

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE210050-O/U

damit vereinigt Geschäfts-Nr. LE210054-O

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter lic. iur. A. Huizinga sowie
Gerichtsschreiber MLaw H. Schinz

Beschluss und Urteil vom 9. Dezember 2021

in Sachen

A._____,

Gesuchstellerin, Erstberufungsklägerin und Zweitberufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____,

Gesuchsgegner, Erstberufungsbeklagter und Zweitberufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y._____,

betreffend **Eheschutz**

**Berufungen gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Pfäffikon vom 11. Mai 2021 (EE200032-H)**

Erwägungen:

1. Ausgangslage und Prozessgeschichte

1.1 Die Parteien haben am tt. April 2003 geheiratet und sind die Eltern der Kinder C._____, geboren am tt.mm.2006, und D._____, geboren am tt.mm.2008 (Urk. 11). Mit Eingabe vom 3. November 2020 machte die Gesuchstellerin, Erstberufungsklägerin und Zweitberufungsbeklagte (nachfolgend: Gesuchstellerin) bei der Vorinstanz das vorliegende Eheschutzverfahren anhängig (Urk. 1). Der weitere Prozessverlauf vor erster Instanz kann den entsprechenden Erwägungen des angefochtenen Entscheids entnommen werden (Urk. 71 S. 3 f.). Mit Urteil vom 11. Mai 2021 bewilligte die Vorinstanz den Parteien die Aufhebung des gemeinsamen Haushalts (Urk. 71 Dispositiv-Ziffer 1) und teilte die Obhut über die Kinder der Gesuchstellerin zu (Urk. 71 Dispositiv-Ziffer 2). Auf die Festsetzung eines Besuchsrechts für die Tochter C._____ wurde verzichtet (Urk. 71 Dispositiv-Ziffer 3). Der Gesuchsgegner, Erstberufungsbeklagte und Zweitberufungskläger (nachfolgend: Gesuchsgegner) wurde für berechtigt erklärt, den Sohn D._____ ab August 2021 an jedem zweiten Sonntag sowie an einem Abend alle zwei Wochen zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen (Urk. 71 Dispositiv-Ziffer 4), und es wurde für D._____ eine Besuchsrechtsbeistandschaft errichtet (Urk. 71 Dispositiv-Ziffern 5-6). Die eheliche Wohnung wurde der Gesuchstellerin samt Hausrat und Mobilien zugewiesen (Urk. 71 Dispositiv-Ziffer 7), ihr Antrag auf Ehegattenunterhalt abgewiesen (Urk. 71 Dispositiv-Ziffer 9) und die Gütertrennung angeordnet (Urk. 71 Dispositiv-Ziffer 10). Die Gerichtskosten wurden den Parteien hälftig auferlegt und keine Parteientschädigungen zugesprochen (Urk. 71 Dispositiv-Ziffern 11-13). In der von beiden Parteien angefochtenen Dispositiv-Ziffer 8 wurde der Gesuchsgegner zu Unterhaltszahlungen für die Kinder verpflichtet (Urk. 71 Dispositiv-Ziffer 8). Diese Dispositiv-Ziffer lautet wie folgt:

8. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für die Kinder einen monatlichen Unterhaltsbeitrag in der Höhe von je Fr. 976.– (nur Barunterhalt), zuzüglich allfälliger bezogener Familienzulagen in den Monaten Oktober und November 2020, zu bezahlen; zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, rückwirkend ab 1. Oktober 2020.

Es wird festgehalten, dass der Gesuchsgegner bereits Fr. 5'000.– der rückwirkend geschuldeten Kinderunterhaltsbeiträge bezahlt hat.

1.2 Mit Eingabe vom 23. August 2021 erhob die Gesuchstellerin innert Frist (vgl. Urk. 69/1) Berufung mit folgendem Rechtsbegehren (Urk. 70 S. 2):

- "1. Es sei Ziff. 8 Abs. 1 des angefochtenen Urteils aufzuheben und durch folgende Regelung zu ersetzen: Der Gesuchsgegner und Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin für die Kinder einen monatlichen Unterhaltsbeitrag für D._____ von Fr. 1'685.– und für C._____ einen solchen von Fr. 1'760.– zu bezahlen; zuzüglich allfällig bezogene Kinder- und Ausbildungszulagen für die Monate Oktober und November 2020, zahlbar monatlich im Voraus, rückwirkend ab 1. Oktober 2020.
2. Es sei der Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Berufungsklägerin einen Prozesskostenvorschuss in der Höhe von Fr. 6'000.– zu bezahlen.
3. Eventualiter: Es sei der Berufungsklägerin die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren, und es sei ihr in der Person des Schreibenden einen unentgeltlichen Rechtsvertreter zu bestellen."

Gleichentags machte sie zudem eine Beschwerde gegen Dispositiv-Ziffer 2 der Verfügung der Vorinstanz vom 11. Mai 2021 anhängig und verlangte darin, ihr sei für das erstinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren. Das entsprechende Beschwerdeverfahren wird von der hiesigen Kammer unter der Geschäfts-Nummer RE210006-O geführt.

1.3 Auch der Gesuchsgegner erhob mit seiner Eingabe vom 30. August 2021 fristgerecht (vgl. Urk. 69/2) Berufung und Beschwerde und stellte folgendes Rechtsbegehren (Urk. 76/70 S. 2):

- "1. Es sei Ziffer 8 des Urteils vom 11. Mai 2021 des Bezirksgerichts Pfäffikon aufzuheben, und es sei der Berufungskläger für verpflichtet zu erklären, der Gesuchstellerin für die Kinder einen monatlichen Unterhaltsbeitrag in der Höhe von je CHF 258 zu bezahlen.
2. Es sei der Berufung die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 7.7% MwSt) zulasten der Berufungsbeklagten."

Weiter beantragte der Gesuchsgegner, Dispositiv-Ziffer 1 und 2 der Verfügung vom 11. Mai 2021 seien aufzuheben und die Gesuchstellerin zu verpflichten, ihm für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren angemessene Prozesskostenbeiträge zu bezahlen. Eventualiter sei ihm für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und ihm Rechtsanwältin MLaw Y._____ als unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen (Urk. 76/70 S. 2).

1.4 Zur Behandlung der Berufung des Gesuchsgegners wurde das Geschäft LE210054-O eröffnet. Das Ersuchen des Gesuchsgegners um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wurde mit Verfügung vom 2. September 2021 abgewiesen (vgl. Urk. 76/75 S. 5). Die Entscheide der ersten Instanz betreffend den Prozesskostenbeitrag und die unentgeltliche Rechtspflege unterliegen der Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO, weshalb diese Anträge des Gesuchsgegners in einem separat eröffneten Beschwerdeverfahren zu behandeln sind (vgl. RE210008-O).

1.5 Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-69). Da sich beide Berufungen sogleich als offensichtlich unbegründet erweisen, kann auf weitere Prozesshandlungen verzichtet werden (vgl. Art. 312 Abs. 1 ZPO).

2. Prozessuales

2.1 In den von den Parteien initiierten Berufungsverfahren stehen sich dieselben Parteien in derselben Rechtssache gegenüber und beide Berufungen richten sich gegen denselben Entscheid der Vorinstanz vom 11. Mai 2021 (Urk. 71). Das Berufungsverfahren LE210054-O ist deshalb mit dem vorliegenden Verfahren zu vereinigen (Art. 125 lit. c ZPO), unter der Geschäftsnummer LE210050-O weiterzuführen und als dadurch erledigt abzuschreiben. Die Akten des Verfahrens LE210054-O sind als Urk. 76/70–76 zu den Akten des vorliegenden Prozesses zu nehmen.

2.2 Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens ist die Dispositiv-Ziffer 8 des angefochtenen Urteils. Die Dispositiv-Ziffern 1-7 und 9-10 blieben unange-

fochten, weshalb sie in Rechtskraft erwachsen sind (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Dies ist vorzumerken. Gestützt auf Art. 318 Abs. 3 ZPO gilt dies nicht für die erstinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen (Dispositiv-Ziffern 11-13).

2.3 Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung und die 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). Bei der Rechtsanwendung ist sie weder an die in den Parteieingaben geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden (BGer 2C_124/2013 vom 25. November 2013, E. 2.2.2; Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm et al., ZPO-Komm., Art. 318 N 21; Seiler, Die Berufung nach ZPO, 2013, § 17 Rn 1507). Abgesehen von offensichtlichen Mängeln ist die Beurteilung indes auch im Anwendungsbereich der Untersuchungsmaxime auf die formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhobenen Beanstandungen zu beschränken (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 mit weiteren Hinweisen). In der schriftlichen Berufungsbegründung ist daher hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Dies setzt eine argumentative Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Erwägungen voraus (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Was nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden und hat grundsätzlich Bestand (BGer 4A_173/2021 vom 19. Juli 2021, E. 7).

3. Einkommen des Gesuchsgegners

3.1 Die Vorinstanz erachtete die vom Gesuchsgegner eingereichte Buchhaltung für vollständig und korrekt und die daraus resultierenden Beträge damit als glaubhaft. Sie erwog, es obliege der unterhaltsberechtigten Partei, konkrete Anhaltspunkte vorzubringen, aufgrund welcher sich klar ergebe, dass die Buchhaltung in

irgendeiner Form manipuliert worden sei. Um Schwankungen Rechnung zu tragen, sei das Einkommen des Gesuchsgegners anhand der Buchhaltungsunterlagen der Jahre 2017, 2019 und 2020 zu ermitteln. Das Jahr 2018 sei auszuklammern, da es sich um ein ausnehmend schlechtes Geschäftsergebnis gehandelt habe, was der Gesuchsgegner glaubhaft und plausibel mit einer Baustelle vor seinem Coiffeurgeschäft und dementsprechend tieferen Einnahmen bei gleichbleibenden Personalauslagen habe darlegen können. Da es sich bei dieser Baustelle um ein einmaliges Ereignis gehandelt habe, rechtfertige es sich, das Geschäftsjahr 2018 bei der Einkommensermittlung unberücksichtigt zu lassen. Der Gesuchstellerin gelinge es nicht, konkrete Anhaltspunkte dafür vorzubringen, dass die Buchhaltung manipuliert worden sei. Der höhere Personalaufwand im Jahr 2018 könne damit begründet werden, dass der Gesuchsgegner damals zwei Angestellte beschäftigt habe und danach nur einen. Die Vorbringen der Gesuchstellerin betreffend die teuren Ferien des Gesuchsgegners und die nicht verbuchten Einnahmen seien als reine Behauptungen aufzufassen, da dazu keinerlei Belege eingereicht oder detaillierte, glaubhafte Ausführungen gemacht worden seien. Während im Jahr 2017 und 2019 auf den ausgewiesenen Gewinn abzustützen sei, sei im Jahr 2020 auf die höheren Privatbezüge abzustellen. Es sei somit von einem durchschnittlichen Jahreseinkommen von Fr. 64'931.41 auszugehen, was ein monatliches Nettoeinkommen von gerundet Fr. 5'411.– ergebe (Urk. 71 S. 21 ff.).

3.2 Die Gesuchstellerin ist der Ansicht, zu Recht geltend gemacht zu haben, dass der Gesuchsgegner jahrelang Kosten geschäftlich abgerechnet habe, welche in einem Eheschutzverfahren nicht akzeptiert werden könnten. So müsse dem Einkommen des Gesuchsgegners ein hypothetischer Betrag von Fr. 500.– angerechnet werden, da er über einen Personenwagen verfüge, welcher erfahrungsgemäss monatlich Fr. 500.– verursache und der Gewinn entsprechend reduziert werde. Zudem sei beispielsweise eine Quittung von C&A eingereicht worden, gemäss welcher am 15. Januar 2018 diverse Kleider für Fr. 159.– gekauft worden seien. Dabei handle es sich um handelsübliche Jeanshosen, welche kaum als Arbeitsuniform verrechnet werden könnten. Dasselbe gelte für die Quittung vom 26. Januar 2018, gemäss welcher der Gesuchsgegner zwei Getränke

wohl privat konsumiert und als Spesen abgerechnet habe. Obwohl der Gesuchsgegner zur Berufsausübung nachweislich nicht auf ein privates Fahrzeug angewiesen sei, seien beispielsweise Strassenverkehrsabgaben für das Jahr 2018 in der Höhe von Fr. 668.– als Aufwand in Abzug gebracht worden. Auch würden kleinere Beträge für Schokolade, Lollies, Motorenöl, Parkplatzgebühren, Kosten für Autoreparaturen etc. als Geschäftsaufwand in Abzug gebracht. Da sie betont habe, dass es sich bei den Kunden des Berufungsbeklagten vorwiegend um Stammkunden handle, welche sich nicht von einer Baustelle oder sonstigen Hindernissen abhalten lassen würden, sei im Jahr 2018 trotz der Baustelle kein Umsatzrückgang zu verzeichnen gewesen. Es sei unglaublich, dass der Gesuchsgegner einen massiv tieferen Lohn als seine Angestellten erzielt habe, was wiederum bedeute, dass der reduzierte Umsatz unter dem Vorwand der Baustelle und deren Folgen angegeben worden sei. Sie habe mehrfach betont, dass der Gesuchsgegner die Kasse nicht ordnungsgemäss führe und nicht immer alle Einnahmen verbuche. Es sei ein offenes Geheimnis, dass im Coiffeurgewerbe sehr viele Kunden bar bezahlen und diese Einnahmen nicht festgehalten würden. Es sei keineswegs plausibel, dass der seit mehreren Jahren als selbständiger Coiffeur tätige Gesuchsgegner lediglich einen Lohn von ca. Fr. 5'000.– erziele, wenn der bis vor der Trennung der Parteien gelebte Lebensstandard berücksichtigt werde. Bereits aufgrund der von den Parteien während des Zusammenlebens getätigten Ausgaben hätte die Vorinstanz Zweifel an der Buchhaltung zu hegen gehabt. Müsste der Gesuchsgegner lediglich von denjenigen Umsätzen ausgehen, welche schliesslich zu seinem Gewinn/Einkommen führen würden, hätte er über die Jahre nicht den von den Parteien beschriebenen Lebensstandard geniessen können. Es rechtfertige sich, von einem angemessen höheren Einkommen von Fr. 8'000.– pro Monat auszugehen und entsprechend höhere Unterhaltsbeiträge für die Kinder festzulegen. Sollte auch die Berufungsinstanz davon ausgehen, dass die Buchhaltung tatsachenwidrig sei, respektive für die Berechnung von Kinderunterhaltsbeiträgen nicht genüge, solle eventualiter eine Begutachtung der Buchhaltungsunterlagen in Auftrag gegeben werden (Urk. 70 S. 5 ff.).

3.3 Der Gesuchsgegner beanstandet seinerseits, dass sich die Vorinstanz im Widerspruch zu ihren eigenen Erläuterungen im Jahr 2020 auf die Privatbezüge

statt auf den Reingewinn stütze. Sodann sei falsch, dass die Privatbezüge in den vorhergehenden Jahren im Gewinn berücksichtigt gewesen seien, da es sich bei den Privatbezügen um ein Bilanzkonto handle und der Gewinn eine Position der Erfolgsrechnung darstelle. Auch wenn die Privatbezüge die Bilanz verkürzen bzw. das Eigenkapital verringern würden, seien diese nicht erfolgsrelevant. Demnach dürfe nicht eine Aufrechnung des Gewinns um die Privatbezüge erfolgen. Infolge Korrektheit der Buchhaltung sei vorliegend vom Gewinn auszugehen. Auch wenn aufgrund von nicht überzeugenden bzw. plausiblen Unterlagen oder Behauptungen zum Einkommen die Privatbezüge als Hinweis auf den Lebensstandard der Ehegatten Berücksichtigung finden würden, wäre nach Ansicht des Gesuchsgegners für sämtliche berücksichtigten Geschäftsjahre entweder auf die Privatbezüge oder die Gewinne abzustellen, da sich diese gegenseitig ausschliessen würden. Somit habe die Vorinstanz den durchschnittlichen Einkommenswert des Gesuchsgegners in Anwendung eines unzulässigen Methodenpluralismus ermittelt. Zudem seien einzelne Abschlüsse nur ausser Betracht zu lassen, wenn die plötzliche Veränderung des Einkommens im Vergleich zum Vorjahr nicht nachvollziehbar belegt werden könne. Der Vorinstanz könne nicht gefolgt werden, soweit diese das Jahr 2018 ausser Acht lasse. Dieses Jahr lasse sich auch nicht mit dem Argument ausklammern, es habe sich dabei um ein einmaliges Ereignis gehandelt, da die Gewinne der Jahre 2018 und 2020 sich nur minim unterscheiden würden. Im Umkehrschluss könnten dann die Geschäftsjahre 2017 und 2019 als besonders gute Abschlüsse unberücksichtigt bleiben. Es erscheine als gerechtfertigt, als Einkommensgrundlage vom Durchschnitt der letzten vier Jahresgewinne auszugehen. Daraus resultiere ein durchschnittlicher Jahresgewinn von Fr. 46'345.75 und damit ein durchschnittliches Monatseinkommen von rund Fr. 3'862.15 (Urk. 76/70 S. 5 ff.).

3.4 Soweit sich die Ausführungen der Gesuchstellerin nicht konkret auf die von der Vorinstanz ausser Acht gelassene Buchhaltung des Jahres 2018 beziehen und bereits aus diesem Grund nicht weiterführend sind, vermag die Berufungsschrift den eingangs erörterten gesetzlichen Begründungsanforderungen (E. 2.3) in weiten Teilen nicht zu genügen. Letztlich wiederholt die Gesuchstellerin die bereits vor Vorinstanz aufgestellten Behauptungen, dass nicht alle Einnahmen ver-

bucht worden seien und ein derartiges Vorgehen in der Branche üblich sei. Eine Auseinandersetzung mit der vorinstanzlichen Feststellung, wonach hierfür keinerlei Belege eingereicht oder substantiierte Behauptungen aufgestellt worden seien (Urk. 71 S. 23 f.), findet sich in der Berufungsschrift nicht. Ebenso unterlässt es die Gesuchstellerin auch im Berufungsverfahren die entsprechenden Behauptungen zu substantiieren. Alleine die weitgehend pauschale Behauptung, gemäss welcher der Gesuchsgegner vorwiegend Stammkunden bediene und die Baustelle vor seinem Coiffeurgeschäft deshalb nicht zu einem Gewinnrückgang geführt haben könne und daher nicht auf die Buchhaltung abgestellt werden könne, lässt die sich aus der vollständig eingereichten Buchhaltung ergebenden Geschäftszahlen nicht unglaubhaft erscheinen, zumal eine Baustelle sich für gewöhnlich ohne weiteres negativ auf umliegende Geschäfte auswirkt. Weiter wird nicht dargelegt, aufgrund welcher von den Parteien während des Zusammenlebens getätigten Ausgaben die Vorinstanz die Buchhaltung hätte in Zweifel ziehen sollen bzw. aufgrund welchen Lebensstandards das errechnete Einkommen des Gesuchsgegners nicht plausibel sei, und wo ein solcher – von der weitgehend unbestrittenen Bedarfsberechnung abweichender – Lebensstandard substantiiert behauptet worden sei. Auch die beispielhaft aufgeführten Positionen, welche nach Ansicht der Gesuchstellerin zu Unrecht als Geschäftsaufwand berücksichtigt worden seien, vermögen den angefochtenen Entscheid nicht in Frage zu stellen. Namentlich unterlässt sie es aufzuzeigen, wo diese Positionen berücksichtigt wurden und welche konkreten Folgen daraus abzuleiten wären.

3.5 Unbesehen des Umstands, dass auch die Kosten des Autos vorwiegend pauschal und ohne konkrete Verweise auf die Akten oder den angefochtenen Entscheid beanstandet werden und sich teilweise auf das für die Unterhaltsberechnung irrelevante Jahr 2018 beziehen, erklärt die Gesuchstellerin nirgends, weshalb der Gesuchsgegner entgegen seinen Angaben (Prot. VI S. 19) zur Ausübung seiner Tätigkeit nicht auf ein Auto angewiesen sein soll. Es ist ohne weiteres glaubhaft, dass ein Coiffeurbetrieb regelmässig Warentransporte durchführen muss, weshalb es sich bei den unter Abzug eines Privatanteils abgerechneten Kosten für das Auto nicht um geschäftsfremde Aufwendungen handelt. Ohnehin wurden allerdings auch diesbezüglich mehrheitlich keine konkreten Beträge ge-

nannt oder Verweise auf die Akten vorgetragen. Einzig die beanstandeten Strassenverkehrsabgaben wurden mit Fr. 668.– beziffert, wobei dies das Jahr 2018 betrifft, das nicht in die Einkommensermittlung des Gesuchsgegners einfluss (vgl. Urk. 70 S. 6). Darüber hinaus erschliesst sich nicht, worauf sich die Behauptung stützt, dass der Personenwagen des Gesuchsgegners erfahrungsgemäss monatlich Fr. 500.– verursachen soll. Schliesslich lässt sich auch aus dem Umstand, wonach der Gesuchsgegner teilweise weit weniger verdient haben soll, als seine Angestellten (Urk. 70 S. 7), nichts weiter ableiten. Im Gegensatz zu angestellten Arbeitnehmern trägt ein Selbständigerwerbender das wirtschaftliche Risiko seines Betriebs, womit unter Umständen Einkommensschwankungen einhergehen können. Weshalb es sich in Anbetracht dessen rechtfertigen soll, von einem nicht weiter begründeten Einkommen des Gesuchsgegners von Fr. 8'000.– auszugehen (Urk. 70 S. 8), ist nicht ersichtlich.

3.6 Zutreffend bemerkt der Gesuchsgegner unter Verweis auf die Rechtsprechung und Buchhaltungslehre, dass nicht auf Privatbezüge und Gewinn zugleich abgestellt bzw. Erstere nicht dem Gewinn zugerechnet werden können, sofern sie korrekt verbucht wurden. Dies schliesst es jedoch nicht aus, für einzelne Geschäftsjahre entweder auf den Gewinn oder die Privatbezüge abzustellen, wie dies die Vorinstanz getan hat. Gegenteiliges ist auch dem zitierten Bundesgerichtsentscheid nicht zu entnehmen (BGer 5A_259/2012 vom 14. November 2012, E. 4.3). Mit den überzeugenden, im angefochtenen Entscheid wiedergegebenen Erwägungen, in welchen erörtert wird, weshalb im Jahr 2020 nicht auf den Gewinn, sondern auf die Privatbezüge abzustellen sei (Urk. 71 S. 24), setzt sich der Gesuchsgegner nicht auseinander, weshalb es damit grundsätzlich sein Bewenden hat. Es erscheint im Übrigen nachvollziehbar, dass aufgrund der ausserordentlichen Ereignisse im Jahr 2020, den Umsätzen vor und nach dem Lockdown und des Umstands, dass der Gesuchsgegner mittels Privatbezügen seinen Lebensstandard aufrechterhielt, die im Jahr 2020 getätigten Privatbezüge bei der Einkommensermittlung berücksichtigt wurden. Ohnehin vermag der Gesuchsgegner jedoch aus dem Umstand, dass seiner Ansicht nach auch im Jahr 2020 auf den Gewinn hätte abgestellt werden müssen, da keine Indizien bestehen würden, dass die Buchhaltung nicht korrekt sei, nichts zu seinen Gunsten abzuleiten. Das

Jahr 2020 wäre – sofern auf den Gewinn abgestellt würde – mit einem Gewinn von Fr. 27'997.35 (Urk. 58/9) als ausserordentlich schlechtes Geschäftsjahr bei der Einkommensermittlung ausser Acht zu lassen. Angesichts der Gewinne im Jahr 2015 von Fr. 115'333.– (Urk. 29/10 S. 2) und im Jahr 2016 von Fr. 96'700.44 (Urk. 25 und Urk. 29/11 S. 2) trifft es nicht zu, dass die Jahre 2017 mit einem Gewinn von Fr. 65'026.58 (Urk. 25) und 2019 mit einem Gewinn von Fr. 63'655.98 (Urk. 22/2) als besonders gute Abschlüsse zu werten wären und deshalb ausser Betracht fallen würden (vgl. Urk. 76/70 S. 6). Entgegen den Vorbringen des Gesuchsgegners ist ein Geschäftsjahr bei der Einkommensermittlung nicht nur dann nicht zu berücksichtigen, wenn die Veränderungen im Vergleich zum Vorjahr nicht nachvollziehbar belegt sind, sondern dies ist einzig in Relation zu den Ergebnissen der weiteren Geschäftsjahren zu beurteilen. Anderslautendes ergibt sich auch nicht aus der in diesem Zusammenhang zitierten Rechtsprechung (vgl. BGer 5A_708/2008 vom 17. Dezember 2008, E. 2.2.2). Die Baustelle vor dem Coiffeurgeschäft im Jahr 2018 und die pandemiebedingte Betriebsschliessung im Frühjahr des Jahres 2020 vermögen die Gewinneinbrüche zu erklären. Diese Ereignisse sind zudem als ausserordentlich zu beurteilen, sodass künftig nicht mehr von gleichgelagerten Gewinneinbrüchen auszugehen ist. Die entsprechenden Geschäftsabschlüsse sind mithin nicht als repräsentativ zu qualifizieren. Da alternativ zum vorinstanzlichen Vorgehen nicht auf die Jahresabschlüsse 2017 bis 2020 abzustellen wäre, wie dies der Gesuchsgegner geltend macht (Urk. 76/70 S. 7), sondern zusätzlich zum Jahr 2018 auch das Jahr 2020 ausser Acht zu lassen wäre und aufgrund der grossen Schwankungen weitere Jahre (2016 und/oder 2015) miteinzubeziehen wären (vgl. BGer 5A_543/2020 vom 5. November 2020, E. 3.2), vermag der Gesuchsgegner nicht glaubhaft zu machen, dass sein Einkommen unter dem vorinstanzlich errechneten liegt. Mit anderen Worten wirkt sich das beanstandete Vorgehen der Vorinstanz nicht zu Ungunsten des Gesuchsgegners aus, weshalb sich weitere Erwägungen in diesem Zusammenhang erübrigen.

4. Bedarf des Gesuchsgegners

4.1 Die Gesuchstellerin beanstandet an der Bedarfsberechnung der Vorinstanz die beim Gesuchsgegner berücksichtigten Telekommunikations- und Mobilitätskosten. Diese würden gemäss der Buchhaltung als Spesen abgezogen und seien daher nicht zu berücksichtigen (Urk. 70 S. 5).

4.2 Entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin sind die dem Gesuchsgegner angerechneten Mobilitätskosten von Fr. 85.– nicht zu beanstanden, zumal in der Buchhaltung korrekterweise ein angemessener Privatanteil ausgeschieden wird (u. a. Urk. 58/8 S. 2 der Erfolgsrechnung) und die Kosten der privaten Nutzung des Autos folglich nicht über das Geschäft abgerechnet werden.

4.3 Im Zusammenhang mit den Telekommunikationskosten erwog die Vorinstanz, dass der Gesuchsgegner über sein Coiffeurgeschäft bereits zwei Swisscom-Kundenbeziehungen abrechne. Da sich die Kundennummer der von ihm eingereichten Belege betreffend ein weiteres Swisscom-Abonnement mit einem über das Geschäft abgerechneten Abonnement decke, seien ihm nur Kosten für das private Internet sowie die Serafe-Gebühren anzurechnen (Urk. 71 S. 30). Inwiefern diese nachvollziehbaren Erwägungen falsch sein sollen ist weder ersichtlich noch dargetan. Die Ausführungen der Gesuchstellerin vermögen auch in diesem Zusammenhang den eingangs erörterten Begründungsanforderungen nicht zu genügen.

4.4 Der Gesuchsgegner erklärt zu dem ihm vorinstanzlich angerechneten Bedarf, es gehe nicht an, dass bei ihm keine Kosten für auswärtige Verpflegung berücksichtigt worden seien, obschon solche geltend und im Rahmen der Parteibefragung glaubhaft gemacht worden seien (Urk. 76/70 S. 8).

4.5 Für die auswärtige Verpflegung rechnete die Vorinstanz dem Gesuchsgegner keine Kosten an, da er keine konkreten Mehrauslagen geltend gemacht habe, sondern in der persönlichen Befragung geantwortet habe, dass er manchmal etwas mitnehme, manchmal etwas kaufe und manchmal auswärts esse. Wenn er etwas kaufe, dann koste dies maximal Fr. 15.–. Kosten für auswärtige Verpflegung würden nur bei Nachweis von Mehrauslagen mit Fr. 5.– bis Fr. 15.– pro

Hauptmahlzeit berücksichtigt. Solche effektiven Mehrauslagen seien vom Gesuchsgegner nicht glaubhaft gemacht worden (Urk. 71 S. 32).

4.6 Es ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass gestützt auf die Parteibefragung (Prot. VI S. 19) nicht darauf geschlossen werden kann, der Gesuchsgegner habe regelmässig Mehrkosten für auswärtige Verpflegung. Daran ändert auch nichts, dass ihm in den Plädoyernotizen solche Kosten angerechnet wurden, da er 100 % arbeite (vgl. Urk. 30 S. 8). Die üblichen Kosten für Nahrung sind bereits im Grundbetrag enthalten. So sind 50% des Grundbetrags für die Nahrungskosten vorgesehen (Richtlinien der Konferenz der Betriebs- und Konkursbeamten der Schweiz für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums [Notbedarf] nach Art. 93 SchKG vom 1. Juli 2009 [nachfolgend: Richtlinien], Ziffer V), vorliegend somit Fr. 600.–. Davon wiederum sind circa 55%, mithin Fr. 330.– pro Monat, d. h. Fr. 11.– pro Tag für das Mittagessen vorgesehen (ZR 84 [1985] Nr. 68). Bei der Position "Auslagen für auswärtige Verpflegung" können daher nur darüber hinausgehende Mehrkosten berücksichtigt werden, die vom Anspruchsberechtigten nachzuweisen sind (vgl. Richtlinien, Ziffer II Abs. 4 lit. b; zum Ganzen *OGer ZH LZ160014 vom 7. Dezember 2016, E. 4a*). Da der Beklagte auch im Berufungsverfahren keine näheren Angaben zu den behaupten Mehrkosten für seine Mittagsverpflegung macht, wurden solche nicht glaubhaft gemacht. Diese gehen im Übrigen auch nicht zwingend mit dem Umstand einher, dass Mahlzeiten nicht zu Hause eingenommen werden (vgl. Urk. 76/70 S. 8).

5. Barbedarf von C. _____

5.1 Im Weiteren macht die Gesuchstellerin geltend, da C. _____ keine Ausbildungsmöglichkeit für das Jahr 2021 gefunden habe, komme für sie lediglich das 10. Schuljahr in Frage, sodass ihr Transportkosten in der Höhe von Fr. 75.– angerechnet werden müssten (Urk. 70 S. 8).

5.2 Ungeachtet der Tatsache, dass auch der Umstand, wonach C. _____ das 10. Schuljahr besuche, einzig behauptet wurde, wenngleich hierfür ohne weiteres Belege verfügbar wären, muss darauf nicht weiter eingegangen werden. Ein ZVV-NetzPass Jugend für zwei Zonen kostet nämlich Fr. 570.– pro Jahr

(<https://www.zvv.ch/zvv/de/abos-und-tickets/abos/netzpass.html> [zuletzt besucht am 26. Oktober 2021, 11:30 Uhr]), was auf den Monat umgeschlagen Fr. 47.50 ergibt. Unter Berücksichtigung, dass sich mit einer entsprechenden Korrektur der den Kindern zustehende Überschussanteil um Fr. 14.50 reduzieren würde, sowie in Anbetracht der Dauer dieser Änderung von maximal einem Jahr und dem stets schwankenden Einkommen des Gesuchsgegners sind die Auswirkungen auf den Unterhaltsbeitrag als derart geringfügig zu erachten, sodass eine Berücksichtigung unterbleiben kann. Hierfür spricht letztlich auch der Umstand, dass sich die Festsetzung des Unterhalts allgemein einer exakten mathematischen Berechnung entzieht und massgeblich auch vom gerichtlichen Ermessen abhängt.

6. Überschussverteilung

6.1 Schliesslich hält es die Gesuchstellerin für nicht nachvollziehbar, dass die Vorinstanz den Kindern nur 1/6 des Überschusses zugeteilt hat. Es gebe keinen Grund den Kindern nicht einen hälftigen Überschussanteil anzurechnen, vor allem da die Zusprechung eines Überschussanteils an die Gesuchstellerin mangels Bezifferung des Ehegattenunterhalts ausser Betracht gefallen sei (Urk. 70 S. 4 und S. 9).

6.2 Die Vorinstanz verteilte den Überschuss entsprechend dem vom Bundesgericht als Grundsatz festgelegten Verhältnis nach grossen und kleinen Köpfen (BGE 147 III 265 E. 7.3). Das von der Gesuchstellerin angeführte prozessuale Versäumnis vermag ein Abweichen von diesem Grundsatz nicht zu begründen. Da keine weiteren Gründe dargelegt wurden, die ein Abweichen von diesem Grundsatz gebieten würden, und solche auch nicht ersichtlich sind, hat es beim vorinstanzlichen Entscheid sein Bewenden. Mit der Überschussverteilung wurde im Übrigen auch dem von der Gesuchstellerin in ihrer Berufungsbegründung vorgetragene(n) Aspekt, es sei den Kindern ein erweiterter Notbedarf zuzugestehen (Urk. 70 S. 5), gebührend Rechnung getragen.

7. Beide Berufungen erweisen sich dem Gesagten zufolge als unbegründet, soweit auf sie eingetreten werden kann. Sie sind demzufolge abzuweisen und der vorinstanzliche Entscheid ist hinsichtlich der angefochtenen Dispositiv-Ziffer 8 und

den Kosten- und Entschädigungsfolgen (Urk. 71 Dispositiv-Ziffern 11-13) zu bestätigen.

8. Kosten- und Entschädigungsfolgen

8.1 Die Entscheidgebühr für beide Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 2 lit. b sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 4'000.– festzusetzen und den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen, da sie beide mit ihrer jeweiligen Berufung unterliegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Entsprechend diesem Ausgang sind für die Berufungsverfahren keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

8.2 Die Anträge der Gesuchstellerin um Verpflichtung des Gesuchsgegners zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses [recte: Prozesskostenbeitrags] (zur Umdeutung eines Antrags auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses im Eheschutzverfahren vgl. *OGer ZH RE130016 vom 17. September 2013, E. II/3.d*) von Fr. 6'000.–, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für ihr Berufungsverfahren (Urk. 70 S. 2) sind zufolge Aussichtslosigkeit der Berufung (vgl. vorstehende Erwägungen) abzuweisen (Art. 117 lit. b ZPO; zur Aussichtslosigkeit vgl. BGE 138 III 217 E. 2.2.4). Gleiches gilt für die Anträge des Gesuchsgegners um Verpflichtung der Gesuchstellerin zur Leistung eines Prozesskostenbeitrags, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für sein Berufungsverfahren (Urk. 76/70 S. 2).

Es wird beschlossen:

1. Das Berufungsverfahren LE210054-O wird mit dem vorliegenden Berufungsverfahren vereinigt, unter der Geschäftsnummer LE210050-O weitergeführt und als dadurch erledigt abgeschrieben.
2. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositiv-Ziffern 1-7 und 9-10 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Pfäffikon vom 11. Mai 2021 in Rechtskraft erwachsen sind.
3. Das Gesuch der Gesuchstellerin um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags für ihr Berufungsverfahren von Fr. 6'000.– wird abgewiesen.

4. Das Gesuch des Gesuchsgegners um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags für sein Berufungsverfahren wird abgewiesen.
5. Das Gesuch der Gesuchstellerin um unentgeltliche Rechtspflege für ihr Berufungsverfahren wird abgewiesen.
6. Das Gesuch des Gesuchsgegners um unentgeltliche Rechtspflege für sein Berufungsverfahren wird abgewiesen.
7. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung der Gesuchstellerin wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die Berufung des Gesuchsgegners wird abgewiesen.
3. Die Dispositiv-Ziffern 8 und 11-13 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Pfäffikon vom 11. Mai 2021 werden bestätigt.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'000.– festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten für die zweitinstanzlichen Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
6. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage der Doppel von Urk. 76/70, Urk. 76/73 und Urk. 76/74/1-3 und an den Gesuchsgegner unter Beilage der Doppel von Urk. 70, Urk. 73 und Urk. 74/3, 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 beträgt mehr als Fr. 30'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 9. Dezember 2021

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw H. Schinz

versandt am:
ya