

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY130035-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichter Dr. M. Kriech und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. E. Iseli

Beschluss und Urteil vom 3. März 2014

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin, Massnahmeklägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsteller, Massnahmebeklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am
Bezirksgericht Winterthur vom 10. Oktober 2013 (FE110329-K)**

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien heirateten am tt. August 1993. Aus der Ehe gingen die Kinder C._____, geboren am tt.mm.1995, und D._____, geboren am tt.mm.1997, hervor (Urk. 4/12). Seit Oktober 2011 stehen sich die Parteien vor Vorinstanz in einem Scheidungsverfahren gegenüber (Urk. 4/1). Am 23. Mai 2013 stellte die Gesuchstellerin, Massnahmenklägerin und Berufungsklägerin (fortan: Gesuchstellerin) folgendes Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen (Urk. 4/29 S. 1):

- "1. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass die Parteien getrennt leben.
2. Tochter D._____, geboren tt.mm.1997, sei unter die alternierende Obhut der Gesuchsteller zu stellen.
3. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass Tochter D._____ derzeit beim Gesuchsgegner lebt und jedes zweite Wochenende bei der Gesuchstellerin verbringt.
4. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin an den Unterhalt einen Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'727.– zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.
5. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin an ausstehenden Unterhaltsbeiträgen bis Ende Dezember 2012 insgesamt den Betrag von Fr. 12'570.– zu bezahlen;
alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Gesuchsgegners."

Für den weiteren Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Erwägungen der Vorinstanz (Urk. 2 S. 2 f.) verwiesen werden. Mit Urteil vom 10. Oktober 2013 entschied die Vorinstanz über das Massnahmenbegehren wie folgt (Urk. 2):

- "1. Die Tochter D._____, geboren am tt.mm.1997, wird unter die Obhut des Beklagten gestellt.
2. Auf eine ausdrückliche Regelung des der Klägerin zustehenden Besuchsrechts wird verzichtet.

3. Der Beklagte wird verpflichtet, der Tochter C._____ ab 1. Juli 2013 für die Dauer ihrer angemessenen Erstausbildung einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 600.– zuzüglich vertraglicher und/oder gesetzlicher Ausbildungszulagen zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.

Der eigene Unterhaltsanspruch der Tochter C._____ bleibt vorbehalten.

4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin ab 1. Juli 2013 einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 655.– zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.

Der Entscheid über die Unterhaltsbeiträge ab 15. Februar 2010 bis 30. Juni 2013 erfolgt zu einem späteren Zeitpunkt.

5. [Mitteilung]

6. [Berufung]"

2. Dagegen erhob die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 21. Oktober 2013 rechtzeitig Berufung und stellte folgende Anträge (Urk. 1 S. 2):

" Ziffer 4 Abs. 1 des Urteils sei aufzuheben und der Berufungsbeklagte sei stattdessen zu verpflichten, der Berufungsklägerin ab 1. Juli 2013 monatliche Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 1'862.55 zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MwSt.) zu Lasten des Berufungsbeklagten."

3. Nach fristgerechter Bezahlung des Kostenvorschusses (Urk. 5 bis 7) wurde dem Gesuchsteller, Massnahmenbeklagten und Berufungsbeklagten (fortan: Gesuchsteller) am 2. Dezember 2013 Frist zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt (Urk. 8). Diese datiert vom 19. Dezember 2013 und enthält folgende Rechtsbegehren (Urk. 9 S. 2):

" Die Berufung sei abzuweisen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. Mehrwertsteuer zulasten der Massnahmen- und Berufungsklägerin."

4. Mit Verfügung vom 21. Januar 2014 wurde der Gesuchstellerin Frist angesetzt, um zu den Noven in der Berufungsantwort Stellung zu nehmen (Urk. 12). Die entsprechende Stellungnahme erfolgte mit Eingabe vom 3. Februar

2014 (Urk. 13). Mit Verfügung vom 4. Februar 2014 wurde dem Gesuchsteller Frist angesetzt, um zu einer von der Gesuchstellerin neu eingereichten Unterlage Stellung zu nehmen (Urk. 15). Die entsprechende Stellungnahme erfolgte mit Eingabe vom 10. Februar 2014 (Urk. 16). Diese Stellungnahme wurde der Gesuchstellerin mit Verfügung vom 11. Februar 2014 zur Kenntnissnahme zugestellt (Urk. 17).

II.

1. Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die Dispositiv-Ziffern 1 bis 3 sowie 4 Abs. 2 des vorinstanzlichen Urteils blieben unangefochten. In diesem Umfang ist das vorinstanzliche Urteil am 22. Oktober 2013 in Rechtskraft erwachsen (vgl. Urk. 4/61). Dies ist vorzumerken.

Die Ausführungen der Parteien (Urk. 1 S. 3 f., Urk. 9 S. 3) zum nicht angefochtenen Besuchsrecht sind damit unbeachtlich, zumal ein Antrag der Gesuchstellerin betreffend das Besuchsrecht auch aus ihren Erwägungen nicht hervorgeht.

2. Das Gericht trifft die während dem Scheidungsverfahren nötigen vorsorglichen Massnahmen (Art. 276 Abs. 1 ZPO). Bestehen bereits eheschutzrichterliche Anordnungen, besteht kein Rechtsschutzinteresse an einer neuerlichen Regelung. Massnahmen, die das Eheschutzgericht angeordnet hat, dauern grundsätzlich weiter (Art. 276 Abs. 2 ZPO). Die Parteien standen zwar ab Februar 2011 vor dem Eheschutzgericht (Urk. 4/4/1). Das Verfahren wurde jedoch von der Vorinstanz mit Verfügung vom 20. September 2011 als durch vereinbarungsgemässen Rückzug des Gesuchs erledigt abgeschlossen (Urk. 4/4/29). Damit gilt es vorliegend keine eheschutzrichterlichen Anordnungen abzuändern.

III.

1.1. Die Vorinstanz ging beim Gesuchsteller von seinem mit einem Arbeitspensum von 80 % erzielten Nettoeinkommen von Fr. 5'568.– (inkl. Anteil 13. Monatslohn) aus. Obschon der Gesuchsteller vor Vorinstanz geltend gemacht

hatte, seine Arbeitsstelle aufgrund der belastenden Gesamtsituation per Ende September 2013 gekündigt zu haben, ging die Vorinstanz auch nach dem 1. Oktober 2013 vom bisherigen Einkommen des Gesuchstellers aus (Urk. 2 S. 6 f.). Der Gesuchstellerin rechnete die Vorinstanz aus ihrer 50 %-Tätigkeit als Bürohilfe im Geschäft ihres Bruders ein Nettoeinkommen von Fr. 1'928.– (inkl. 13. Monatslohn) an (Urk. 2 S. 7 f.). Den Bedarf der Gesuchstellerin setzte die Vorinstanz auf Fr. 2'552.– fest (Urk. 2 S. 8 bis 11); denjenigen des Gesuchstellers zusammen mit der Tochter D. _____ auf Fr. 4'252.– (Urk. 2 S. 12 f.).

1.2. Die Gesuchstellerin beantragt mit der vorliegenden Berufung beschränkt auf ihren persönlichen Unterhalt, der Gesuchsteller sei zur Leistung von monatlichen Unterhaltsbeiträgen von Fr. 1'862.55 zu verpflichten (Urk. 1 S. 2). In methodischer Hinsicht wird gegen die Unterhaltsberechnung nichts eingewendet. Umstritten sind hingegen das Einkommen des Gesuchstellers und der Bedarf der Gesuchstellerin.

2. Einkommen des Gesuchstellers

2.1. Die Gesuchstellerin beanstandet, die Vorinstanz habe – da sie nur die Unterhaltsbeiträge ab dem 1. Juli 2013 festgesetzt habe – die wesentliche Veränderung der Situation Ende 2012 nicht dargelegt (Urk. 1 S. 4). Der Gesuchsteller habe gemäss Lohnausweis 2009 als Leiter der Holzwerkstatt der E. _____ Fr. 88'231.– netto sowie als Gemeinderat der Gemeinde F. _____ Fr. 12'434.– verdient (unter Hinweis auf Urk. 4/4/6/2 und 4/4/6/12). Auf eigenes Begehren habe der Gesuchsteller einen neuen Anstellungsvertrag bis Ende 2014 mit einem reduzierten Beschäftigungsgrad von 80 % und einem entsprechend gekürzten Lohn von brutto Fr. 6'107.40 anstelle der bisherigen Fr. 7'634.25 abgeschlossen. Der Gesuchsteller habe Ende 2012 ohne nähere Begründung – bzw. unter Verweis auf seine gesundheitliche Situation – seinen Arbeitsvertrag abgeändert und damit auf ihm zustehenden Schutz auf Lohnfortzahlung bei Krankheit verzichtet und stattdessen seine Arbeitstätigkeit von 100 % auf 80 % reduziert. Die Vorinstanz sei darauf mit keinem Wort eingegangen. Es gehe nicht an, das Einkommen während des Scheidungsprozesses freiwillig zu reduzieren. Dem Gesuch-

steller sei im Jahr 2013 ein hypothetisches Einkommen anzurechnen (Urk. 1 S. 4 ff.).

2.2. Der Gesuchsteller entgegnet, zwar sei es richtig, dass er ab dem 1. Januar 2013 einen Arbeitsvertrag mit einem Pensum von 80 % abgeschlossen habe. Sein Pensum habe er aber nicht freiwillig und ohne Not reduziert. Er habe seit dem 1. Juni 2012 vollumfänglich die Betreuung der Tochter D._____ übernehmen müssen. Es gehe nicht an, dass einer Mutter mit zu betreuenden Kindern unter 16 Jahren nicht mehr als eine 50 %-Erwerbstätigkeit zugemutet werde, vom Gesuchsteller aber verlangt werde, weiterhin 100 % zu arbeiten. Die Gesuchstellerin selbst habe immer wieder darauf hingewiesen, wie aufwändig sich die Betreuung von D._____ wegen ihres Hirntumors gestalte und dass die Gesuchstellerin deshalb nicht mehr als 50 % arbeiten könne. Weiter könne dem ärztlichen Zeugnis von Dr. med. G._____ entnommen werden, dass die seit längerer Zeit andauernde Mehrfachbelastung des Gesuchstellers durch eine 100 %-Tätigkeit, die Betreuung der jüngeren Tochter und die Belastung durch die Trennungs- und Scheidungsverhandlungen im Jahr 2012 zu einem Erschöpfungszustand geführt habe, wobei der Gesuchsteller aufgrund suizidaler Gefährdung ins Kriseninterventionszentrum Winterthur habe eingewiesen werden müssen. Dem Gesuchsteller sei von seinem Arzt empfohlen worden, seine Arbeitstätigkeit zu reduzieren und eine Entlastung in der Betreuung der Tochter zu suchen, um den Gesundheitszustand nicht weiter zu beeinträchtigen und um die Arbeitsfähigkeit möglichst zu erhalten. Eine Entlastung in der Betreuung der Tochter habe bis heute nicht stattgefunden; die Gesuchstellerin betreue die Tochter jedes zweite Wochenende. Dass die von Dr. med. G._____ abgegebene Empfehlung begründet gewesen sei, habe sich leider auch daran gezeigt, dass der Gesuchsteller vom 14. August bis 15. September 2013 erneut zu 100 % habe krankgeschrieben werden müssen (Urk. 9 S. 4 f.). Zudem mache die Gesuchstellerin geltend, trotz weggefallenen Betreuungsaufgaben nicht mehr als 50 % arbeiten zu können, da sie durch das Scheidungsverfahren derart belastet sei. Weiter könne der Gesuchsteller die Reduktion seines Arbeitspensums auch nicht rückgängig machen; im Gegenteil sei er seit September 2013 ohne Stelle und beziehe Arbeitslosengelder (Urk 9 S. 5). Die Kündigung sei nach einem Angriff auf den Gesuchsteller durch

einen Jugendlichen erfolgt. Der massive Übergriff habe dazu geführt, dass es dem Gesuchsteller in keiner Weise mehr möglich gewesen sei, seine Arbeit bei der E._____ weiterzuführen. Er sei jedoch von Anfang an bemüht gewesen, möglichst rasch eine neue Stelle zu finden. Diese habe er nun per 6. Januar 2014 als ... "..." bei den Sozialen Diensten Bezirk ... (SDB...) gefunden. Er erziele ab Januar 2014 ein monatliches Bruttoeinkommen von Fr. 5'901.50 (Urk. 9 S. 6). Es sei deshalb beim Gesuchsteller ab dem 1. Juli 2013 von seinem effektiv erzielten monatlichen Nettoeinkommen von Fr. 5'564.- (inkl. 13. Monatslohn, zzgl. Kinderzulagen) auszugehen (Urk. 9 S. 6). Bei Krankschreibung hätte er bei der E._____ im Übrigen auch nur 80 % des versicherten Lohnes erhalten (Urk. 9 S. 7 unter Hinweis auf Urk. 11/3 Ziff. 3.7.2).

2.3. Bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen darf statt vom effektiv erzielten Einkommen von einem höheren hypothetischen Einkommen ausgegangen werden, falls und soweit der Pflichtige bei gutem Willen bzw. bei ihm zuzumutender Anstrengung mehr zu verdienen vermöchte, als er effektiv verdient. Wo allerdings die reale Möglichkeit einer Einkommenssteigerung fehlt, muss eine solche ausser Betracht bleiben (BGE 117 II 16 E. 1b). Ein hypothetisches Einkommen darf grundsätzlich nicht rückwirkend, sondern erst nach Ablauf einer angemessenen Übergangsfrist angerechnet werden.

2.4.1. Bei den Akten liegen verschiedene Arztzeugnisse betreffend den Gesundheitszustand des Gesuchstellers: 1.) Arbeitsunfähigkeitszeugnis des Kriseninterventionszentrums (KIZ) Winterthur vom 3. Oktober 2012 betreffend eine Hospitalisation vom 27. September bis 3. Oktober 2012 (Urk. 4/25/1). 2.) Ärztliche Zeugnisse von Dr. med. G._____, Facharzt FMH Psychiatrie und Psychotherapie, vom 3. Oktober 2012, 25. Oktober 2012 und 26. November 2012, welche dem Gesuchsteller eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % vom 26. September bis 9. Oktober 2012 bzw. eine Arbeitsunfähigkeit im Umfang von 20 % vom 22. Oktober bis 31. Dezember 2012 bescheinigen (Urk. 4/25/1). 3.) Ärztlicher Bericht von Dr. med. G._____ vom 26. Oktober 2012, worin festgehalten wird, dass der Gesuchsteller ihn erstmals im Mai 2012 aufgrund einer psychischen Krise aufgesucht habe. Die Mehrfachbelastung mit einer 100 % Arbeitstätigkeit in einer

Leitungsposition, mit Führung eines Haushaltes, mit der Aufsicht über seine vor allem jüngeren Tochter und mit der zusätzlichen psychischen Belastung durch die Trennungs- bzw. Scheidungsverhandlungen hätten zu einem Erschöpfungszustand beim Gesuchsteller geführt. Bereits im Frühjahr hätten sich auch erste Zeichen einer Depression gezeigt. Unter der Behandlung mit einem Antidepressivum und einer zweiwöchigen Entlastung durch Krankschreibung sei eine gewisse Stabilisierung gelungen, und der Gesuchsteller habe wieder allen seinen Verpflichtungen nachkommen können. Bereits im September 2012 sei es aber zu einem abermaligen Zusammenbruch gekommen, und der Gesuchsteller habe aufgrund suizidaler Gefährdung ins Kriseninterventionszentrum Winterthur zur stationären psychiatrischen Behandlung eingewiesen werden müssen. Inzwischen sei der Zustand wieder etwas stabiler. Doch bestehe ein leichtgradig depressiver Zustand. Die psychische Verfassung dürfte labil bleiben mit der Gefahr, jederzeit wieder in eine Krise oder eine stärker depressive Verstimmung abzugleiten. Um den Gesundheitszustand nicht weiter zu beeinträchtigen und die Arbeitsfähigkeit möglichst zu erhalten, sollte der Gesuchsteller sein Arbeitspensum reduzieren und einen Teil der Betreuung seiner Tochter abgeben (Urk. 4/25/2). 4.) Ärztliches Zeugnis von Dr. med. G. _____ vom 9. August 2013, mit welchem dem Gesuchsteller vom 14. August bis 15. September 2013 eine Arbeitsunfähigkeit zu 100 % attestiert wird (Urk. 4/56/1).

Daneben schilderte der Gesuchsteller in seiner persönlichen Befragung vor Vorinstanz am 23. Mai 2013 auf seinen bis Ende 2014 befristeten Vertrag angesprochen, er habe eine Zeit lang sehr viele Absenzen und Telefonate gehabt und habe seine Arbeitsleistung nicht in dem erforderlichen Masse erbringen können (Prot. I S. 25). Zudem ist ab Frühling 2012 – nachdem er sich infolge eines Klinikaufenthalts der Gesuchstellerin vom Februar bis April 2012 (Urk. 4/6) alleine um die beiden Kinder gekümmert hatte – vom Gesuchsteller verschiedentlich die Rede von seiner sehr schlechten gesundheitlichen Verfassung bzw. einem Burnout und von Kündigungsandrohungen (Urk. 4/8, 4/14). Mit Vertrag vom 27. November 2012 reduzierte der Gesuchsteller sein Arbeitspensum von 100 % auf 80 % mit entsprechender Lohneinbusse. Er war fortan statt als Leiter Holzwerkstatt als Arbeitsagoge Holzwerkstatt angestellt (Urk. 4/25/3, 4/25/4). Am 27. Juni 2013

schliesslich kündigte der Gesuchsteller seinen Arbeitsvertrag mit der E. _____ per 30. September 2013. Als Grund führte er in der Kündigung an, seine private Situation belaste ihn so sehr, dass er seine stets geliebte Arbeit nicht mehr länger in der von ihm gewohnten Qualität und Leistung ausführen könne. Umso schwerer falle es ihm, aus privaten Umständen seinen in der E. _____ gefundenen Traumjob aufgeben zu müssen (Urk. 4/56/3).

2.4.2. Aufgrund der Krankheitsgeschichte des Gesuchstellers kann keine Rede davon sein, dass er sein Arbeitspensum ohne Not verringert hat. Es kann von ihm nicht verlangt werden, dass er nach einer Einweisung ins KIZ aufgrund suizidaler Gefährdung und entgegen ärztlicher Empfehlung weiterhin 100 % arbeitet und einen weiteren Zusammenbruch mit unabsehbaren gesundheitlichen und beruflichen Folgen riskiert. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass der Gesuchsteller im Falle einer erneuten Krankschreibung während einer gewissen Zeit durch die Sperrfrist von Art. 336c OR vor einer Kündigung geschützt und bis zum 730. Krankheitstag zu 80 % krankentaggeldversichert gewesen wäre (Urk. 11/3 S. 7). Es kann dem Gesuchsteller nicht vorgeworfen werden, dass er durch die Reduktion seines Arbeitspensums darauf hoffte, seine gesundheitliche Situation wieder stabilisieren sowie den Ansprüchen von Arbeit und Familie gerecht werden zu können. Immerhin generierte er dadurch gleich hohe Einnahmen wie bei einer Krankschreibung im Umfang von 20 % über längere Zeit. Zwar trifft der Einwand der Gesuchstellerin zu, dass er im Krankheitsfall deshalb nur noch 80 % seines bereits auf 80 % reduzierten Lohnes erhalten hätte; eine erneute Krankschreibung beabsichtigte der Gesuchsteller aber durch die Reduzierung seines Arbeitspensums gerade zu verhindern. Dass der Gesuchsteller den neuen Arbeitsvertrag am 27. November 2012 abschloss, mithin während er noch zu 20 % krankgeschrieben war, mag zwar arbeitsrechtliche Bedenken wecken. Im summarischen Verfahren ist jedoch grundsätzlich von den tatsächlichen und nicht von hypothetischen Verhältnissen auszugehen. Es geht nicht an, den Gesuchsteller für eine wohl unter erheblichem Leidensdruck getroffene Entscheidung durch die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens zu bestrafen. Immerhin zeigt die Krankengeschichte des Gesuchstellers auch, dass er mehrheitlich 100 % arbeitsfähig war und es zwischendurch zu vereinzelten Perioden der

Arbeitsunfähigkeit kam. Es ist leicht nachvollziehbar, dass eine Beibehaltung der 100 %-Tätigkeit im Wissen darum, dass ihm in naher Zukunft eine solche – aus familiären und gesundheitlichen Gründen – nicht möglich sein würde, für den als verantwortungsbewusst geschilderten (Urk. 4/25/2) Gesuchsteller eine weitere Belastung bedeutet hätte und dem Ziel der Erhaltung der Arbeitsfähigkeit abträglich gewesen wäre (Urk. 9 S. 7). Es kann offen bleiben, ob der Gesuchsteller D._____ ab 1. Juni 2012 vollumfänglich betreute oder ob D._____ zwischen Sommer 2012 und Sommer 2013 abwechselnd beim Gesuchsteller und bei der Gesuchstellerin lebte (Urk. 13 S. 2). Damit bleibt es bis zum 30. September 2013 bei der Anrechnung des vom Gesuchsteller effektiv erzielten Einkommens im Betrag von monatlich Fr. 5'568.– netto.

2.4.3. Ab Oktober 2013 bezog der Gesuchsteller Arbeitslosentaggelder. Der vom Gesuchsteller als Rechtfertigungsgrund für seine Kündigung angeführte Angriff durch einen Jugendlichen findet keine Stütze in den Akten (Urk. 13 S. 3). Inwiefern der angebliche Angriff für die Entscheidungsfindung des Gesuchstellers mitentscheidend war, ist aber – wie gleich zu zeigen sein wird – nicht relevant. Im Oktober 2013 betrug die Arbeitslosenunterstützung unter Berücksichtigung von fünf Wartetagen Fr. 4'015.– netto, im November 2013 Fr. 4'684.15 netto. Eine Abrechnung für den Monat Dezember 2013 liegt nicht im Recht (Urk. 11/1). Ein Durchschnittsersatzwerbseinkommen für die drei Monate Arbeitslosigkeit des Gesuchstellers lässt sich damit nicht errechnen. Der Gesuchsteller beanstandet jedoch die vorinstanzliche Vorgehensweise nicht, wonach bei ihm auch nach dem 1. Oktober 2013 bis zum 31. Dezember 2013 vom bisherigen Einkommen ausgegangen wurde. Damit ist ihm auch für diese Zeit ein monatliches Einkommen von Fr. 5'568.– netto anzurechnen.

2.4.4. Seit dem 6. Januar 2014 hat der Gesuchsteller eine neue Anstellung als ... "..." bei den Sozialen Diensten des Bezirkes Er verdient mit einem 80 %-Pensum Fr. 5'901.50 brutto (Urk. 11/2). Lohnabrechnungen liegen keine bei den Akten. Der Gesuchsteller selber geht von einem Nettoeinkommen von monatlich Fr. 5'564.– (inkl. Anteil 13. Monatslohn; exkl. Kinderzulagen) aus (Urk. 9 S. 6). Unter Abzug von 6,25 % für AHV und ALV und einem Pensionskassenbeitrag von

rund Fr. 500.– (vgl. Urk. 4/34/4) ist die Annahme eines monatlichen Nettoeinkommens von Fr. 5'564.– nicht zu beanstanden.

3. Bedarf der Gesuchstellerin

3.1. Miete

3.1.1. Die Vorinstanz berücksichtigte bei der Gesuchstellerin die vom Gesuchsteller anerkannten Fr. 800.– für Wohnkosten in ihrem Bedarf. Die Gesuchstellerin habe, obschon sie mit zwei Verfügungen dazu aufgefordert worden sei, weder einen Mietvertrag im Original eingereicht noch belegt, dass der von ihr geltend gemachte Mietzins angemessen sei. Sie sei zweimal darauf hingewiesen worden, dass eine unberechtigte Verweigerung bei der Mitwirkung der Beweiserhebung zu ihrem Nachteil gewürdigt werde (Urk. 2 S. 9 f.).

3.1.2. Die Gesuchstellerin beanstandet, sie wohne seit dem Juli 2013 mit ihrem Partner zusammen und bezahle diesem Fr. 1'161.– Mietzins. Sie habe keinen Zugang zu dessen Hypothekarvertrag und habe diesen deshalb entgegen der Aufforderung der Vorinstanz nicht einreichen können. Für die Mitbenützung einer 4 ½-Dachmaisonnette-Wohnung, in welchem Tochter D. _____ ein eigenes Zimmer habe, seien Fr. 1'161.– angemessen (Urk. 1 S. 8). Bei Urk. 4/46/4 handle es sich entgegen der Vorinstanz um den Originalmietvertrag. Die Gesuchstellerin habe ihre Mitwirkungslast bei der Beweiserhebung gemäss Art. 164 ZPO nicht unberechtigterweise verweigert. Zudem habe die Vorinstanz die Parteien ungleich behandelt, indem sie der Gesuchstellerin vorwerfe, keine Zahlungsbelege für die von ihr geleisteten Mietzinse eingereicht zu haben, vom Gesuchsteller aber für die Zahlungen an die Tochter C. _____ keine Belege verlange. Die Vorinstanz habe zudem nicht nach Zahlungsbelegen gefragt (Urk. 1 S. 9).

3.1.3. Der Gesuchsteller macht geltend, es sei davon auszugehen, dass die Gesuchstellerin die Hypothekarverträge sowie Belege betreffend Nebenkosten eingereicht hätte, wenn daraus ersichtlich wäre, dass der von ihr geltend gemachte Anteil den hälftigen Wohnkosten entspreche. Es gehe nicht um die Angemessenheit der Wohnkosten, sondern darum, welches die effektiven Wohnkosten der

Gesuchstellerin seien. Diese müssten von ihr bewiesen werden. Es könne nicht angehen, dass ihr Wohnkosten im Bedarf berücksichtigt würden, die ihr nicht effektiv anfielen, und sie somit indirekt über einen Freibetrag verfüge, währenddem der Gesuchsteller zusammen mit der Tochter auf dem Existenzminimum lebe (Urk. 9 S. 9).

3.1.4. Der Vorinstanz ist darin beizupflichten, dass es nicht nachvollziehbar ist, weshalb die Gesuchstellerin als Vertragspartnerin nicht im Besitz eines Originalmietvertrags sein soll (Urk. 4/46/4 ist eine Kopie) und weshalb sie ihren neuen Partner nicht dazu anhalten konnte, ihr Belege zu den Kosten seiner Wohnung wenigstens teilweise bzw. in geeigneter Form zur Verfügung zu stellen (Urk. 2 S. 9 f.). Zwar ist zu bedenken, dass die Gesuchstellerin ihren neuen Partner nicht dazu zwingen konnte, vielmehr hätte die Vorinstanz ihn zur Edition verpflichten können (Art. 160 Abs. 1 ZPO). Für die anwaltlich vertretene Gesuchstellerin wäre es jedoch ein Leichtes gewesen, tatsächliche Mietzinszahlungen an ihren Partner mit entsprechenden Zahlungsbelegen glaubhaft zu machen (Art. 8 ZGB). Es bedurfte dazu keiner expliziten Aufforderung durch die Vorinstanz. Nachdem die Gesuchstellerin weder in der Lage war, den Originalmietvertrag einzureichen, noch Belege zu den Kosten der Wohnung ihres Partner vorzuweisen, wäre es an ihr gewesen, dem Gericht Zahlungsbelege einzureichen. Dass die Vorinstanz einen unter Lebenspartnern abgeschlossenen Mietvertrag unter den vorliegenden Umständen zur Glaubhaftmachung von entsprechenden Zahlungen nicht als genügend erachtete, ist nicht zu beanstanden. Damit ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass sie ihrem neuen Partner nicht den im Mietvertrag vereinbarten Mietzins von Fr. 1'161.– bezahlt. Es sind ihr die vom Gesuchsteller anerkannten Wohnkosten im Betrag von Fr. 800.– im Bedarf anzurechnen.

3.2. Gesundheitskosten

3.2.1. Die Gesuchstellerin macht geltend, die Vorinstanz habe ihr keine Krankenkosten zugestanden, obschon der Gesuchsteller im Massnahmenverfahren Fr. 150.– und im Hauptverfahren Fr. 70.– anerkannt habe (Urk. 1 S. 10). Aus der Prämien- und Kostenübersicht ihrer Krankenkasse für das Steuerjahr 2013

gehe hervor, dass die Gesuchstellerin nicht versicherte Behandlungskosten von monatlich Fr. 123.60 gehabt habe (Urk. 13 S. 4 und 14/1).

3.2.2. Der Gesuchsteller entgegnet, es sei nicht richtig, dass er – nachdem die Gesuchstellerin ihre Unterlagen anlässlich der Gerichtsverhandlung eingereicht habe – die Gesundheitskosten der Gesuchstellerin weiterhin anerkannt habe. Es seien ausser für das Jahr 2012 keine weiteren Belege betreffend Gesundheitskosten eingereicht worden (Urk. 9 S. 10 unter Hinweis auf Urk. 4/37 S. 4 und 4/31/20). Bei der Prämien- und Kostenübersicht der Krankenkasse für das Steuerjahr 2013 handle es sich um ein unzulässiges Novum. Es wäre der Gesuchstellerin möglich gewesen, die Rechnungen im Zusammenhang mit ihren Krankheitskosten bereits vor erster Instanz einzureichen. Zudem wäre die Urkunde spätestens mit der Berufungsbegründung einzureichen gewesen. Weiter gehe aus dem Beleg nicht hervor, ob die nichtversicherten Kosten medizinisch indiziert gewesen seien. Da es vorliegend um Unterhaltszahlungen ab dem 1. Juli 2013 gehe, wäre es zudem notwendig zu wissen, ob die Kosten nach diesem Zeitpunkt angefallen seien (Urk. 16).

3.2.3. Im Berufungsverfahren können neue Tatsachen nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht wurden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Da im Berufungsverfahren indes auch die Vorschriften über das erstinstanzliche Verfahren sinngemäss anzuwenden sind, stellt sich die Frage, ob in denjenigen Verfahren, in denen der Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären ist, mithin in den Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen, neue Tatsachen und Beweismittel in analoger Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO bis zur Urteilsberatung vorgebracht werden können. Dies ist in der Literatur umstritten. Das Bundesgericht hat eine solche analoge Anwendung abgelehnt und festgehalten, dass einzig Art. 317 Abs. 1 ZPO massgeblich sei (BGE 138 III 626 E. 2.2). Auch in den Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen, ist deshalb Art. 317 Abs. 1 ZPO zu beachten. Unechte Noven können daher grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden, es sei denn, eine Partei rüge, die Vorinstanz habe eine bestimmte Tatsache in Verletzung der Untersuchungsma-

xime nicht beachtet (Hohl, Procédure civile, Tome II, N 1214 und 2414 f.). Solche unechten Noven sind im Sinne von Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO ohne Verzug, d.h. mit der Berufungsbegründung bzw. der Berufungsantwort vorzubringen. Nach Berufungsbegründung und -antwort können nur noch echte Noven vorgebracht werden, und zwar längstens bis zum Beginn der Urteilsberatung. Dies gilt auch für Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen (BGE 138 III 788 E. 4.2; Hohl, a.a.O., N 1172).

3.2.4. Zwar datiert die Prämien- und Kostenübersicht für das Steuerjahr 2013 vom 10. Januar 2014 (Urk. 14/1). Damit konnte sie weder vor Vorinstanz noch mit der Berufungsbegründung eingereicht werden. Dem Gesuchsteller ist jedoch darin beizupflichten, dass es der Gesuchstellerin möglich gewesen wäre, die Rechnungen im Zusammenhang mit ihren Krankheitskosten bereits vor erster Instanz einzureichen. Weiter geht aus dem Krankenkassenbeleg tatsächlich nicht hervor, ob die nichtversicherten Kosten medizinisch indiziert gewesen sind. Aufgrund der knappen finanziellen Verhältnisse ist dies jedoch Voraussetzung für eine Berücksichtigung im Bedarf. Da es vorliegend um Unterhaltszahlungen ab dem 1. Juli 2013 geht, hätte die Gesuchstellerin zudem glaubhaft machen müssen, dass die Kosten nach diesem Zeitpunkt angefallen sind, was ihr mit dem neu eingereichten Steuerbeleg nicht gelingt. Zutreffend ist das Vorbringen des Gesuchstellers, wonach er die Gesundheitskosten in Urk. 4/37 S. 4 nicht mehr anerkannt hat. Nach dem Gesagten sind zusammen mit der Vorinstanz keine weiteren Gesundheitskosten im Bedarf der Gesuchstellerin einzusetzen.

3.3. Schuldentilgung Auto

3.3.1. Die Gesuchstellerin anerkennt zwar, dass sie für ihren Arbeitsweg nicht auf ein Auto angewiesen sei. Sie habe aber in ihrer Eingabe vom 15. August 2013 darauf hingewiesen, dass sie noch während 18 Monaten monatlich Fr. 400.– für ein anfangs 2012 gekauftes Auto abzubezahlen habe. Der Gesuchsteller habe im Rahmen des Massnahmenverfahrens Fahrkosten von Fr. 350.– anerkannt. Er habe damit (auch) anerkannt, dass sie auf ein Auto angewiesen gewesen sei, solange sie die Kinder betreut habe. Schulden, die für die Familie eingegangen worden seien, seien in die Notbedarfsrechnung miteinzubeziehen (Urk. 1 S. 11). Die

Gesuchstellerin sei zum Zeitpunkt des Autokaufs auf ein Auto angewiesen gewesen, da sie beide Töchter betreut habe, und für Fahrten zum Arbeitsort von H._____ aus (Urk. 13 S. 4 f.).

3.3.2. Der Gesuchsteller bestreitet, dass es sich um Abzahlungsraten für Schulden handle, die für die Familie eingegangen worden seien. Das Auto sei zwei Jahre nach der Trennung gekauft worden. Der Gesuchsteller habe diese Position nicht anerkannt, sondern immer geltend gemacht, entweder würden bei beiden Parteien Autokosten berücksichtigt oder bei keiner (Urk. 9 S. 11 unter Hinweis auf Urk. 4/55 S. 4).

3.3.3. Hinsichtlich der geltend gemachten Schulden kann als allgemein anerkannt gelten, dass persönliche, nur einen der Ehegatten betreffende Schulden gegenüber Dritten – auch gegenüber dem Fiskus – der familienrechtlichen Unterhaltspflicht nachgehen und nicht zum Existenzminimum gehören, sondern nach dem Ermessen des Sachgerichts im Rahmen einer allfälligen Überschussaufteilung zu berücksichtigen sind (vgl. BGE 127 III 289 E. 2a/bb mit Hinweisen). Zum Bedarf hinzuzurechnen sind somit grundsätzlich nur diejenigen regelmässig abbezahlten Schulden, die die Ehegatten für den gemeinsamen Lebensunterhalt aufgenommen hatten (BGer 5A_452/2010 vom 23. August 2010, E. 3.2; BGer 5A_131/2007 vom 8. Juni 2007, E. 2.2).

3.3.4. Die Parteien trennten sich im Jahre 2008 (Urk. 4/4/1). Die anfangs 2012 getätigten Schulden wurden damit offensichtlich nicht mehr für den gemeinsamen Lebensunterhalt aufgenommen und können bereits deshalb nicht berücksichtigt werden. Die Gesuchstellerin ist zudem daran zu erinnern, dass vorliegend die Unterhaltsbeiträge ab dem 1. Juli 2013 festzusetzen sind. Ab diesem Zeitpunkt war die Gesuchstellerin gemäss eigenen Angaben weder für die Kinderbetreuung noch für ihre Erwerbstätigkeit auf ein Auto angewiesen, womit keine entsprechenden Kosten in ihrem Bedarf berücksichtigt werden können. Wie es sich damit für die Zeit vor dem 1. Juli 2013 verhält, wird die Vorinstanz in ihrem noch ausstehenden Massnahmenentscheid für die Zeit vom 15. Februar 2010 bis 30. Juni 2013 zu beurteilen haben.

3.4 Steuern

3.4.1. Die Gesuchstellerin rügt, bei den Steuern habe der Gesuchsteller Fr. 200.– anerkannt und die Vorinstanz nur Fr. 150.– berücksichtigt (Urk. 1 S. 10).

3.4.2. Der Gesuchsteller hat vor Vorinstanz mit Eingabe vom 19. September 2013 zuletzt einen Betrag von Fr. 150.– anerkannt (Urk. 9 S. 10 und 4/55 S. 4). Da die Gesuchstellerin im Übrigen nicht geltend macht, inwiefern der Betrag nicht angemessen sein soll und solches auch nicht ersichtlich ist, sind der Gesuchstellerin für Steuern Fr. 150.– in ihrem Bedarf einzusetzen.

3.5. Zusammenfassend bleibt es bei dem von der Vorinstanz ermittelten Bedarf der Gesuchstellerin von Fr. 2'552.– (Urk. 2 S. 8).

4. Unterhaltsberechnung

4.1. Der Bedarf des Gesuchstellers sowie das Einkommen der Gesuchstellerin sind nicht bestritten (Ausführungen zum Einkommen der Gesuchstellerin erfolgten nämlich lediglich im Zusammenhang mit dem durch den Gesuchsteller zu erzielenden Einkommen). Der von der Vorinstanz ermittelte Bedarf des Gesuchstellers sowie das Einkommen der Gesuchstellerin erweisen sich als angemessen, weshalb für die folgende Unterhaltsberechnung auf sie abgestellt werden kann.

4.2. Die Gegenüberstellung von Einkommen und Bedarf der Parteien ergibt folgendes Bild:

	1.7. - 31.12.2013	ab 1.1.2014
Einkommen Gesuchsteller	Fr. 5'568.–	Fr. 5'564.–
Einkommen Gesuchstellerin	Fr. 1'928.–	Fr. 1'928.–
<i>Gesamteinkommen</i>	<i>Fr. 7'496.–</i>	<i>Fr. 7'492.–</i>
Bedarf Gesuchsteller	Fr. 4'252.–	Fr. 4'252.–
Bedarf Gesuchstellerin	Fr. 2'552.–	Fr. 2'552.–
<i>Gesamtbedarf</i>	<i>Fr. 6'804.–</i>	<i>Fr. 6'804.–</i>
Überschuss	Fr. 692.–	Fr. 688.–

4.3. Davon zog die Vorinstanz den Unterhaltsbeitrag für die Tochter C._____ von Fr. 600.– ab (Urk. 2 S. 13), was von der Gesuchstellerin nicht beanstandet wurde (ihre Ausführungen betreffen eine vor der für das vorliegende Urteil relevante Zeit; Urk. 13 S. 4, vgl. auch Urk. 9 S. 9 und S. 12). Damit sind von den errechneten Überschüssen die bereits rechtskräftig festgesetzten Kinderunterhaltsbeiträge von insgesamt Fr. 600.– pro Monat in Abzug zu bringen (Urk. 2 Dispositiv-Ziffer 3). Der resultierende Überschuss von rund Fr. 90.– ist zu 1/3 der Gesuchstellerin und zu 2/3 dem Gesuchsteller zuzuteilen, da D._____ für das weitere Scheidungsverfahren unter die Obhut des Gesuchstellers gestellt wurde. Damit resultiert ab dem 1. Juli 2013 der nachfolgende Unterhaltsanspruch der Gesuchstellerin:

Bedarf Gesuchstellerin	Fr. 2'552.–
+ Anteil Freibetrag	Fr. 30.–
./.. Einkommen Gesuchstellerin	Fr. 1'928.–
Unterhaltsanspruch	Fr. 654.–

Der Gesuchsteller ist in Abweisung der Berufung der Gesuchstellerin zu verpflichten, dieser rückwirkend für den Zeitraum ab dem 1. Juli 2013 persönliche Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 655.– pro Monat zu bezahlen.

IV.

1. Die Vorinstanz hat in Anwendung von Art. 104 Abs. 3 ZPO den Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen stillschweigend dem Endentscheid vorbehalten. Dabei hat es sein Bewenden.

2. Im Berufungsverfahren unterliegt die Gesuchstellerin vollumfänglich. Der Gesuchsteller verlangte die Bestätigung der vor Vorinstanz zugesprochenen Unterhaltsbeiträge von Fr. 655.–; die Gesuchstellerin dagegen beantragte eine Erhöhung auf Fr. 1'862.55. Ausgangsgemäss sind der Gesuchstellerin die Kosten- und Entschädigungspflichten in vollem Umfang aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtsgebühr ist in Anwendung der § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2, § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Ober-

gerichts vom 8. September 2010 auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Die Parteientschädigung ist gestützt auf § 13 in Verbindung mit § 2, § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1, § 9 und § 11 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 auf Fr. 3'240.– (Fr. 3'000.– zuzüglich 8 % MwSt.) zu bemessen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositiv-Ziffern 1 bis 3 und 4 Abs. 2 des Urteils des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 10. Oktober 2013 am 22. Oktober 2013 in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Schriftliche Mitteilung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin ab 1. Juli 2013 für die Dauer des Scheidungsverfahrens einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 655.– zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchstellerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsteller für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'240.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Winterthur, 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, 3. März 2014

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Iseli

versandt am:
dz