

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY120041-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Muraro-Sigalas.

Beschluss und Urteil vom 7. Januar 2013

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsteller und Berufungsbeklagter

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes (5. Abteilung) des Bezirksgerichtes Zürich vom 12. September 2012; Proz. FE120078

Rechtsbegehren:
(act. 5/1 S. 2)

"Es sei(en) für die Dauer des Scheidungsverfahrens die mit Eheschutzurteil vom 15. April 2010 (EE100013) vereinbarten Kinderunterhaltsbeiträge abzuändern und auf CHF 200.– pro Kind neu festzulegen."

Verfügung des Einzelgerichtes (5. Abteilung)
des Bezirksgerichtes Zürich vom 12. September 2012:
(act. 6)

1. Den Parteien wird die unentgeltliche Prozessführung gewährt. Dem Gesuchsteller wird Rechtsanwalt lic.iur. Y. _____ und der Gesuchstellerin Rechtsanwalt Dr. X. _____ als unentgeltliche Rechtsvertreter bestellt.
 2. Der Gesuchsteller wird in Abänderung von Ziff. 6 der Trennungsvereinbarung vom 15. April 2010 – genehmigt mit Verfügung der Eheschutzrichterin des Bezirksgerichtes Zürich vom 15. April 2010 – im Sinne einer vorsorglichen Massnahme verpflichtet, der Gesuchstellerin monatliche Kinderunterhaltsbeiträge von Fr. 720.00 (Fr. 360.00 pro Kind), zahlbar im Voraus auf den ersten eines jeden Monats, rückwirkend ab 1. Mai 2012 zu bezahlen.
 3. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, jährlich eine Kopie der Steuererklärung (Seite 2: Einkünfte im In- und Ausland) samt Kopien der Lohnausweise der Gesuchstellerin jeweils auf den 1. Juni unaufgefordert zuzustellen.
 4. Der Antrag der Gesuchstellerin, es sei eine Bestätigung des Arbeitgebers über die Lohnhöhe einzuholen bzw. dessen Einvernahme unter Strafandrohung durchzuführen und die Lohnbuchhaltungen der Arbeitgeberin der letzten fünf Jahre einzufordern, wird abgewiesen.
 5. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird im Endentscheid befunden.
- 6./7. Mitteilung / Rechtsmittel

Berufungsanträge:

der Berufungsklägerin (act. 2 S. 2):

1. Es seien die Ziffern 2 und 4 der vorinstanzlichen Verfügung aufzuheben und es sei das Abänderungsbegehren des Gesuchstellers abzuweisen;

2. Eventualiter seien die Ziffern 2 und 4 der vorinstanzlichen Verfügung aufzuheben und das Verfahren zur Durchführung eines Beweisverfahrens hinsichtlich der tatsächlichen Höhe des Einkommens des Gesuchstellers zurückzuweisen;
3. Das Ganze unter Kosten- und Entschädigungsfolgen nebst 8% Mehrwertsteuer zu Lasten des Gesuchstellers;
4. Es sei der Gesuchstellerin auch für das obergerichtliche Verfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und es sei ihr in der Person des Unterzeichnenden ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen.

des Berufungsbeklagten (act. 4 und 14 S. 1):

1. Es sei die Berufung der Berufungsklägerin abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 8% MwSt.) zu Lasten der Berufungsklägerin.

Es sei dem Berufungsbeklagten, Herrn B. _____, für das obergerichtliche Verfahren ab 4. Oktober 2012 die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihm in der Person des Unterzeichneten einen unentgeltlichen Rechtsbeistand zu bestellen.

Erwägungen:

1.

Die Parteien stehen sich vor dem Einzelgericht (5. Abteilung) des Bezirksgerichts Zürich (Vorinstanz) seit Februar 2012 in einem Scheidungsverfahren gegenüber (vgl. act. 5/1-48). Mit Eingabe vom 1. Februar 2012 beantragte der Berufungsbeklagte nicht nur die Scheidung der Parteien gestützt auf Art. 112 ZGB und die Regelung der Nebenfolgen durch das Gericht, sondern auch den Erlass vorsorglicher Massnahmen (vgl. eingangs genanntes Rechtsbegehren). Ausserdem stellte der Berufungsbeklagte das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 5/1 S. 2). Anlässlich der Massnahme- und Instruktionsverhandlung vom 18. April 2012 beantragte die Berufungsklägerin die Abweisung des Massnahmebegehrens des Berufungsbeklagten. Ausserdem stellte sie ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (vorinstanzliches Protokoll S. 8 und act. 5/12 S. 23). Die Einzelrichterin setzte dem Berufungsbeklagten Frist bis am 10. Mai 2012 an,

um dem Gericht diverse Unterlagen einzureichen. Sie erklärte den Parteien, dass ihnen Frist angesetzt werde zur Stellungnahme, sobald der AHV-Zusammenruf über den Berufungsbeklagten eingetroffen sei (vorinstanzliches Protokoll S. 15). Mit Schreiben vom 19. April 2012 forderte die Einzelrichterin den AHV-Zusammenruf an (act. 5/14), welcher am 7. Mai 2012 bei der Vorinstanz einging (act. 5/19 und act. 5/20/1-4). Ausserdem gingen mit Eingabe vom 9. Mai 2012 Unterlagen des Berufungsbeklagten ein (act. 5/22 und act. 5/23/1-4). Im Nachgang dazu wurden von der Vorinstanz diverse Stellungnahmen der Parteien eingeholt.

Mit Verfügung vom 12. September 2012 gewährte die Vorinstanz den Parteien jeweils die unentgeltliche Rechtspflege und änderte im Sinne einer vorsorglichen Massnahme die Ziff. 6 der Trennungsvereinbarung vom 15. April 2010 (genehmigt mit Verfügung der Eheschutzrichterin des Bezirksgerichts Zürich vom 15. April 2010) ab. Die Vorinstanz setzte den Kinderunterhalt ab 1. Mai 2010 neu auf Fr. 360.– (insgesamt also Fr. 720.–) fest (ohne Kinderzulagen, da diese die Berufungsklägerin direkt beziehe; act. 5/47 S. 8 und S. 17). In der besagten Ziff. 6 der Trennungsvereinbarung hatten die Parteien einen Kinderunterhalt von Fr. 520.– (zuzüglich Kinderzulagen) ab 1. April 2010 für jedes der beiden Kinder (insgesamt also Fr. 1'040.– zuzüglich Kinderzulagen) vereinbart. Ab diesem Zeitpunkt hatte die Berufungsklägerin ausserdem auf einen Ehegattenunterhalt verzichtet (vgl. act. 5/5/27 S. 4).

Die Verfügung vom 12. September 2012 wurde der Berufungsklägerin am 19. September 2012 zugestellt (act. 5/48/2). Mit Eingabe vom 1. Oktober 2012 (Poststempel) erhob sie rechtzeitig Berufung bei der II. Zivilkammer und reichte diverse Beilagen ein (act. 2 und act. 3/1-9). Der Gegenstand des Berufungsverfahrens ist der Kinderunterhalt der beiden Söhne der Parteien, C. _____ und D. _____.

Mit Eingabe vom 4. Oktober 2012 stellte der Berufungsbeklagte das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 4).

Mit Schreiben vom 8. November 2012 wurde die Arbeitgeberin des Berufungsbeklagten angeschrieben mit dem Ersuchen, diese möge schriftliche Auskunft dar-

über erteilen, mit welchem Pensum (in Prozenten) der Berufungsbeklagte bei ihr arbeite respektive seit anfangs 2004 arbeite – und was das hinsichtlich wöchentlicher Arbeitszeit und Lenkzeit bedeute (act. 7).

Mit Beschluss vom 13. November 2012 gewährte die Kammer beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege, bestellte die Rechtsanwälte Dr. iur X. _____ und lic. iur. Y. _____ als unentgeltliche Rechtsvertreter und delegierte die Prozessleitung (act. 9).

Mit Schreiben vom 14. November 2012 reichte die Arbeitgeberin des Berufungsbeklagten ihre schriftliche Auskunft ein (act. 11).

Mit Verfügung vom 19. November 2012 setzte die Kammer dem Berufungsbeklagten Frist an, um die Berufung zu beantworten sowie um zur schriftlichen Auskunft seiner Arbeitgeberin Stellung zu nehmen. Ausserdem wurde dem Berufungsbeklagten Frist angesetzt, um sich über spezifische Fragen zu seinem Einkommen zu äussern (vgl. act. 12).

Die Verfügung vom 19. November 2012 wurde dem Berufungsbeklagten am 20. November 2012 zugestellt (act. 13/2). Mit Eingabe vom 30. November 2012 reichte der Berufungsbeklagte rechtzeitig die Berufungsantwort sowie seine Stellungnahme und diverse Beilagen ein (act. 14 und act. 15/1-16).

Die Berufungsantwort und die Stellungnahme wurden der Berufungsklägerin am 10. Dezember 2012 zugestellt (act. 16 und act. 17). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

Gegenstand des Berufungsverfahrens betreffend vorsorgliche Massnahmen ist die Unterhaltspflicht des Berufungsbeklagten. Damit liegt eine vermögensrechtliche Streitigkeit vor (vgl. BGE 133 III 393 Erw. 2, BGE 5A.740/2009 Erw. 1). Der demzufolge vorausgesetzte Rechtsmittelstreitwert von Fr. 10'000.– (Art. 308 Abs. 2 ZPO) ist gegeben: Die Vorinstanz legte monatliche Unterhaltsbeiträge für die beiden Kinder C. _____ und D. _____ in der Höhe von insgesamt Fr. 720.– (ohne Kinderzulagen) fest und reduzierte damit den Kinderunterhalt von vorgän-

gig insgesamt Fr. 1'040.– um Fr. 320.–. Die Berufungsklägerin beantragt die Aufhebung dieser Reduktion bzw. Abänderung. Der noch strittige Unterhaltsbeitrag im Rahmen des Berufungsverfahrens (exkl. Kinderzulagen) beträgt demnach Fr. 320.– pro Monat und ergibt auf eine Verfahrensdauer von angenommen drei Jahren einen Streitwert von Fr. 11'520.– (Peter Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 92 N 7).

Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts gerügt werden (Art. 310 ZPO). Sie ist ein vollkommenes, ordentliches Rechtsmittel, das die volle Überprüfung des angefochtenen Entscheides in allen Rechts- und Sachfragen zulässt; die Rechtsmittelinstanz prüft also mit freier Kognition (ZK ZPO-Reetz, Vorbem. zu Art. 308-318 N 3 und 15; ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 310 N 5 f.).

Gemäss Art. 276 Abs. 1 ZPO sind für vorsorgliche Massnahmen während des Scheidungsverfahrens die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sinngemäss anwendbar. Für Eheschutzmassnahmen im Sinne von Art. 172 ff. ZGB sind die Vorschriften über das summarische Verfahren im Sinne von Art. 248 ff. ZPO unter Vorbehalt von Art. 272 und 273 ZPO anwendbar (Art. 271 lit. a ZPO). Gemäss Art. 272 ZPO stellt das Gericht in eherechtlichen Summarverfahren den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Es handelt sich hierbei um die eingeschränkte Untersuchungsmaxime. Sind allerdings Kinderbelange, worum es im vorliegenden Verfahren geht, zu regeln, gilt die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime (Art. 296 ZPO). Das Gericht hat den Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen (vgl. Stefanie Pänder Baumann, DIKE-Komm ZPO, Art. 272 N 2).

3.

Die Berufungsklägerin brachte in ihrer Berufung im Wesentlichen vor, der Berufungsbeklagte habe seit der Trennung systematisch und vorsätzlich und in Zusammenarbeit mit dem Arbeitgeber, welcher sein Freund sei, sein Einkommen soweit reduziert, dass er heute nicht einmal mehr einen üblichen Unterhaltsbeitrag für seine Kinder bezahlen müsse, was als krass rechtsmissbräuchlich anzu-

sehen sei und auch nachgewiesen werden könne. Die Kinderbelange unterlägen der *Offizialmaxime*. Die *Offizialmaxime* gebiete, wenn Zweifel an der Lauterkeit einer unterstützungspflichtigen Partei bestünden, die entsprechenden von der Gegenseite offerierten Beweismittel auch im summarischen Verfahren zu berücksichtigen. Das Versäumte sei entweder vom Obergericht nachzuholen, oder das Verfahren sei an die Vorinstanz zurückzuweisen mit der Anweisung, genaue Abklärungen betreffend die exakten Einkünfte des Berufungsbeklagten zu machen (act. 2 S. 3 f.). Noch in der Steuererklärung habe der Berufungsbeklagte Einkünfte von rund Fr. 75'000.– ausgewiesen. Der Steuererklärung 2008 sei zu entnehmen, dass der Berufungsbeklagte Fr. 77'270.– verdient habe. Diesen Lohn würde der Berufungsbeklagte auch heute noch verdienen, wenn es nicht zum Zerwürfnis mit der Berufungsklägerin gekommen wäre (act. 2 S. 4). Der Steuererklärung 2009 sei zu entnehmen, dass der Berufungsbeklagte immerhin noch rund Fr. 65'000.– Einkommen versteuert habe, welches allerdings unterdessen auf rund Fr. 50'000.– jährlich aus finanziellen Gründen reduziert worden sei (act. 2 S. 4 f.). Es sei eine genaue Abklärung beim Arbeitgeber des Berufungsbeklagten notwendig, und es sei dabei abzuklären, was der Berufungsbeklagte tatsächlich verdiene bzw. verdienen könnte und ob ihm seitens seines Arbeitgebers beispielsweise ein Konto eingerichtet worden sei, auf das die Differenz zum früheren Lohn einbezahlt werde und welches solange geäufnet werde, bis die Scheidung erledigt sei (act. 2 S. 5). Dass sich eine Abklärung aufdränge, ergebe sich aus den Akten des Eheschutzverfahrens eindeutig. Die Ablehnung des Antrags der Berufungsklägerin, den Arbeitgeber unter Strafandrohung von Art. 307 StGB einzuvernehmen, verletze die *Offizialmaxime* (act. 2 S. 5).

Die Berufungsklägerin führte weiter aus, es sei mit der Wahrheitsliebe des Berufungsbeklagten nicht weit her. Er habe im Eheschutzverfahren darauf hingewiesen, dass er beruflich auf das Fahrzeug angewiesen sei, was sein Arbeitgeber bestätigt habe. Heute werde von Herrn E._____, dem Arbeitgeber und Freund des Berufungsbeklagten bestätigt, dass die anfallenden Kosten für die Benutzung des Firmenfahrzeugs in der Lohnabrechnung unter der Rubrik Reisespesen pauschal pro Monat mit Fr. 230.– vergütet würden und dass auch noch ein privater Abstellplatz für das Firmenfahrzeug am neuen Wohnort hätte berücksichtigt wer-

den müssen (act. 2 S. 5 f.). Die Vorinstanz habe aus den vorgelegten Zahlen nicht die richtigen Schlüsse gezogen. Es sei nicht nachvollziehbar, warum die Unterhaltsbeiträge reduziert worden seien, obwohl aufgrund der Einkommenszahlen feststehe, dass der Berufungsbeklagte keine wesentliche Änderung seit dem Jahre 2010 erfahren habe. Der Arbeitgeber des Berufungsbeklagten müsste als Zeuge befragt werden (act. 2 S. 7). Unglaublich sei auch, dass der Berufungsbeklagte seinem Untermieter gerade zu diesem Zeitpunkt gekündigt habe, als die Berechnungen aktuell geworden seien. Der Untermieter wohne noch immer beim Berufungsbeklagten (act. 2 S. 7 f.).

4.

Im Zusammenhang mit der von der Berufungsklägerin behaupteten Reduktion des Einkommens durch den Berufungsbeklagten ergaben sich nach Durchsicht der vorinstanzlichen Akten zunächst einige Ungereimtheiten bzw. erwies sich die Reduktion des Einkommens als nicht nachvollziehbar.

Nicht klar schien, ob der Berufungsbeklagte konstant ein 100%-Pensum bei der F.____ GmbH innehatte oder nicht. Der vor Vorinstanz eingereichte *AHV-Zusammenzug* des Berufungsbeklagten wies starke Schwankungen im Jahreseinkommen des Berufungsbeklagten bei der F.____ GmbH auf (vgl. act. 5/20/1-3), was auf Schwankungen im vereinbarten Lohn, aber auch auf Schwankungen im Pensum hätte hindeuten können:

Jahr	Einkommen in Fr.	Arbeitgeber
2004	18'729.-	G.____, ...
	60'000.-	Hr. E.____, ...
2005	10'347.-	G.____, ...
	33'474.-	Hr. E.____, ...
	7'823.-	Hr. E.____, ...
	20'000.-	Selbständigerwerbend

2006	16'832.–	G._____, ...
	50'433.–	Hr. E._____, ...
	1'000.–	Hr. E._____, ...
2007	17'439.–	G._____, ...
	60'000.–	F._____ GmbH, ...
2008	61'200.–	F._____ GmbH, ...
	21'071.–	G._____, ...
2009	68'485.–	F._____ GmbH, ...
	16'897.–	G._____, ...
2010	52'045.–	F._____ GmbH, ...

Es ist anzumerken, dass es sich bei der F._____ GmbH um die neue Gesellschaft des vormaligen Arbeitgebers des Berufungsbeklagten, Hr. E._____, handelt.

Es wurde daher von der Arbeitgeberin des Berufungsbeklagten bzw. von Hr. E._____ eine schriftliche Auskunft (primär) über das Arbeitspensum des Berufungsbeklagten eingeholt (act. 7). Mit Schreiben vom 14. November bestätigte Hr. E._____, dass der Berufungsbeklagte seit 1990 bei der F._____ GmbH (vormals E._____) als Chauffeur Kat. B tätig sei und sein Arbeitspensum seit Beginn 100% betragen habe und nie reduziert worden sei (act. 11).

Angesichts der noch immer nicht nachvollziehbaren Ursache der Lohnschwankungen sowie einer Unklarheit in den Plädoyernotizen des vormaligen Rechtsvertreters des Berufungsbeklagten im Eheschutzverfahren wurde die Verfügung vom 19. November 2012 erlassen, damit sich der Berufungsbeklagte (unter anderem) darüber äussern konnte (act. 12):

- weshalb sein Jahreseinkommen bei der F._____ GmbH (vgl. die AHV-Zusammenzüge; act. 5/20/1-3) bei angeblich stets gleichbleibendem Pensum im Jahr 2005 sowie im Jahr 2010 im Vergleich zum jeweiligen Vorjahr deutlich sank (von Fr. 60'000.– auf

Fr. 41'297.– bzw. von Fr. 68'485.– auf Fr. 52'045.–) und im Jahr 2006 im Vergleich zu den vorausgegangenen Jahren ebenfalls unterdurchschnittlich ausfiel (Fr. 50'433.–);

- wie er nebst einem 100%-Pensum im Jahr 2005 einen Nebenerwerb bei der G. _____ von Fr. 10'347.– sowie einen Nebenerwerb aus selbständiger Tätigkeit von Fr. 20'000.– erzielen konnte (vgl. den AHV-Zusammenzug; act. 5/20/3);
- wie gross das Arbeitspensum in Prozenten bei der G. _____ seit 2004 bis zur Aufgabe der Tätigkeit war;
- weshalb im Eheschutzverfahren EE100013 zwischen den Parteien der damalige Vertreter des Berufungsbeklagten anlässlich der Hauptverhandlung vom 4. März 2010 in seinem Plädoyer vortrug, der Berufungsbeklagte habe im Jahr 2009 bei der F. _____ GmbH netto (exkl. Kinderzulagen) Fr. 4'854.55 verdient, **bei einem 80% Pensum** (vgl. Auszug aus den Plädoyernotizen; act. 5/5/13 S. 13/14 in Kopie).

5.

Der Berufungsbeklagte äusserte sich mit Eingabe vom 30. November 2012 rechtzeitig zu den vorstehenden Fragen und erstattete (ebenfalls rechtzeitig) seine Berufungsantwort. Er brachte im Wesentlichen Folgendes vor:

Die Berufungsschrift der Berufungsklägerin streife die Grenze des gebührlchen Anstandes. Es werde damit eine Stimmungsmache gegen den Berufungsbeklagten bezweckt, damit die Gerichte Partei gegen ihn ergreifen sollten (act. 14 S. 2). Der Berufungsbeklagte ersuche die Kammer deshalb, die Berufungsklägerin an Art. 128 Abs. 1 StPO (recte ZPO) zu erinnern und diese zu ermahnen, in künftigen Rechtsschriften (auch vor der ersten Instanz) den nötigen Anstand zu wahren (act. 14 S. 5).

Der Berufungsbeklagte führte weiter aus, es treffe nicht zu, dass die Vorinstanz sein Einkommen nicht richtig berechnet habe. Ihr sei das Einkommen bekannt gewesen und sie habe darauf abstellen dürfen. Da sie im summarischen Verfahren das Einkommen als genügend belegt erachtet habe, habe sie auch keine weiteren Beweise abnehmen müssen (act. 14 S. 5, vgl. auch S. 6). Die Berufungsklägerin habe nicht vorgebracht, welche Beweismittel nicht berücksichtigt worden seien. Es fehle hier an einer genügenden Substantiierung. Es würden in der Beru-

fungsschrift bloss die "von der Gegenseite [also: Berufungsbeklagter] offerierten Beweismittel" erwähnt. Wenn die Vorinstanz Beweismittel des Berufungsbeklagten nicht berücksichtigt habe, sei die Berufungsklägerin in ihren Rechten nicht verletzt und auf die Berufung wäre nicht einzutreten (act. 14 S. 7).

Der Berufungsbeklagte reichte etliche Lohnabrechnungsblätter und weitere Unterlagen ins Recht, um nachzuweisen, dass sich das Einkommen nicht reduziert habe. Der Berufungsbeklagte führte aus, es sei somit offensichtlich, dass keine Reduktion auf ein Einkommen von Fr. 50'000.– erfolgt sei, sondern dass sein Einkommen bei der F. _____ GmbH schon immer circa Fr. 50'000.– betragen habe. Der Berufungsklägerin sei ausserdem bekannt gewesen, dass der Berufungsbeklagte in den Jahren 2005 und 2006 längere Zeit krankgeschrieben gewesen sei (act. 14 S. 12). Dass ein "Spezialkonto" eingerichtet worden sei, werde vehement bestritten (act. 14 S. 13). Es sei nicht notwendig, dass sich der Arbeitgeber des Berufungsbeklagten im Rahmen des Massnahmeverfahrens zu dessen Einkommen in einer Zeugeneinvernahme unter Strafandrohung von Art. 307 StGB äussern müsse (act. 14 S. 14).

Der Berufungsbeklagte wandte ferner ein, die Äusserungen zum Thema Opel ... seien für das vorliegende Verfahren nicht relevant. Die Gegenseite habe einzig das Einkommen des Berufungsbeklagten angefochten (act. 14 S. 14). Wenn die Gegenseite behaupte, der Berufungsbeklagte habe anfangs 2012 Fr. 4'963.50, Fr. 4'822.60 und Fr. 4'768.05 ausbezahlt erhalten, was dem Lohn gemäss Eheschutzentscheid entspreche, beachte sie nicht, dass es sich dabei um den Nettolohn inklusive Kinderzulagen und Reisespesen sowie einer Korrektur im BVG-Abzug handle. Dies habe er bereits vor Vorinstanz vorgebracht (act. 14 S. 15).

Weiter führte der Berufungsbeklagte aus, die Thematik des Untermieters habe mit seinem Einkommen nichts zu tun und im Massnahmeverfahren nichts zu suchen. Es sei bereits vor Vorinstanz belegt worden, dass dem Untermieter gekündigt worden sei, weil dieser die Miete nicht mehr bezahlt habe. Dass der Untermieter nicht mehr beim Berufungsbeklagten wohne, könne mittels Augenscheines oder durch Befragung der beiden Kinder festgestellt werden (act. 14 S. 17).

6.

Nach Durchsicht der Stellungnahme des Berufungsbeklagten (act. 14 S. 19) klärte sich die Unklarheit in den Plädoyernotizen seines vormaligen Rechtsvertreters im Eheschutzverfahren (EE100013). Die Plädoyernotizen enthielten folgende Passage: "Der Beklagte arbeitet bei der F. _____ GmbH seit 20 Jahren und hat einen Bruttolohn von CHF 5'950 inkl. Kinderzulagen von insgesamt CHF 650.00. Netto ergibt dies eine Auszahlung von CHF 5'146.50. Dazu kommt noch eine Gratifikation, welche im Jahre 2009 CHF 4'296.50 netto betrug oder CHF 358.05. Total somit CHF 5'504.55 netto. Zieht man die Kinderzulagen für H. _____ von CHF 250.00 ab, so bleiben 5'254.55. Zieht man alle Kinderzulagen ab, so bleiben CHF 4'854.55. Bei einem 80 % Pensum" (act. 5/5/13 S. 13 f.).

Beim unvollendeten Satz "Bei einem 80% Pensum" handelt es sich nicht um die Fortführung der vorhergehenden Sätze, sondern um den Beginn eines unvollendeten neuen Satzes. Der Rechtsvertreter wies darauf hin, dass der Berufungsbeklagte sein Arbeitspensum auf 60-80% reduzieren könne (damals ging es noch um die Zuteilung der elterlichen Obhut an den Berufungsbeklagten; vgl. act. 5/5/13 S. 1 und S. 10). Damit (mit dem Hinweis auf eine Reduktion) drückte der Rechtsvertreter bereits aus, dass der Berufungsbeklagte mehr als 80% arbeitete. Ausserdem rechnete er an einer anderen Stelle in den Plädoyernotizen mit einem Einkommen des Berufungsbeklagten bei einer 100%-Tätigkeit sowie einem Einkommen bei einer 80%-Tätigkeit. Er bezifferte das Einkommen bei einer 100%-Tätigkeit mit Fr. 5'254.55, das Einkommen bei einer 80%-Tätigkeit mit Fr. 4'203.65 (vgl. act. 5/5/13 S. 13). Damit erscheint klar, dass sich der unvollendete Satz "Bei einem 80% Pensum" nicht auf das im vorhergehenden Satz erwähnte Einkommen von Fr. 5'254.55 (inkl. Kinderzulagen) bzw. Fr. 4'854.55 (exkl. Kinderzulagen) beziehen konnte. Der vermeintliche Widerspruch entpuppt sich somit als reines Versehen.

7.

Aus den neu eingereichten Lohnabrechnungsblättern ergibt sich, dass der Berufungsbeklagte in den Jahren 2004 bis 2007 stets einen konstanten monatlichen

Grundlohn von Fr. 5'000.– (brutto) für seine Tätigkeit bei Hr. E. _____ bzw. der F. _____ GmbH erhielt. Die Schwankungen in den Jahren 2005 und 2006 resultierten aus einer längeren Krankheit des Berufungsbeklagten. Er erhielt in einigen Monaten der Jahre 2005 und 2006 anstelle des ganzen oder eines Teils des Lohnes Taggelderleistungen der suva (act. 15/14-15, act. 15/1 und act. 15/4 sowie act. 15/3/1-3 und act. 15/16/1-7).

Von 2008 bis Juni 2012 erhielt der Berufungsbeklagte einen konstanten monatlichen Grundlohn von Fr. 5'100.– (brutto) für seine Tätigkeit bei der F. _____ GmbH. Der hohe Jahreslohn im Jahr 2009 ergibt sich aus einer einmaligen Gratifikation in der Höhe eines Monatslohnes sowie einer Ferienentschädigung für Ferien aus dem Jahr 2008. Im Jahr 2010 bezog der Berufungsbeklagte ausserdem wieder während zwei Monaten Taggelderleistungen der suva und erhielt ab dem Monat Juni 2010 keine Kinderzulagen mehr. So erklären sich die Schwankungen in den Jahren 2009 und 2010 (act. 15/5, act. 15/7, act. 15/9, act. 15/11 und act. 3/8). Abzustellen ist somit auf den seit 2008 konstant ausbezahlten und ausgewiesenen Bruttolohn von monatlich Fr. 5'100.–. Basierend auf diesem Bruttolohn wurden dem Berufungsbeklagten im Jahr 2011 zwölf Monatslöhne (kein 13. Monatslohn) von insgesamt Fr. 53'121.80 netto ausbezahlt. Exklusive Kinderzulagen (in der Höhe von Fr. 1'750.–) ergibt sich im Jahr 2011 ein Nettoeinkommen von Fr. 51'371.80 (act. 15/11). Dies entspricht einem monatlichen Nettolohn von durchschnittlich circa Fr. 4'280.– (exkl. Kinderzulagen, kein 13. Monatslohn, inkl. Spesen von Fr. 230.–). Die Vorinstanz stellte auf einen Betrag von Fr. 4'288.05 ab (act. 5/47 S. 10), was nicht zu beanstanden ist, denn der Berufungsbeklagte focht die vorinstanzliche Verfügung nicht an.

Aufgrund der jahrelangen Konstanz in der Höhe des Grundlohns bestehen keinerlei Anhaltspunkte für das Vorhandensein eines versteckten "Spezialkontos" (wie es die Berufungsklägerin nennt), auf welches dem Berufungsbeklagten ein Teil seines Lohnes ausbezahlt wird.

8.

Auch wenn es sich bei Hr. E. _____ gemäss Plädoyernotizen im Eheschutzverfahren um einen langjährigen, sehr guten Kollegen des Berufungsbeklagten handelt (vgl. act. 5/5/13 S. 10) – worauf die Berufungsklägerin in ihrer Berufungsschrift wiederholt hinwies –, besteht kein Grund zur Annahme, dass er für den Berufungsbeklagten eine falsche Auskunft erteilte. Es ist deshalb davon auszugehen, dass es sich bei der Tätigkeit des Berufungsbeklagten bei der F. _____ GmbH um eine Vollzeit-Tätigkeit handelt.

Das Einkommen des Berufungsbeklagten bei der F. _____ GmbH beträgt monatlich circa Fr. 4'280.– (vgl. act. 3/8). Da der Berufungsbeklagte bei der F. _____ GmbH ein 100%-Pensum innehat, ist dem Berufungsbeklagten kein hypothetisches Einkommen anzurechnen, wie die Vorinstanz bereits zutreffend ausführte (vgl. act. 6 S. 9). Auf die bisherigen, aber inzwischen nicht mehr erzielten Nebeneinkünfte des Berufungsbeklagten ist somit nicht weiter einzugehen. Dass dem Berufungsbeklagten zusätzliche Einkünfte aus Nebenerwerbstätigkeit anzurechnen seien, brachte die Berufungsklägerin im Berufungsverfahren denn auch nicht mehr vor.

Es kann an dieser Stelle darauf verzichtet werden, auf die Ausführungen der Parteien zur Aufrichtigkeit des Berufungsbeklagten einzugehen. Der Lohn bei der F. _____ GmbH ist ausgewiesen und wurde nicht reduziert. Insofern stellten sich die Ausführungen des Berufungsbeklagten als richtig dar. Es erübrigen sich somit weitere Abklärungen zum Lohn des Berufungsbeklagten. Der Antrag der Berufungsklägerin auf Aufhebung der Ziffer 4 der vorinstanzlichen Verfügung ist somit abzuweisen (vgl. Berufungsantrag Ziff. 1).

9.

Was die Kündigung des Untermietvertrages anbelangt, besteht kein Grund zur Annahme, dass der Berufungsbeklagte diese nur vortäuschte. Die Ausführungen des Berufungsbeklagten zum Einkommen sowohl im vorinstanzlichen Verfahren

als auch im Berufungsverfahren erwiesen sich als richtig, weshalb auch die schriftliche Kündigung des Untermietvertrages (act. 5/23/5) glaubhaft erscheint.

10.

Im Übrigen wurden die Bedarfsberechnungen der Parteien nicht in Frage gestellt. Es kann insgesamt auf die Berechnung der Vorinstanz verwiesen werden. Der Antrag der Berufungsklägerin auf Aufhebung der Ziffer 2 der vorinstanzlichen Verfügung (vgl. Berufungsantrag Ziff. 1) ist ebenfalls abzuweisen. Mit der Abweisung des Berufungsantrages Ziff. 1 ist auch der Berufungsantrag Ziff. 2 (Rückweisung an die Vorinstanz) abzuweisen. Damit ist die Berufung abzuweisen.

11.

Der Berufungsbeklagte ersucht die Kammer, die Berufungsklägerin an Art. 128 Abs. 1 StPO (recte: ZPO) zu erinnern und diese zu ermahnen, in künftigen Rechtsschriften (auch vor der ersten Instanz) den nötigen Anstand zu wahren (act. 14 S. 5).

Die Rechtsschriften der Berufungsklägerin erweisen sich nicht als ungebührlich. Weil im AHV-Zusammenzug nicht nachvollziehbare Schwankungen im Einkommen des Berufungsbeklagten ersichtlich waren, drängten sich im Berufungsverfahren genauere Abklärungen zum Einkommen des Berufungsbeklagten auf. Dass die Berufungsklägerin mit Sicherheit wusste, dass die Angaben des Berufungsbeklagten richtig waren, davon kann nicht ausgegangen werden; es fehlen entsprechende Hinweise. Eine "Erinnerung" oder "Ermahnung" gemäss Art. 128 Abs. 1 ZPO erweist sich somit als nicht notwendig, vor allem nicht für künftige Rechtsschriften. Der Antrag ist abzuweisen.

12.

Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Die Kosten des Berufungsverfahrens, über welche bereits im vorliegenden Entscheid zu befinden ist (Art. 104 Ziff. 3 ZPO), sind der Berufungsklägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO), jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Staatskasse zu nehmen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

Die Berufungsklägerin ist zudem zu verpflichten, dem Berufungsbeklagten eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 und Art. 122 Abs. 1 lit. d ZPO). Die Parteientschädigung ist auf Fr. 3'000.– zuzüglich 8% Mehrwertsteuer festzusetzen.

Es wird beschlossen:

1. Der Antrag des Berufungsbeklagten, der Berufungsklägerin einen Verweis im Sinne von Art. 128 Abs. 1 ZPO zu erteilen, wird abgelehnt.
2. Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen.
3. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt und der Berufungsklägerin auferlegt, jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO.
4. Die Berufungsklägerin wird verpflichtet, dem Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.– zuzüglich 8% Mehrwertsteuer zu bezahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht (5. Abteilung) des Bezirksgerichts Zürich, je gegen Empfangsschein.
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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 11'520.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Muraro-Sigalas

versandt am: