichts der finanziellen Lage der Parteien nicht ein Mietzins von insgesamt Fr. 2'700.– anzurechnen sei. Seine Ausführungen in der Stellungnahme vom

#### **E. 1.3.2**

Bei C.\_\_\_\_\_ rügt der Beklagte zunächst ebenfalls die Bedarfsposition Miete (Urk. 1 S. 6). Diesbezüglich kann vollumfänglich auf die vorangehenden Erwägungen verwiesen werden (E. III.1.3.1.). Ferner macht der Beklagte in Bezug auf die angerechneten Fremdbetreuungskosten geltend, der Umstand, dass die Unterhaltsbeiträge für C.\_\_\_\_\_ tiefer als von der Vorinstanz berechnet ausfielen, künftig vermehrt die Schwester der Klägerin Betreuung übernehmen werde und C.\_\_\_\_\_ das Mittagessen regelmässig einmal alle zwei Wochen bei ihm einnehme, wirke sich kostensenkend auf diese Bedarfsposition aus (Urk. 1 S. 7). Dem ist Folgendes entgegenzuhalten: Grundlage für die Berechnung der Fremdbetreuungskosten bildet das steuerbare Einkommen. Relevant sind dabei u.a. die vom Beklagten zu leistenden Unterhaltsbeiträge, aber auch das Einkommen der Klägerin. Wie zu zeigen sein wird, werden sich die Unterhaltsbeiträge zwar um rund Fr. 200.– reduzieren (E. III.1.4.2.), allerdings wird der Klägerin auch ein um rund Fr. 800.– höheres Einkommen angerechnet (E. III.1.2.4.). Insofern geht der Beklagte mit seinem diesbezüglichen Vorbringen fehl. Die Behauptungen des Beklagten betreffend die Betreuung durch die Schwester bleiben zudem einmal mehr unsubstantiiert und unbelegt, weswegen nicht weiter darauf einzugehen ist. Wie ferner zu zeigen sein wird, wird die vorinstanzliche Besuchsrechtsregelung nicht abgeändert resp. dem Beklagten kein zusätzliches Mittagessen mit C.\_\_\_\_\_ alle zwei Wochen eingeräumt (E. III.2.). Entsprechend sind die vorinstanzlich festgelegten Fremdbetreuungskosten zu bestätigen.

### **E. 1.3.3**

Zudem verlangt der Beklagte in Bezug auf die Steuern, dass aufgrund seines tieferen Einkommens und der damit einhergehenden tieferen Unterhaltsbeiträge die Steuerpositionen anzupassen seien. Dass die Vorinstanz die Steuerpositionen (Klägerin Fr. 320.–; C.\_\_\_\_\_ Fr. 160.–; Beklagter Fr. 200.–) schätzte,

- 18 - beanstandet er nicht. Er geht selber anhand einer eigenen Schätzung von Steuerbeträgen von je Fr. 250.– bei den Parteien und von Fr. 120.– bei C.\_\_\_\_\_ aus (Urk. 1 S. 7). Entgegen der Ansicht des Beklagten bleibt sein Einkommen unverändert. Allerdings rechtfertigt es sich aufgrund der zu senkenden Unterhaltsbeiträge, seine Steuerposition auf Fr. 250.– pro Monat zu erhöhen. Im Bedarf der Klägerin und von C.\_\_\_\_\_ hat die Vorinstanz einen Steuerbetrag von Fr. 320.– resp. Fr. 160.– monatlich angerechnet. Von diesen Schätzwerten ist auch weiterhin auszugehen, zumal die reduzierten Unterhaltsbeiträge sich zwar senkend auf die Steuerbeträge auswirken, das höhere Einkommen der Klägerin allerdings eine Erhöhung der Steuern zur Folge hat.

### **E. 1.3.4**

Schliesslich macht der Beklagte mit seiner Eingabe vom 9. Oktober 2023 unter Beilage einer entsprechenden Police, gültig ab 1. Januar 2023, Krankenkassenprämien für sich im Betrag von monatlich Fr. 497.– geltend (Urk. 41 S. 3; Urk. 43/29), was einem um rund Fr. 40.– höheren Krankenkassenbeitrag entspricht, als er von der Vorinstanz festgelegt wurde (vgl. Urk. 2 S. 24). Diese Erhöhung wirkt sich marginal auf die Höhe der Unterhaltszahlungen für C.\_\_\_\_\_ aus (weniger als Fr. 10.– Monat, vgl. ausführlich zu den Berechnungen E. III.1.4.1. f.). Zudem ist zu berücksichtigen, dass auch die Krankenkassenprämien von C.\_\_\_\_\_ (Fr. 105.–; Stand 2022 [Urk. 4/48/62]) im Jahr 2023 von einer Erhöhung betroffen sein werden, weshalb die Änderungen noch geringfügiger ausfallen bzw. den Anstieg beim Beklagten kompensieren dürften. Am Rande sei zudem erwähnt, dass die vom Beklagten vorgebrachte Prämienverbilligung für das Jahr 2022 (Urk.

41 S. 3) angesichts der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens nicht bedarfssenkend zu berücksichtigen ist. Es rechtfertigt sich deshalb – insbesondere aufgrund des vorliegenden vorsorglichen Massnahmenverfahrens – vom von der Vorinstanz festgesetzten Betrag von Fr. 455.– auszugehen.

#### **E. 1.4**

Ferner sind aufgrund des Offizialgrundsatzes in Abweichung von Art. 317 Abs. 2 ZPO auch abgeänderte Rechtsmittelanträge in Kinderbelangen ohne Weiteres zulässig, da die Berufungsinstanz auch von sich aus mehr oder etwas anderes zusprechen könnte, als im Rechtsmittelverfahren (ursprünglich) beantragt wurde (vgl. ausführlich ZK ZPO-Reetz, Art. 317 N 76). 2. Prozessgegenstand Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens ist das Kontaktrecht zwischen dem Beklagten und C.\_\_\_\_\_ (Urk. 2 Dispositiv-Ziffer 3) sowie die von der Vorinstanz von Amtes wegen festgesetzte (Urk. 2 S. 16 ff.) Unterhaltspflicht des Beklagten gegenüber C.\_\_\_\_\_ für die Dauer des Scheidungsverfahrens (Urk. 2 Dispositiv-Ziffer 4). Die Berufung hemmt die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheids im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die Dispositiv-Ziffer 2 der vorinstanzlichen Verfügung (Obhut) blieb unangefochten und ist damit in Rechtskraft erwachsen. Dies ist vorzumerken. III. 1. Unterhaltsbeiträge

##### **E. 1.4.1**

Die Aktualisierung des Einkommens der Klägerin (neu Fr. 5'191.–) sowie der Steuerlast des Beklagten (neu Fr. 250.–) ergibt – unter Berücksichtigung der restlichen Positionen (Urk. 2 S. 24 ff.) – folgende Überschussberechnung:

- 19 - Klägerin C.\_\_\_\_\_ Beklagter Einkommen Fr. 5'190.– Fr. 200.– Fr. 6'700.– ./ . Bedarf Fr. 4'650.– Fr. 1'785.– Fr. 4'195.– Total Fr. 540.– Fr. - 1'585.– Fr. 2'505.– Gesamtüberschuss Fr. 1'460.– Die Vorinstanz verteilte den Gesamtüberschuss nach grossen und kleinen Köpfen, was nicht angefochten wurde. Da die Klägerin nicht am Überschuss partizipiere, weil einerseits der Betreuungsunterhalt auf die Deckung des familienrechtlichen Existenzminimums beschränkt sei und die Klägerin andererseits bewusst keinen Antrag auf persönliche Unterhaltsbeiträge im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen gestellt habe, verteilte sie den Überschuss nur auf den Beklagten und C.\_\_\_\_\_. Entsprechend sprach sie letzterem einen Anspruch am Überschuss von Fr. 240.– zu, was einem Drittel des von der Vorinstanz errechneten Gesamtüberschusses entspricht (Urk. 2 S. 30 f.). Da die Klägerin angesichts des korrigierten Einkommens von Fr. 5'190.– und ihres Bedarfs von Fr. 4'650.– über einen persönlichen Überschuss von Fr. 540.– verfügt, ist sie für die Berechnung von C.\_\_\_\_\_'s Überschussanteil mit einzubeziehen. Es rechtfertigt sich deshalb, C.\_\_\_\_\_ nicht im Umfang von einem Drittel, sondern einem Fünftel am Gesamtüberschuss partizipieren zu lassen.

##### **E. 1.4.2**

Für die Dauer des Scheidungsverfahrens ist somit von folgenden Zahlen auszugehen: Die Familie verfügt über einen Überschuss von Fr. 1'460.–. Der Überschussanteil von C.\_\_\_\_\_ beträgt einen Fünftel davon, somit Fr. 292.–. Der gebührende Unterhalt von C.\_\_\_\_\_ beläuft sich auf Fr. 2'077.– (1'785.– + Fr. 292.–). Davon sind Fr. 200.– (Familienzulagen) abzuziehen, sodass ein Unterhaltsanspruch von C.\_\_\_\_\_ von Fr. 1'877.– resultiert. Da die Klägerin die Obhut innehat, muss der Beklagte grundsätzlich für den geldwerten Unterhalt des Kindes aufkommen (ausführlich dazu E. III.1.1.3.). Wie erörtert, wird dem Beklagten ein monatliches Netto-Einkommen von

- 20 - Fr. 6'700.– angerechnet. Abzüglich seines eigenen gebührenden Unterhalts von Fr. 4'195.– und jenem des Sohnes von Fr. 1'877.– verbleibt ihm ein Überschuss von Fr. 628.–. Der Überschuss der Mutter beläuft sich indessen auf Fr. 540.– (Fr. 5'190.– - Fr. 4'650.–). Da der Beklagte bei dieser Lösung über einen höheren Überschuss als die obhutsinhabende Klägerin verfügt, scheint es angemessen, dass er für den vollen Unterhalt des Sohnes aufzukommen hat (vgl. BGE 147 III 265 E. 8.3.). Entsprechend ist er zur Leistung von monatlichen Unterhaltsbeiträgen von Fr. 1'877.– für den Sohn C.\_\_\_\_\_ zu verpflichten. 2. Zusätzliches Mittagessen

## **E. 2**

Der detaillierte Prozessverlauf vor erster Instanz kann dem vorinstanzlichen Entscheid entnommen werden (Urk. 4/51 S. 3 f. = Urk. 2 S. 3 f.). Am 18. Mai 2022 erging die angefochtene Verfügung (Urk. 2).

### **E. 2.1**

Der Beklagte verlangte vor Vorinstanz neben einem Wochenend- und Ferienbesuchsrecht ein gemeinsames Mittagessen mit dem Sohn alle zwei Wochen (Urk. 38 S. 1 ff.). Die Vorinstanz erwog diesbezüglich, der Antrag scheitere schon daran, dass dem Beklagten ein hypothetisches Einkommen anzurechnen sei, welches er wohl einzig durch eine Festanstellung werde erzielen können. Je nach Art einer solchen Anstellung und je nach Arbeitsort werde es dem Beklagten faktisch nicht möglich sein, das Mittagessen mit dem Sohn zu organisieren. Angesichts dieser Unsicherheit erscheine es als nicht angemessen, für die Dauer des Verfahrens eine Regelung festzulegen. Die Parteien hätten sich diesbezüglich von Fall zu Fall darüber zu einigen, ob und an welchem Tag ein solcher zusätzlicher Kontakt zwischen Vater und Sohn gelebt werden könne (Urk. 2 S. 10).

### **E. 2.2**

Der Beklagte kritisiert die von der Vorinstanz getroffene Annahme, er werde eine unselbständige Erwerbstätigkeit ausüben und künftig keine Zeit mehr haben, ein regelmässiges Mittagessen mit dem Sohn zu organisieren. Er macht geltend, ihm sei der zusätzliche Kontakt wichtig und er möchte diesbezüglich nicht auf den Goodwill der Klägerin angewiesen sein. Es sei im Wohl des Kindes, wenn es den Vater mindestens einmal pro Woche sehen und mit diesem Zeit verbringen könne. Selbst bei Aufnahme einer Festanstellung werde er sich entsprechend organisieren (Urk. 1 S. 9).

### **E. 2.3**

Der Beklagte zeigt nicht auf, inwiefern er auch mit seiner selbständigen Tätigkeit das von der Vorinstanz hypothetisch angerechnete Einkommen von

- 21 - Fr. 6'700.– wird erzielen können. Im Gegenteil behauptet er mit jüngster Eingabe vom 19. Dezember 2022 selbst, auch von Juli 2022 bis November 2022 lediglich ein durchschnittliches Monatseinkommen von Fr. 1'310.56 erzielt zu haben (Urk. 30 S. 7). Mit anderen Worten ist die Annahme der Vorinstanz zu bestätigen, wonach das hypothetische Einkommen nur durch eine Festanstellung (im Vollzeitpensum) erzielt werden kann. Ob sich der Beklagte bei einer Festanstellung ferner tatsächlich – wie von ihm erhofft – so organisieren kann, dass ein gemeinsames Mittagessen mit C.\_\_\_\_\_ an einem festgesetzten Tag alle zwei Wochen möglich ist, bleibt ungewiss. Es geht nicht an, die Besuchsrechtsregelung lediglich aufgrund einer hypothetischen Annahme des Beklagten anzupassen. Auf sein Vorbringen, er wolle nicht auf den Goodwill der Klägerin angewiesen

sein, so sei- en ihm Mittagessen bislang nur immer dann gewährt worden, wenn es für die Klägerin gerade günstig gewesen sei (Urk. 1 S. 9), ist vor diesem Hintergrund nicht weiter einzugehen. Die vorinstanzliche Dispositiv-Ziffer 3 ist entsprechend zu bestätigen. IV. 1. Vorliegend ist ferner über das Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes zu entscheiden (Urk. 26 S. 2). Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Die unentgeltliche Rechtspflege umfasst die gerichtliche Bestellung einer Rechtsvertretung, wenn dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Der Anspruch auf einen Prozesskostenvorschuss geht dem Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege vor (BGE 138 III 672 E. 4.2.1; BGer 5D\_83/2015 vom 6. Januar 2016, E. 2.1). Grundsätzlich darf man von einer anwaltlich vertretenen Partei erwarten, dass sie in ihrem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ausdrücklich darlegt, weshalb ihrer Ansicht nach auf einen Prozesskostenvorschuss zu verzichten sei (BGer 5A\_49/2017 vom 18. Juli 2017, E. 3.1; BGer 5A\_244/2019 vom 15. April 2019, E. 4). Ist die Mittellosigkeit der Gegenpartei aber unbestritten, manifest und ohne

- 22 - Durchsuchen der Akten greifbar, so ist es überspitzt formalistisch, eine formale Erörterung zu verlangen (BGer 5A\_244/2019 vom 15. April 2019, E. 4). Die Klägerin hat dargelegt, weshalb sie auf einen Antrag auf Ausrichtung eines Prozesskostenvorschusses verzichtet (Urk. 26 S. 20). Auch ist aufgrund der Aktenlage ist davon auszugehen, dass der Beklagte nicht in der Lage sein wird, nebst der reduzierten Parteientschädigung weitere Verfahrenskosten der Klägerin zu begleichen (Urk. 32/1-4). Die Mittellosigkeit der Klägerin ist darüber hinaus aktenkundig (Urk. 26 S. 16 ff.; Urk. 29/4-24). Da das Verfahren nicht aussichtslos ist und die Klägerin zur Bewältigung des Prozesses auf anwaltliche Unterstützung gemäss Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO angewiesen ist, ist ihr im Sinne von Art. 117 ZPO die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und eine unentgeltliche Rechtsbeistandschaft zu bestellen. Sie ist auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hinzuweisen. 2. Trifft die Berufungsinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Die Vorinstanz setzte die Entscheidgebühr für ihr Verfahren auf gesamthaft Fr. 3'795.– fest (Entscheidgebühr von Fr. 3'000.– und Dolmetscherkosten von Fr. 795.–) und verteilte sie hälftig auf die Parteien (Urk. 2 Dispositiv-Ziffer 5). Ferner erwog sie, dass aufgrund der hälftigen Auferlegung der Gerichtskosten keine der Parteien der anderen eine Parteientschädigung schulde (Urk. 2 S. 33). Eine entsprechende Dispositiv-Ziffer fehlt allerdings (Urk. 2 S. 33 ff.). Die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung blieb unangefochten (Urk. 1 S. 3 i.V.m. S. 9 unten). Die Höhe der vorinstanzlichen Entscheidgebühr erscheint aufgrund des tatsächlichen Streitinteresses der Parteien, des Zeitaufwandes des Gerichts sowie der Schwierigkeit des Falles angemessen und ist entsprechend zu bestätigen. Die Kosten werden grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt. Hat keine Partei vollständig obsiegt, werden die sie nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Von diesem Verteilungsgrundsatz kann das Gericht unter anderem in familienrechtlichen Verfahren abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO). Die zürcherische

- 23 - Praxis macht davon primär dann Gebrauch, wenn und soweit die Parteien in guten Treuen um nicht vermögensrechtliche Kinderbelange streiten (ZR 84 Nr. 41; vgl. auch

OGer ZH LE180028 vom 20.12.2018, E. IV. 3.1; OGer ZH LE200007 vom 22.04.2020, E. 4.1.4). Ebenfalls erlaubt es die Bestimmung von Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO, Umstände wie die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Parteien in den Entscheid über die Kostenverteilung einzubeziehen (BSK ZPO- Rüegg/Rüegg, Art. 107 N 6). Die hälftige Kostenverteilung entspricht einer Verteilung nach Ermessen i.S.v. Art. 107 Abs. 1 c ZPO und ist nicht zu beanstanden. Dasselbe gilt in Bezug auf die Erwägungen der Vorinstanz zur Parteientschädigung. Das vorinstanzliche Kosten-Dispositiv ist entsprechend zu bestätigen und den Parteien ferner für das vorinstanzliche Verfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen. 3. Die Höhe der Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren bemisst sich nach § 6 Abs. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1, § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und Abs. 2 GebV OG. Unter Berücksichtigung des tatsächlichen Streitinteresses, des Zeitaufwands des Gerichts sowie der Schwierigkeit des Falles erscheint eine Gerichtsgebühr von Fr. 4'500.– angemessen. Die Ladung für die auf den 23. September 2023 angesetzte Vergleichsverhandlung wurde mit Verfügung vom 14. September 2023 abgesagt, ohne dass die für die Verhandlung vorgesehene Übersetzerin G.\_\_\_\_\_ darüber in Kenntnis gesetzt worden ist. Die in diesem Zusammenhang entstandenen Kosten von Fr. 435.– (Urk. 17; vgl. § 23 Abs. 4 SDV) sind endgültig auf die Gerichtskasse zu nehmen. 4. Im Rechtsmittelverfahren gelten dieselben Verteilungsgrundsätze wie vor erster Instanz (Art. 106 ff. ZPO). In Bezug auf die im Berufungsverfahren strittige nicht vermögensrechtliche Besuchsrechtsregelung sind die Kosten praxisgemäss je zur Hälfte auf die Parteien zu verteilen (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO). Die Vorinstanz verpflichtete den Beklagten zu Unterhaltszahlungen für C.\_\_\_\_\_ von monatlich Fr. 2'075.– (Urk. 2 Dispositiv-Ziffer 4). Der Beklagte beantragt berufsungsweise, es sei festzustellen, dass keine Unterhaltsbeiträge zu leisten seien (Urk. 30 S. 2), die Klägerin verlangt die Abweisung der Berufung (Urk. 26 S. 2; Urk. 37 S. 15). Nach erfolgter Korrektur des vorinstanzlichen Entscheids beträgt

- 24 - die Unterhaltspflicht des Beklagten monatlich Fr. 1'877.– (E. III.1.4.). Damit unterliegt der Beklagte in Bezug auf die Unterhaltsfrage zu rund 90% ( $1'877.- / 2'075.- * 100$ ). Unter Berücksichtigung einer Gewichtung der Unterhaltsfrage mit 80% und der nicht vermögensrechtlichen Besuchsrechtsregelung mit 20% ergibt sich insgesamt ein Unterliegen des Beklagten zu rund 80% ( $80\% [Gewichtung Unterhalt] * 90\% [Unterliegen Unterhalt] + 20\% [Gewichtung Besuchsrecht] * 50\% [Unterliegen Besuchsrecht]$ ). Entsprechend sind die zweitinstanzlichen Gerichtskosten von Fr. 4'500.– im Umfang von Fr. 3'600.– dem Beklagten und im Umfang von Fr. 900.– der Klägerin aufzuerlegen. Der auf den Beklagten entfallende Kostenanteil ist mit seinem Vorschuss zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO), der auf die Klägerin entfallende Teil zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Bei diesem Verfahrensausgang ist der Klägerin antragsgemäss (Urk. 26 S. 2) eine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 106 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 95 Abs. 1 lit. b ZPO). Die volle Parteientschädigung ist in Anwendung von § 6 Abs. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1, § 9, § 11 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf Fr. 3'000.– festzusetzen. In Verrechnung der gegenseitigen Ansprüche hat der Beklagte der Klägerin eine auf 60% reduzierte Parteientschädigung im Betrag von Fr. 1'800.– zu bezahlen, die dem unentgeltlichen Rechtsvertreter, Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_, zuzusprechen ist. Ein Mehrwertsteuerzuschlag ist mangels entsprechenden Antrags nicht zuzusprechen (vgl. Urk. 26 S. 2). Es wird beschlossen:

### **E. 3**

Der Beklagte erhob am 30. Mai 2022 innert Frist (Urk. 52/2) dagegen Berufung und stellte gleichzeitig ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsverbeiständung für das vorliegende Verfahren (Urk. 1).

#### **E. 4**

Nachdem sich der Beklagte telefonisch und die Klägerin mit Eingabe vom

#### **E. 5**

Mit Eingabe vom 8. September 2022 stellte der Beklagte, nunmehr (auch) vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X1.\_\_\_\_\_, den Antrag um Übertragung der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung per 8. September 2022 von Rechtsanwältin Dr. iur. X2.\_\_\_\_\_ auf Rechtsanwalt MLaw X1.\_\_\_\_\_ (Urk. 11 bis Urk. 13). Daraufhin wurde Rechtsanwältin Dr. iur. X2.\_\_\_\_\_ mit Verfügung vom 14. September 2022 Frist zur Stellungnahme zum Antrag des Beklagten angesetzt und gleichzeitig die Ladung zur Vergleichsverhandlung vom 23. September

- 7 - 2022 abgenommen (Urk. 14). Rechtsanwältin Dr. iur. X2.\_\_\_\_\_ liess sich innert Frist vernehmen (Urk. 16). Mit Beschluss vom 24. Oktober 2022 wurde der Antrag um unentgeltliche Rechtspflege inkl. unentgeltlicher Rechtsverbeiständung abgewiesen und das Gesuch um Übertragung der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung auf Rechtsanwalt MLaw X1.\_\_\_\_\_ als gegenstandslos geworden abgeschrieben. Gleichzeitig wurde der Beklagte zur Benennung seiner derzeitigen Vertretung und zur Angabe, an welche Vertretung künftig gerichtliche Zustellungen erfolgen sollen, aufgefordert und es wurde ihm Frist zur Zahlung eines Kostenvorschusses angesetzt (Urk. 18 S. 6 f.). Mit Eingabe vom 21. November 2022 zeigte der Beklagte an, durch Rechtsanwalt MLaw X1.\_\_\_\_\_ vertreten zu werden (Urk. 21). Der einverlangte Kostenvorschuss ging innert erstreckter Frist ein (Urk. 19; Urk. 22). Mit Verfügung vom 29. November 2022 wurde der Klägerin Frist zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt (Urk. 25); diese ging innert Frist mit den eingangs zitierten Anträgen ein (Urk. 26). Am 19. Dezember 2022 reichte der Beklagte eine unaufgeforderte Stellungnahme ein und passte den Berufungsantrag Ziffer 2 (Unterhalt) an (Urk. 30 S. 1). Daraufhin wurde dem Beklagten die Berufungsantwort und der Klägerin die Stellungnahme vom 19. Dezember 2022 mit Verfügung vom 3. Januar 2023 zur Kenntnisnahme zugestellt und den Parteien je Frist zur Stellungnahme angesetzt (Urk. 33 S. 3 f.). Die Stellungnahmen gingen fristgerecht ein und wurden der Gegenseite je zur Kenntnis gebracht (Urk. 34; Urk. 35; Urk. 37). Mit Eingabe vom 30. Mai 2023 erklärte die Klägerin, auf eine Replik zur letzten Eingabe des Beklagten zu verzichten (Urk. 40). Weitere Eingaben folgten nicht.

#### **E. 6**

Am 9. Oktober 2023 reichte der Beklagte eine Noveneingabe ein (Urk. 41), welche der Klägerin mit vorliegendem Urteil zuzustellen ist.

#### **E. 7**

Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Die vorinstanzlichen Akten (Urk. 4/1-52) wurden beigezogen.

- 8 - II. 1. Prozessuale Vorbemerkungen

#### **E. 12**

Dezember 2022 zum übersetzten Mietzins (Urk. 34 S. 4 ff.) sind nicht zu hören. Wie bereits erläutert (E. II.1.2.), dient das Replikrecht nicht dazu, die bisherige Kritik zu vervollständigen oder neue vorzutragen. Betreffend Kommunikationskosten bringt der Beklagte vor, die Kosten für UPC beträfen den Monat August 2020. Es sei nicht klar, ob diese nach wie vor in dieser Höhe bestünden, und es sei unbelegt, wofür die Beträge von Fr. 118.– bei UPC und Fr. 42.90 bei Salt bezahlt worden seien. Somit sei vom gerichtsblichen Betrag von Fr. 120.– auszugehen (Urk. 1 S. 7). Der Beklagte verweist weder auf den vorinstanzlichen Entscheid noch auf Beilagen. Es ist nicht an der Kammer,

- 17 - die Akten nach Fundstellen für die Vorbringen der Parteien zu durchforsten (vgl. E. III.1.1.4.). Sämtliche Beanstandungen sind somit mangels rechtsgenügender Rüge unbeachtlich. Die Ausführungen zu den Kommunikationskosten in der Eingabe vom 12. Dezember 2022 (Urk. 34 S. 4 f.) sind ferner neu und stützen sich nicht auf Noven, weshalb sie unbeachtlich sind (vgl. vorstehenden Absatz).

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