

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE190054-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Kriech
und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würgler sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. E. Iseli

Beschluss und Urteil vom 27. Januar 2020

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Bülach vom 7. Oktober 2019 (EE180033-C)**

Rechtsbegehren des Klägers:

(Urk. 39 i.V.m. Urk. 102 Rz. 2.7 und Prot. I S. 99)

1. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass die Parteien bereits seit Juni 2017 den gemeinsamen ehelichen Haushalt gemäss Art. 175 ZGB aufgehoben haben und getrennt leben.
2. Es sei die eheliche Liegenschaft mitsamt Hausrat und Mobiliar an der C._____ ... in D._____ für die Dauer des Getrenntlebens dem Gesuchsteller zuzuweisen.
3. Es sei dem Gesuchsteller das alleinige Sorgerecht gemäss Art. 298 ZGB für die drei gemeinsamen Kinder E._____, geboren tt.mm.2007, F._____, geboren tt.mm.2009, und G._____, geboren tt.mm.2012, zuzuteilen.
4. Die Obhut über die drei Kinder sei alleinig beim Gesuchsteller zu belassen.
5. Es seien die durch die Zirkular-Entscheide der KESB Bülach Nord vom 3. August 2017 errichteten Beistandschaften nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB aufrechtzuerhalten und es seien die mit gleichen Entscheiden ernannten Beistandspersonen beizubehalten.
Es sei den ernannten Beistandspersonen die zusätzliche Aufgabe zu erteilen, die Einhaltung der von der Kindsvertreterin beantragten Weisung (Rechtsbegehren Nr. 4 der Kindsvertreterin) für die Durchführung des Besuchsrechts durch die Gesuchgegnerin zu überwachen.
6. Es sei die Gesuchgegnerin für berechtigt zu erklären, die drei gemeinsamen Kinder gemäss der von der Kindesvertreterin beantragten Ausdehnung des Besuchsrechts zu sehen (Rechtsbegehren Nr. 3 der Kindsvertreterin), unter gleichzeitiger Erteilung und Einhaltung der Weisung, dass weder die Gesuchgegnerin noch die drei gemeinsamen Kinder während den Besuchsstunden der Kinder einen Kontakt irgendwelcher Art mit H._____ haben.
Eventualiter sei die zurzeit laufende Besuchs- bzw. Kontaktregelung weiterhin aufrecht zu erhalten.
7. Die Gesuchstellerin [recte: Gesuchgegnerin] sei zu angemessenen Unterhaltsbeiträgen an die drei gemeinsamen Kinder von mindestens CHF 250.00 / je Kind zu verpflichten. Diese seien jeweils auf den Ersten eines jeden Monats im Voraus zu bezahlen.
8. Es sei die Gesuchgegnerin darüber hinaus zu verpflichten, sich während der Dauer des Getrenntlebens an den ausserordentlichen Kosten für die drei gemeinsamen Kinder (insb. Kosten für Zahnkorrekturen, schulische Fördermassnahmen, etc.) zur Hälfte zu beteiligen, soweit nicht Dritte für diese Leistungen aufkommen. Die gerichtliche Geltendmachung von ausserordentlichen Kosten im Streitfall bleibt vorbehalten.

9. Es sei die Gütertrennung gemäss Art. 176 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB anzuordnen.
10. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7.7% MwSt.) zu Lasten der Gesuchgegnerin.

Rechtsbegehren der Beklagten:

(sinngemäss; Prot. I S. 30 ff. und Prot. I S. 80)

1. Es sei den Parteien das Getrenntleben zu bewilligen.
2. Es sei die eheliche Liegenschaft an der C._____ ... in D._____ für die Dauer des Getrenntlebens dem Kläger zuzuweisen.
3. Es sei der Beklagten das alleinige Sorgerecht für die drei gemeinsamen Kinder E._____, geboren tt.mm.2007, F._____, geboren tt.mm.2009, und G._____, geboren tt.mm.2012, zuzuteilen.
4. Die Kinder seien unter die Obhut der Beklagten zu stellen.
5. Es sei dem Kläger ein gerichtsbliches Besuchsrecht einzuräumen.
6. Es seien die Beistandschaften nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB aufrechtzuerhalten, allerdings seien andere Personen als Beistände einzusetzen.
7. Der Kläger sei zur Bezahlung von angemessenen Unterhaltsbeiträgen an die drei gemeinsamen Kinder zu verpflichten.
8. Ausserordentliche Kosten für die drei gemeinsamen Kinder seien von den Parteien je zur Hälfte zu übernehmen.
9. Es sei der Kläger zu verpflichten, der Beklagten persönliche Unterhaltsbeiträge in Höhe von Fr. 2'000.– zu bezahlen.
10. Alles unter Kostenfolgen zu Lasten des Klägers.

Urteil des Bezirksgerichtes Bülach vom 7. Oktober 2019:

(Urk. 160 = Urk. 163)

1. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Parteien zum Getrenntleben berechtigt sind und getrennt leben.
2. Es wird festgestellt, dass mangels Leistungsfähigkeit der Beklagten einstweilen keine Kinderunterhaltsbeiträge zugesprochen werden.
3. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für sie persönlich wie folgt monatliche Unterhaltsbeiträge zu bezahlen:
 - Fr. 890.– ab 1. Mai 2019 für die weitere Dauer des Getrenntlebens.

Diese Unterhaltsbeiträge sind zahlbar monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.

4. Ziffer 2 und 3 des Urteilsdispositivs basieren auf folgenden finanziellen Grundlagen der Parteien:

	E. _____	F. _____	G. _____
Bedarf	Fr. 1'965.-	Fr. 1'850.-	Fr. 1'605.-
Einkommen	Fr. 200.-	Fr. 200.-	Fr. 300.-

	Kläger (bis 30.04.19)	Kläger (ab 01.05.19)	Beklagte
Bedarf	Fr. 5'240.-	Fr. 4'390.-	Fr. 2'445.-
Einkommen	Fr. 12'000.-	Fr. 12'000.-	Fr. 0.-

5. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Beklagte die eheliche Liegenschaft an der C. _____ ... in D. _____ dem Kläger für die Dauer des Getrenntlebens zur Benützung überlässt und bereits ausgezogen ist.
6. Es wird die Gütertrennung mit Wirkung per 26. April 2018 angeordnet.
7. Auf die übrigen Rechtsbegehren der Parteien und der Kindsvertreterin wird nicht eingetreten.
8. Die Entscheidegebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'000.- ; die Barauslagen betragen:
Fr. 1'560.- Zwischenbericht Beiständinnen;
Fr. noch offen Honorar Kindsvertreterin (in separatem Nachverfahren festzusetzen).
- Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
9. Die Gerichtskosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
10. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
11. (Mitteilung)
12. (Berufung)

Berufungsanträge:

des Berufungsklägers (Urk. 162):

- "1. Es sei Dispositiv-Ziffer 3 des Bezirksgerichts Bülach vom 7. Oktober 2019 gänzlich aufzuheben.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 7,7% MwSt.) zu Lasten der Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind verheiratet und Eltern der Kinder E._____, geboren tt.mm.2007, F._____, geboren tt.mm.2009, und G._____, geboren tt.mm.2012. Mit Eingabe vom 13. März 2018 gelangte der Kläger (eigentlich: Gesuchsteller) und Berufungskläger (fortan: Kläger) an das Bezirksgericht Bülach (Urk. 1) und stellte in der Folge die eingangs wiedergegebenen Rechtsbegehren. Betreffend den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 163 S. 5 bis 7). Die Vorinstanz fällte am 7. Oktober 2019 den eingangs wiedergegebenen Entscheid (Urk. 163).

2. Gegen diesen Entscheid erhob der Kläger am 21. Oktober 2019 innert Frist Berufung, wobei er die oben angeführten Anträge stellte (Urk. 162 S. 2). Mit Verfügung vom 24. Oktober 2019 wurde ihm Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt (Urk. 167), welcher fristgerecht einging (Urk. 168). Da sich die Berufung sogleich als unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort der Gegenpartei verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

II.

1. Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die Dispositiv-Ziffern 1, 2 und 5 bis 7 des vorinstanzlichen Urteils blieben unangefochten. In diesem Umfang ist das vorinstanzliche Urteil am 25. Oktober 2019 in Rechtskraft erwachsen (vgl.

Urk. 161). Dies ist vorzumerken. Den Grundlagen für die Unterhaltsberechnung kommt hingegen keine selbständige Bedeutung zu, weshalb Dispositiv-Ziffer 4 des erstinstanzlichen Urteils auch dann nicht für sich alleine in Rechtskraft erwächst, wenn sie – wie vorliegend – unangefochten blieb. Ebenfalls unangefochten blieben die Dispositiv-Ziffern 8 bis 10 des vorinstanzlichen Urteils. Hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolgen erfolgt indessen keine Vormerknahme der Rechtskraft (vgl. Art. 318 Abs. 3 ZPO).

2. Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; 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. Das setzt (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintretensvoraussetzung) voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anführt, sich argumentativ mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2; 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.H.; BGer 5A_111/2016 vom 6. September 2016, E. 5.3; 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3; 4A_290/2014 vom 1. September 2014, E. 3.1 und E. 5). Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit

curia" (Art. 57 ZPO) im Berufungsverfahren eine Relativierung (BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21 und N 39 ff.; Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 57 N 22).

3. Der Kläger beantragt lediglich, Dispositiv-Ziffer 3 des vorinstanzlichen Urteils sei gänzlich aufzuheben. Zuerst ist zu prüfen, ob das Rechtsbegehren überhaupt genügend klar ist. Vorab hat die Berufung konkrete Rechtsbegehren (Anträge) zu enthalten, aus denen hervorgeht, in welchem Umfang der vorinstanzliche Entscheid angefochten wird (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 311 N 34 m.H.; BSK ZPO-Spühler, Art. 311 N 12). Ausnahmsweise ist auf eine Berufung mit formell mangelhaften Rechtsbegehren einzutreten, wenn sich aus der Begründung ergibt, was der Berufungskläger in der Sache verlangt (BGE 137 III 617 E. 6.2). Zwar kann sich ein Berufungskläger nicht darauf beschränken, die Aufhebung des angefochtenen Entscheids zu beantragen; er muss einen Antrag in der Sache stellen, widrigenfalls auf sein Rechtsmittel nicht eingetreten wird. Im Rechtsbegehren des Klägers betreffend Ehegattenunterhalt fehlt zwar ein Berufungsantrag in der Sache. Aus dem Berufungsantrag zusammen mit der Berufungsgründung geht jedoch hervor, dass der Kläger der Beklagten (eigentlich Gesuchsgegnerin) und Berufungsbeklagten (fortan: Beklagte) keinen Ehegattenunterhalt bezahlen möchte. Er verlangt mit anderen Worten die Aufhebung der entsprechenden Dispositiv-Ziffer in dem Sinne, dass der Beklagten kein Ehegattenunterhalt zugesprochen wird.

III.

1.1. Der Kläger rügt in erster Linie, dass die Vorinstanz der Beklagten Ehegattenunterhaltsbeiträge zugesprochen habe, obschon sie keine verlangt habe. Damit habe die Vorinstanz die Dispositionsmaxime verletzt. Er macht geltend, Seite 32 des Eheschutzprotokolls sei zu entnehmen, dass die Beklagte zum Kindesunterhalt und zum persönlichen Unterhalt befragt worden sei. Sie habe auf die Frage, was ihr Standpunkt betreffend Kindesunterhalt sei, gesagt: "Sofern die Kinder bei mir wohnen, müsste man schauen, dass wir unsere Kosten decken können. Ich kann mit drei Kindern ja nicht arbeiten. Ich beantrage mit anderen Worten angemessene Unterhaltszahlungen. Sofern die Kinder beim Beklagten wohnen sollten, stelle ich keinen Antrag." Auf die Frage, ob die Beklagte noch

Regelungsbedarf bei den Folgen der Trennung sehe, habe sie geantwortet: "Ich möchte einfach, dass die Kinderbelange geregelt werden und dass wir finanziell über die Runden kommen. Allenfalls müsste man wegen den Sachen der Kinder schauen, die noch beim Kläger sind. Ich selber brauche nichts." (Prot. I S. 33). Und schliesslich habe sie auf die Frage, ob sie lediglich Kinderunterhalt oder auch ehelichen Unterhalt beantrage, zur Antwort gegeben: "Das Geld müsste einfach ausreichen, um damit leben zu können. Ich beantrage einfach angemessenen Unterhalt." (Prot. I S. 33). Aus all diesen Äusserungen sei ersichtlich, dass es der Beklagten ausschliesslich um die Kinder gehe. Sie möchte, dass die Kinder bei ihr wohnen. In diesem Fall habe sie auch angemessenen Kinderunterhalt und persönlichen Unterhalt beantragt, da das Geld für sie und die Kinder zusammen ausreichen solle. Im Zusammenhang mit den Unterhaltsfragen habe die Beklagte immer in der Mehrzahl gesprochen. Dies sei ein weiteres Indiz dafür, dass sie die gesamte Frage des Unterhalts immer an die Obhut und Betreuung der Kinder knüpfe. Sie habe auch mehrfach gesagt, dass sie mit drei Kindern nicht erwerbstätig sein könne (z.B. Prot. I S. 32). Dass sich die Beklagte Gedanken zu einem möglichen persönlichen Unterhaltsbeitrag gemacht habe, wenn sie nicht die Obhut über die Kinder habe, gehe jedoch nicht aus dem Eheschutzprotokoll hervor. Auf die Frage, ob sie eigene Anträge stellen möchte, habe sie gesagt: "Nein, ich möchte nur meine Kinder zurück. Ansonsten wüsste ich nicht, was ich beantragen könnte." (Prot. I S. 33). Die Beklagte sei mehrfach vom Eheschutzrichter nach ihren Anträgen auch betreffend Kindes- und persönlichem Unterhalt gefragt worden. Sie habe während des ganzen Eheschutzprozesses nicht den Eindruck gemacht, dass sie die Fragen nicht richtig verstanden hätte. Wenn sie Fragen gehabt habe, so habe sie diese gestellt. Da sie selbst immer wieder von der Verfahrensgeschichte von I._____ und ihren vier Kindern (der ebenfalls die Obhut über ihre Kinder entzogen wurde, welche I._____ später jedoch zurückerhielt; Urk. 41/6+7) erzählt und aus entsprechenden Entscheiden zitiert habe, dürfe und könne davon ausgegangen werden, dass die Beklagte die Regeln des Getrenntlebens kenne. Aus den zitierten Protokollausschnitten sei ersichtlich, dass die Beklagte zu keinem Zeitpunkt persönliche Unterhaltsansprüche beantragt habe für den Fall, dass sie weiterhin ohne die Kinder leben würde. Seit knapp zwei Jahren,

seit der Kläger seine freiwilligen Unterhaltszahlungen eingestellt habe, lebe sie vom Einkommen ihrer Schwester, den Alimenten der Familie H. _____/I. _____ und allfälligen Spenden an die Jesusgemeinde (Prot. I S. 56). Auch vor Anhängigmachung des Eheschutzgesuches habe die Beklagte nie irgendwelche Unterhaltsbeiträge vom Kläger gefordert. Dies spreche ebenfalls dafür, dass die Beklagte nichts vom Kläger haben möchte ausser die Obhut und Betreuung der Kinder. Auf die Frage, wie sie sich zum Antrag auf Beteiligung an ausserordentlichen Kosten stelle, habe die Beklagte geantwortet: "Ich kann nichts bezahlen. Sofern die Kinder bei mir sind, wäre es gut, wenn die Kosten geteilt werden. Sollte die Obhut dem Kläger zugeteilt werden, stelle ich keinen Antrag." (Prot. I S. 32). Und schliesslich habe sie die Frage, ob sie eine Entschädigung beantrage, wie folgt beantwortet: "Ich möchte nur meine Kinder zurück, ich brauche kein Geld." (Prot. I S. 32 f.). Die Beklagte habe zu keinem Zeitpunkt einen persönlichen Unterhaltsbeitrag beantragt. Ihre Aussagen seien klar, nicht widersprüchlich und vollständig (Urk. 162 S. 4 bis 6).

1.2. Die Beklagte antwortete auf die Frage des Vorderrichters, wie das Besuchsrecht für den Fall der Obhutzuteilung an den Kläger ausgestaltet werden solle, das sei für sie "ohnehin keine Option", und verzichtete für diesen Fall auf einen Antrag zum Besuchsrecht (Prot. I S. 31 f.). Die Beklagte wollte – und hatte mit Blick auf den Fall I. _____ aus ihrer Sicht berechnete Hoffnungen –, dass die Obhut über die drei Kinder ihr zugeteilt würde (infolge der Scheidungseinleitung traf der Vorderrichter im Eheschutzverfahren keine Anordnung zur Obhut, vgl. insbes. Urk. 163 E. 2.2.5). Sie verzichtete für den gegenteiligen Fall auf das Stellen von Rechtsbegehren zu den Kinderbelangen, nachdem der Vorderrichter ihr erläutert hatte, dass das Gericht diesbezüglich nicht an die Parteianträge gebunden sei (Prot. I S. 31). Die Beklagte verlangte jedoch auf entsprechende Nachfrage des Vorderrichters und einen Hinweis, dass es für den Ehegattenunterhalt eines konkreten Antrags bedürfe, ausdrücklich Fr. 2'000.– an persönlichem Unterhalt (Prot. I S. 33; ohne dies an die Bedingung zu knüpfen, dass die Kinder unter ihrer Obhut stehen werden). Zu Recht weist der Kläger darauf hin, dass die Beklagte gewusst habe, was sie beantrage. Dies zeigt ihre Erwiderung auf die Frage des Vorderrichters, ob sie einen Antrag zur Gütertrennung stellen möchte. Die

Beklagte antwortete, sie wisse nicht, was das sei. Sie lasse diesen Punkt vorläufig noch offen (Prot. I S. 32). Dass die Beklagte auf die Frage nach einer Entschädigung antwortete, sie brauche kein Geld, kann nicht als Verzicht auf Ehegattenunterhalt, sondern auf eine Umtriebsentschädigung (die als unvertretene und nicht berufstätige Partei sowieso höchstens in den Auslagen für Spesen bestanden hätte) ausgelegt werden. Es liegt auf der Hand, dass es der Beklagten im erstinstanzlichen Eheschutzverfahren vor allem darum ging, die Obhut über ihre drei Kinder zurückzuerhalten (Prot. I S. 33), und ihr alles andere von untergeordneter Wichtigkeit erschien. Dass sie vor diesem Hintergrund ausführte, sie wüsste ansonsten nicht, was sie beantragen könnte (bzw. sie selber brauche nichts; Prot. I S. 33), kann in Anbetracht des klaren Antrags auf Fr. 2'000.– persönlichen Unterhalt nicht als Verzicht auf Ehegattenunterhalt, sollte die Obhut beim Kläger verbleiben, ausgelegt werden. Dass die Vorinstanz die Dispositionsmaxime nicht verletzte, zeigt im Übrigen auch die Ausführung der Beklagten, wonach für sie persönlich um die Fr. 1'000.– genügen würden; sie brauche nicht viel Geld (Prot. I S. 57). Der Kläger zitiert nicht nur hinsichtlich des auf entsprechende Nachfrage des Vorderrichters ausdrücklich beantragten Ehegattenunterhalts von monatlich Fr. 2'000.– unvollständig. Die Beklagte führte, nach dem Standpunkt betreffend Kindesunterhalt befragt, aus, die vom Kläger beantragten Kinderunterhaltsbeiträge von Fr. 250.– pro Kind könne sie sowieso nicht bezahlen (Prot. I S. 32). Die Beklagte erklärte anlässlich der Fortsetzung der Eheschutzverhandlung, sie arbeite nicht, da sie erwarte, dass die Kinder zu ihr zurückkämen. Wenn sie arbeiten würde, hiesse es sonst, sie könne die Kinder deswegen nicht betreuen (Prot. I S. 63). Nach dem Ausgeführten verletzte die Vorinstanz mit der Zusprechung von Fr. 890.– Ehegattenunterhalt die Dispositionsmaxime nicht. Im Übrigen ist im Eheschutz hinsichtlich der Feststellung des Sachverhaltes entgegen dem Kläger nicht die Verhandlungsmaxime, sondern der (für Ehegattenbelange) eingeschränkte Untersuchungsgrundsatz anwendbar (Art. 272 ZPO). Schliesslich war die Beklagte nicht anwaltlich vertreten, weshalb der Vorderrichter seiner verstärkten gerichtlichen Fragepflicht nachkam (Art. 56 ZPO).

2.1. Weiter beanstandet der Kläger, dass die Beklagte seit dem 11. Juli 2017 ohne die drei gemeinsamen Kinder lebe und keine familiären Betreuungs-

aufgaben wahrnehme. Ihr habe aufgrund seiner Aussagen (Zahlungen nur bis 31. Dezember 2017) klar sein müssen, dass sie sich um eine eigene Erwerbstätigkeit kümmern müsse. Sie sei bis zur Geburt von E. _____ im mm.2007 100 % als ausgebildete Kauffrau in der Versicherungsbranche erwerbstätig gewesen. Sie habe danach bis zur Geburt von F. _____ mindestens 20 % weitergearbeitet (Urk. 162 S. 7). Zudem sei sie gesund, erst 38-jährig und könne 100 % arbeiten. Selbst mit einer 50 %-igen Arbeitstätigkeit (wozu sie auch mit den Kindern verpflichtet wäre) könnte sie ihren Lebensbedarf decken (Urk. 162 S. 7 f.).

2.2.1. Ein hypothetisches Einkommen ist nach der Rechtsprechung einzusetzen, wenn die betreffende Prozesspartei bei gutem Willen und zumutbarer Anstrengung ein solches Einkommen erzielen kann (BGE 137 III 118 E. 2.3; 128 III 4 E. 4a; 127 III 136 E. 2a). Wird einer Partei ein hypothetisches Einkommen angerechnet, ist dies grundsätzlich nur für die Zukunft und nicht rückwirkend möglich (vgl. statt vieler *OGer ZH LE170065 vom 16.04.2018, E. IV.B.4.2.4*). Darüber hinaus ist dem Betreffenden 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 144 III 481 E. 4.6.; 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 (wie dies der Kläger fordert), 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 waren (BGer 5A_549/2017 vom 11. September 2017, E. 4; BGer 5A_184/2015 vom 22. Januar 2016, E. 3.2). Diese Voraussetzbarkeit kann grundsätzlich frühestens mit der Zustellung des erstinstanzlichen Entscheids 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.*).

2.2.2. Der Vorderrichter führte aus, die Frage der Anrechnung des hypothetischen Einkommens werde vom Scheidungsgericht als Massnahmegericht zu

prüfen sein und stützte sich dabei auf die Rechtsprechung der urteilenden Kammer (Urk. 163 E. 2.1.2. und E. 2.2.3., insbesondere unter Hinweis auf *OGer ZH LE170039 vom 14.03.2018, E. II.[A.]3.1.*). Der Kläger hatte die Scheidung am 20. Juni 2019 eingeleitet (Urk. 148 f.). Er setzt sich mit der Argumentation des Vorderrichters nicht auseinander. Der Kläger legt insbesondere nicht dar, ob und inwieweit für die vorliegend zu beurteilende Frage des Ehegattenunterhalts ein Kompetenzkonflikt zwischen Eheschutz- und Scheidungsgericht besteht. Deshalb braucht vorliegend nicht beurteilt zu werden, inwieweit an der von der Vorinstanz zitierten Rechtsprechung der urteilenden Kammer, wonach Tatsachen, die sich erst nach Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens ereignen bzw. erst in einem Zeitpunkt danach wirksam werden, nicht mehr in die materielle Beurteilung der Eheschutzmassnahmen einfliessen dürfen (weshalb für die Berücksichtigung solcher Tatsachen das Massnahmegericht in der Scheidung anzurufen ist), festzuhalten ist (vgl. BGer 5A_316/2018 vom 5. März 2019, E. 3; KGer SG FS.2018.25 vom 20. Juni 2019, E. 3b). Damit ist der Beklagten für den vorliegend zu beurteilenden Zeitraum ab dem 1. Mai 2019 kein hypothetisches Einkommen anzurechnen (für die Vergangenheit wegen der vorliegend unzulässigen Rückwirkung, für die Zukunft infolge der rechtshängigen Scheidung).

3.1. Zudem moniert der Kläger, der Bedarf der Beklagten betrage entgegen dem Vorderrichter Fr. 1'393.70 (Grundbetrag Fr. 1'100.–; Krankenkasse Fr. 273.70; Handy Fr. 20.– gem. Prot. I S. 57, höchstens Fr. 75.– [d.h. die Hälfte des gerichtsblichen Betrages]). Die Beklagte wohne seit November 2018 mit ihrer Schwester in einer Wohnung zusammen. Mangels Untermietvertrag könne davon ausgegangen werden, dass sie ihrer Schwester nichts bezahlen müsse (Prot. I S. 95). Für die Haftpflicht- und Mobiliarversicherung sei kein Betrag einzusetzen, da die Beklagte keinen geltend gemacht habe. Selbst mit der richterlichen Befragung habe die Beklagte keine weiteren regelmässigen Ausgaben genannt, geschweige denn belegt. Wenn sie keine Belege einreiche, müsse davon ausgegangen werden, dass sie keine entsprechenden Ausgaben habe. Indem ihr der Vorderrichter einen höheren Bedarf angerechnet habe, habe er die Dispositions- und Verhandlungsmaxime verletzt (Urk. 162 S. 8 bis 10).

3.2.1. Der Vorderrichter ermittelte bei der Beklagten (in Anwendung des eingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes) einen Bedarf von Fr. 2'445.– (Grundbetrag Fr. 1'100.–, Wohnkosten inklusive Nebenkosten Fr. 850.–, Krankenkasse inkl. VVG Fr. 275.–, Haftpflicht-/Mobiliarversicherung Fr. 30.–, Kommunikation und Mediennutzung Fr. 190.–). Dazu erwog die Vorinstanz, die Beklagte lebe bei ihrer Schwester. Entsprechend sei ihr gemäss Kreisschreiben der Grundbetrag für eine alleinstehende, in Haushaltsgemeinschaft lebende Person von Fr. 1'100.– einzusetzen. Die Wohnkosten beliefen sich auf Fr. 1'700.– (Urk. 107/2), wovon im Bedarf der Beklagten der hälftige Betrag einzusetzen sei. Die Krankenkassenprämie sei belegt (Urk. 107/1). Für die Haftpflicht- und Mobiliarversicherung sei mangels Beleg der gerichtsübliche Betrag von Fr. 30.– einzusetzen. Für Kommunikation und Mediennutzung sei ein angemessener Betrag von Fr. 190.– einzusetzen. Auslagen für einen Arbeitsweg und auswärtige Verpflegung entstünden der Beklagten nicht, da sie keiner Erwerbstätigkeit nachgehe. Mangels Einkommen sei ihr auch kein Betrag für die Steuerbelastung einzusetzen (Urk. 163 S. 14 f.).

3.2.2. Zutreffend ist, dass die Beklagte im Zeitpunkt ihrer Befragungen durch den Vorderrichter keine Wohnkosten bezahlte, sondern diese von ihrer Schwester getragen wurden (die Beklagte machte als Gegenleistung offenbar den Haushalt, Prot. I S. 84 und 95). Sie hat aber Anrecht auf die Fortsetzung des zuletzt gelebten ehelichen Standards und damit grundsätzlich auf eine eigene Wohnung. Die Beklagte erklärte vor Vorinstanz, sie werde, sobald sie die (Obhut über die) Kinder habe, eine eigene Wohnung für Fr. 1'600.– bis Fr. 2'000.– beziehen (Prot. I S. 57). Dass die Beklagte ihrer Schwester bislang nichts bezahlte, dürfte auf ihre Einkommenslosigkeit zurückzuführen sein (s. dazu E. 1.2. oben). Selbst wenn man aber den Standpunkt vertreten wollte, die Beklagte habe nur Anspruch auf Ersatz von tatsächlich getätigten Ausgaben, würde sich die Nichtanrechnung von Wohnkosten vorliegend faktisch nicht auswirken, da ihr lediglich Fr. 890.– Unterhalt zugesprochen wurde – was nicht einmal zur Deckung des Grundbetrages reicht. Damit braucht darauf nicht weiter eingegangen zu werden.

3.2.3. Bei den vom Kläger beanstandeten Kosten einer Haftpflicht-/Mobiliarversicherung und bei einer noch innerhalb des Gerichtsüblichen liegenden Pauschale für Kommunikations- und Mediennutzungskosten (welche Telefon- und Internetgebühren sowie die Kosten für die Serafe umfassen, d.h. nicht nur die Handkosten) gilt das zur Wohnung Ausgeführte (vgl. Prot. I S. 57 f.). Bei der Rundung der Krankenkassenkosten handelt es sich schliesslich um eine zulässige und gerichtsübliche Vorgehensweise, anderes tut der Kläger auch nicht dar.

4.1. Der Kläger beanstandet weiter die Berechnung seines Bedarfs und desjenigen der Kinder. So erhöhe sich der Bedarf von F. _____ ab mm.2019 um Fr. 200.–, da infolge seines Alters sein Grundbetrag von Fr. 400.– auf Fr. 600.– steige. Für G. _____ falle ab mm.2019 die freiwillige Familienzulage der J. _____ von Fr. 100.– weg (Urk. 162 S. 10 unter Verweis auf Prot. I S. 91). Beim Kläger sei der Bedarf unter Berücksichtigung der monatlichen Prämien für die K. _____ - Police von Fr. 300.– und für die L. _____ von Fr. 100.– zu berechnen. Über diese Versicherungen habe er bereits während des Zusammenlebens verfügt (Urk. 162 S. 11).

4.2.1. Bei der beanstandeten Berechnung des Kinderbedarfs gilt Folgendes: Wie bereits erwähnt, wurde die Scheidung der Parteien am 20. Juni 2019 eingeleitet. Die Änderung des Grundbetrages erfolgte ab mm.2019 und die Reduktion der Kinderzulagen im mm.2019. Damit sind die Änderungen gemäss der vom Vorderrichter zitierten Rechtsprechung im Eheschutzverfahren nicht mehr zu berücksichtigen (s. E. III./2.2.2. oben). Der Kläger setzt sich damit nicht auseinander (s. E. II./2. oben), weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist.

4.2.2. Der Vorderrichter beliess dem Kläger in der ersten Phase bis 30. April 2019 den Überschuss von Fr. 2'040.– bzw. in der zweiten Phase ab 1. Mai 2019 nach Abzug der Ehegattenunterhaltsbeiträge von Fr. 890.– einen Überschuss von Fr. 2'000.– (Urk. 163 E. 4.2.3. f.). Daraus ist der Kläger ohne Weiteres in der Lage, die von der Vorinstanz lediglich im Rahmen der Überschussverteilung berücksichtigten und vom Kläger beanstandeten Positionen der dritten Säule bei der K. _____ von Fr. 300.– und der Lebensversicherung bei der L. _____ AG von Fr. 100.– (Urk. 10/8+9) zu bezahlen. Zu Recht berücksichtigte die Vorinstanz die-

se Positionen nicht in der (engen) Bedarfsberechnung, sondern lediglich bei der Verteilung des Überschusses. Beide Positionen gehören nicht zum engen Bedarf, sondern führen zu Vermögensbildung (infolge der Gütertrennung nur noch auf Seiten des Klägers). Der Kläger setzt sich mit den zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen (Urk. 163 E. 4.2.3.) nicht auseinander.

5.1. Schliesslich rügt der Kläger die Berechnung seines Einkommens. Er habe bereits im Herbst 2017 nach einigen Monaten der Trennung und alleinigen Kinderbetreuung sein Arbeitspensum auf 80 % reduzieren wollen (unter Verweis auf Prot. I S. 25). Er habe dies damals mit seinem Vorgesetzten besprochen, doch habe es keine konkrete Möglichkeit gegeben. Jetzt beabsichtige er tatsächlich, sein Pensum auf 80 % zu reduzieren, nachdem nun einerseits bei seiner Arbeitgeberin die Teilzeitarbeit auch von Kadermitarbeitenden gefördert werde und er andererseits die hohe physische und psychische Belastung während den zweieinhalb Jahren mit 100 %-iger Arbeit und 100 %-iger Kinderbetreuung nicht überstrapazieren möchte. Er werde voraussichtlich per Januar 2020 seine Erwerbstätigkeit auf 80 % reduzieren (Urk. 162 S. 11). Hinzu komme, dass 2018 ein sehr gutes Geschäftsjahr gewesen sei, weshalb ein überdurchschnittlicher Bonus von Fr. 33'000.– ausgeschüttet worden sei. Für das laufende Jahr (2019) könne jedoch nur noch mit etwa der Hälfte gerechnet werden. Der Kläger sei dazu zu befragen. Damit betrage sein Einkommen Fr. 10'600.– und bei einem 80 %-Arbeitspensum Fr. 8'500.– (Urk. 162 S. 12).

5.2. Dass der Kläger sein Arbeitspensum auf 80 % reduzieren möchte, ist eine unbelegte Absichtserklärung. Auch die angebliche Reduktion des Bonus um rund 50 % ist eine unsubstantiierte Behauptung. Darauf ist nicht weiter einzugehen. Zudem könnte nach der oben erwähnten Rechtsprechung der urteilenden Kammer (s. E. III./2.2.2. oben) selbst bei substantiierten Behauptungen eine allfällige Einkommensreduktion infolge Rechtshängigkeit der Scheidung nicht mehr berücksichtigt werden.

6. Zusammengefasst erweist sich die Berufung als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist, soweit darauf einzutreten ist.

IV.

1. Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens (§ 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2, § 5 und § 6 Abs. 2 lit. b GebV OG) dem Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Mangels erheblicher Umtriebe ist der Beklagten für das Rechtsmittelverfahren keine Umtriebsentschädigung zuzusprechen.

2. Es bleibt somit bei der vorinstanzlichen Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 7. Oktober 2019 hinsichtlich der Dispositiv-Ziffern 1, 2 und 5 bis 7 am 25. Oktober 2019 in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Schriftliche Mitteilung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird, und die Dispositiv-Ziffern 3, 4 und 8 bis 10 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 7. Oktober 2019 werden bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es werden keine Partei- bzw. Umtriebsentschädigungen zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage der Doppel von Urk. 162 und 166/3-5, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 90 und Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 27. Januar 2020

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Iseli

versandt am:
sn