

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE220053-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichter
lic. iur. M. Spahn und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie
Gerichtsschreiberin MLaw C. Rüedi

Beschluss und Urteil vom 5. Januar 2023

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Winterthur vom 8. September 2022 (EE220011-K)**

Rechtsbegehren:

der Gesuchstellerin (Urk. 13 S. 1 f.):

- "1. Es sei den Parteien das Getrenntleben zu bewilligen.
2. Es sei die eheliche Wohnung C.____-strasse 1, ... D.____, dem Gesuchsgegner für die Dauer des Getrenntlebens zur alleinigen Nutzung zuzuweisen.
3. Es sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin einen angemessenen Beitrag für die Möblierung ihrer Wohnung zu bezahlen.
4. Es sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin einen persönlichen Unterhaltsbeitrag von monatlich CHF 4'500.00 zu bezahlen, zahlbar vom 17.1.2022 bis 31.12.2022.
5. Es sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin die von der Krankenkasse an ihn bezahlten Rückerstattungen im Betrag von CHF 634.75 zu bezahlen.
6. Es sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, die für die Kinder der Gesuchstellerin, E.____ und F.____, bezogenen Kinderzulagen per 1. Februar 2022 abzumelden, so dass die Gesuchstellerin diese direkt beziehen kann.
7. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Gesuchsgegners."

Prozessualer Antrag

"Es sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin einen Prozesskostenbeitrag von CHF 8'000.00 zu bezahlen.

Eventuell: es sei der Gesuchstellerin die unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverteidigung zu gewähren."

des Gesuchsgegners (Urk. 15 S. 1):

- "1. Die Gesuchstellerin sei zu verpflichten, die zwei Schlüssel vom Badezimmer und Schlafzimmer der ehemals ehelichen Wohnung an der C.____-strasse 1, D.____, dem Gesuchsgegner umgehend zu übergeben.
2. Der Gesuchstellerin sei ab dem Zeitpunkt, ab dem sie persönlichen Unterhalt beantragen lässt, spätestens ab ihrem Auszug am 8. Februar 2022, ein hypothetischer Verdienst von mindestens CHF 4'300 netto pro Monat anzurechnen und festzustellen, dass kein persönlicher Unterhalt geschuldet ist,

eventualiter sei der Gesuchstellerin vom Gericht eine minimale Frist von max. drei Monaten zur Aufnahme einer angemessenen Arbeitstätigkeit anzusetzen und ihr spätestens ab Ablauf dieser

Frist ein hypothetischer Verdienst von mindestens CHF 4'300 netto pro Monat anzurechnen und festzustellen, dass mit Ablauf der Umstellungsfrist kein persönlicher Unterhalt geschuldet ist.

3. Anordnung der Gütertrennung per Ende 2021. Eventualiter per 17. Juni 2022.
4. Die Anträge der Gesuchstellerin seien abzuweisen; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWST zulasten der Gesuchstellerin."

**Verfügung und Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Winterthur vom 8. September 2022:**

(Urk. 36 S. 57 ff. = Urk. 39 S. 57 ff.)

Es wird verfügt:

1. Auf das Rechtsbegehren 5 der Gesuchstellerin wird nicht eingetreten.
2. Auf das Rechtsbegehren 6 der Gesuchstellerin wird nicht eingetreten.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit und Rechtsmittel gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Den Parteien wird das Getrenntleben bewilligt.
2. Die eheliche Wohnung C.____-strasse 1, ... D.____ wird dem Gesuchsgegner für die Dauer des Getrenntlebens zur alleinigen Nutzung zugewiesen.
3. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, die zwei Schlüssel vom Badezimmer und Schlafzimmer der ehemals ehelichen Wohnung an der C.____-strasse 1, D.____, dem Gesuchsgegner umgehend zu übergeben.
4. Das Rechtsbegehren 3 der Gesuchstellerin wird abgewiesen.
5. Das Rechtsbegehren 2 (erster Teil) des Gesuchsgegners wird abgewiesen.

6. Das Eventualbegehren zum Rechtsbegehren 2 des Gesuchsgegners wird abgewiesen.
7. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, vom 17. Januar 2022 bis 31. Dezember 2022 der Gesuchstellerin monatliche Unterhaltsbeiträge wie folgt zu bezahlen:
 - Fr. 750.– für 17. Januar 2022 bis 31. Januar 2022
(nicht pro rata);
 - Fr. 3'419.– pro Monat für 1. Februar 2022 bis 15. August 2022;
 - Fr. 3'532.– pro Monat für 16. August 2022 bis 30. September 2022;
 - Fr. 3'492.– pro Monat für 1. Oktober 2022 bis 31. Dezember 2022.

Die Unterhaltsbeiträge sind an die Gesuchstellerin zahlbar und zwar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.

8. Die Festsetzung der Unterhaltsbeiträge gemäss Ziffer 7 vorstehend basiert auf folgenden Grundlagen:

Einkommen (bis 31.12.2022)

| | | |
|------------------|-----|----------|
| Gesuchstellerin: | Fr. | 0.– |
| Gesuchsgegner: | Fr. | 10'221.– |

Vermögen

Es ist kein für die Unterhaltsberechnungen relevantes Vermögen vorhanden.

Gebührender Bedarf

1. Februar 2022 bis 15. August 2022:

| | | |
|------------------|-----|---------|
| Gesuchstellerin: | Fr. | 3'166.– |
| Gesuchsgegner: | Fr. | 6'423.– |

16. August 2022 bis 30. September 2022:

| | | |
|------------------|-----|---------|
| Gesuchstellerin: | Fr. | 3'354.– |
| Gesuchsgegner: | Fr. | 6'423.– |

1. Oktober 2022 bis 31. Dezember 2022:

Gesuchstellerin: Fr. 3'354.–

Gesuchsgegner: Fr. 6'523.–

9. Das Rechtsbegehren 3 des Gesuchsgegners (inkl. Eventualbegehren) wird abgewiesen.
10. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 2'800.–.
11. Die Kosten werden zu einem Viertel der Gesuchstellerin und zu drei Vierteln dem Gesuchsgegner auferlegt.
12. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine Parteient-schädigung in der Höhe von Fr. 1'925.– zu bezahlen.
13. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin einen Prozesskos-tenbeitrag von Fr. 5'000.– unter Anrechnung an ihre güterrechtlichen An-sprüche zu bezahlen.
14. [Schriftliche Mitteilung]
15. [Rechtsmittel: Berufung, Frist 10 Tage]

Berufungsanträge des Gesuchsgegners und Berufungsklägers:

(Urk. 38 S. 1)

- "1. Ziff. 7 des Urteilsdispositivs betreffend persönlichen Unterhalt sei abzuändern, und der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Ge-suchstellerin monatliche maximale Unterhaltsbeiträge wie folgt zu bezahlen:
 - CHF 750 bis 31. Januar 2022 (nicht pro rata);
 - CHF 1'448 vom 1. Februar 2022 bis 30. September 2022;
 - CHF 1'348 vom 1. Oktober 2022 bis 31. Dezember 2022.
2. Ziff. 8 des Urteilsdispositivs sei abzuändern, und beim Gesuchs-gegner sei von einem Einkommen bis 31.12.2022 von CHF 6'471 auszugehen.

3. Ziff. 11 des Urteilsdispositivs betreffend Kostenfolgen sei ausgangsgemäss neu, mindestens je zur Hälfte zugunsten des Berufungsklägers zu verlegen.
4. Ziff. 12 des Urteilsdispositivs betreffend Parteientschädigung sei ausgangsgemäss aufzuheben, und es seien gegenseitig keine Parteientschädigungen zuzusprechen.
5. Ziff. 13 des Urteilsdispositivs betreffend Prozesskostenbeitrag sei aufzuheben; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWST zulasten der Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien haben am tt.mm 2020 in Winterthur geheiratet (Urk. 2/2).
2. Mit Eingabe vom 18. November 2021 ersuchte der Gesuchsgegner und Berufungskläger (fortan Gesuchsgegner) vor Vorinstanz um Anordnung von Eheschutzmassnahmen (Urk. 2/1). Kurz vor Durchführung der mündlichen Verhandlung zog er das Gesuch jedoch zurück (Urk. 2/9). Das Verfahren wurde in der Folge abgeschrieben (Urk. 2/15).
3. Mit Eingabe vom 31. Januar 2022 gelangte die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchstellerin) ihrerseits an die Vorinstanz und stellte ein Eheschutzgesuch (Urk. 1). Der weitere Prozessverlauf vor Vorinstanz kann dem angefochtenen Entscheid entnommen werden (Urk. 39 S. 4 ff.). Mit Verfügung und Urteil vom 8. September 2022 fand das erstinstanzliche Verfahren seinen Abschluss (Urk. 39).
4. Gegen den vorinstanzlichen Entscheid erhob der Gesuchsgegner mit Eingabe vom 26. September 2022 fristgerecht (vgl. Urk. 37/1) Berufung und stellte die eingangs aufgeführten Anträge sowie ein Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung (Urk. 38). Nachdem die Gesuchstellerin diesbezüglich Stellung genommen hatte (Urk. 43), wurde der Berufung mit Präsidialverfügung vom 19. Oktober 2022 die aufschiebende Wirkung erteilt (Urk. 46). Daraufhin reichte der Gesuchsgegner mit Eingabe vom 31. Oktober 2022 eine unaufgeforderte Replik zur Stellungnahme der Gesuchstellerin ein (Urk. 48). Diese Eingabe ist der Gesuchstellerin mit dem vorliegenden Entscheid zuzustellen. Da sich die Berufung sogleich als offensichtlich unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO).
5. Die vorinstanzlichen Akten (Urk. 1-37) wurden beigezogen. Auf die Vorbringen des Gesuchsgegners ist nachfolgend nur insoweit einzugehen, als dies zur Entscheidungsfindung notwendig erscheint.

II.

1. Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheids nur im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Vorab ist daher festzuhalten, dass das vorinstanzliche Urteil in den nicht angefochtenen Dispositiv-Ziffern 1-6 und 9 in Rechtskraft erwachsen ist. Dies ist vorzumerken.

2. Das Berufungsverfahren stellt keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern ist nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGE 142 III 413 E. 2.2.1). Mit der Berufung kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch 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). In der Berufungsschrift ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintretensvoraussetzung) voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anführt, sich argumentativ mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1; BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (BGE 142 III 413 E. 2.2.4; BGer 5A_111/2016 vom 6. September

2016, E. 5.3; BGer 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3; BGer 4A_290/2014 vom 1. September 2014, E. 3.1 und E. 5).

3.1 Neue Vorbringen sind im Berufungsverfahren grundsätzlich nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig, wenn sie also ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Das vorinstanzliche Verfahren wird also nicht einfach fortgeführt oder gar wiederholt; was im vorinstanzlichen Verfahren vorzutragen verpasst wurde, kann im Berufungsverfahren grundsätzlich nicht mehr geltend gemacht bzw. nachgeholt werden.

3.2 Der Gesuchsgegner stützt seine Vorbringen in der Hauptsache auf Tatsachen, welche erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Diese sogenannten echten Noven bringt er im Rahmen der Berufungsschrift und damit ohne Verzug vor. Die Voraussetzungen nach Art. 317 Abs. 1 ZPO sind daher erfüllt und die neuen Vorbringen des Gesuchsgegners – soweit für den vorliegenden Entscheid überhaupt relevant – als zulässig zu erachten.

III.

A. Unterhalt

1. Gegenstand des Berufungsverfahrens bildet in erster Linie die Frage nach der Höhe der vom Gesuchsgegner von Februar 2022 bis und mit Dezember 2022 an die Gesuchstellerin zu leistenden Unterhaltsbeiträge. Der Gesuchsgegner beantragt die Herabsetzung der im angefochtenen Urteil festgesetzten Unterhaltsbeiträge mit der Begründung, die Vorinstanz habe sein Einkommen aktenwidrig zu hoch festgesetzt.

2. Zum Einkommen des Gesuchsgegners erwog die Vorinstanz zusammengefasst, was folgt (Urk. 39 S. 26 ff.):

2.1 Aufgrund der eingereichten Lohnabrechnungen sei belegt, dass der Gesuchsgegner derzeit einen monatlichen Nettolohn von Fr. 4'371.30 erhalte und 50

% arbeite. Daneben seien aktuell keine weiteren Zahlungen der G._____ AG an den Gesuchsgegner dokumentiert (Urk. 39 S. 26).

2.2 Indes erscheine nicht glaubhaft, dass der Gesuchsgegner neben diesem Monatslohn keine zusätzlichen Zahlungen von der G._____ AG erhalte (Urk. 39 S. 27 ff.).

Im Jahr 2020 sei von einem monatlichen Nettoeinkommen des Gesuchsgegners – bestehend aus Grundlohn und Bonus – in Höhe von Fr. 10'638.– auszugehen. Weiter seien in jenem Jahr im Rahmen der fiktiven Anstellung der Gesuchstellerin Fr. 30'000.– brutto bzw. Fr. 26'568.– netto an den Gesuchsgegner bezahlt worden. Es ergebe sich somit ein durchschnittliches monatliches Nettoeinkommen des Gesuchsgegners von Fr. 12'852.–. Umgerechnet auf eine 50 %-Anstellung ergebe dies ein Nettojahreseinkommen des Gesuchsgegners von Fr. 143'743.60 (Grundlohn Fr. 52'455.60 [Fr. 4'371.30 x 12]; Bonus Fr. 64'720.–; Lohn aus fiktiver Anstellung der Gesuchstellerin Fr. 26'568.–) bzw. ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 11'978.60 (Urk. 39 S. 27).

Im Jahr 2021 habe der Gesuchsgegner einen Nettolohn in Höhe von monatlich Fr. 5'253.60 bezogen. Weiter sei ihm ein Bonus von brutto Fr. 20'000.– bzw. netto Fr. 18'486.40 ausbezahlt worden. Wiederum seien im Rahmen der fiktiven Anstellung der Gesuchstellerin Fr. 30'000.– brutto bzw. Fr. 26'568.– netto an den Gesuchsgegner bezahlt worden. Es ergebe sich somit ein monatliches Nettoeinkommen des Gesuchsgegners in Höhe von Fr. 9'008.15. Umgerechnet auf eine 50 %-Anstellung ergebe dies ein Nettojahreseinkommen des Gesuchsgegners von Fr. 97'510.– (Grundlohn Fr. 52'455.60 [Fr. 4'371.30 x 12]; Bonus Fr. 18'486.40; Lohn aus fiktiver Anstellung der Gesuchstellerin Fr. 26'568.–) bzw. ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 8'125.80 (Urk. 39 S. 27).

Weiter habe der Gesuchsgegner anlässlich der persönlichen Befragung ausgeführt, der Bonus sei jeweils zwischen Fr. 20'000.– und Fr. 50'000.–; Fr. 50'000.– sei der höchste jemals ausbezahlte Bonus vor dem Lockdown gewesen. Angesichts dieser Aussage zum Bonus und des in den Jahren 2020 und 2021 zusätzlich generierten Einkommens aus fiktiver Anstellung der Gesuchstellerin er-

scheine nicht glaubhaft, dass der Gesuchsgegner neben dem monatlichen Grundlohn kein weiteres Einkommen aus der G. _____ AG generiere. Wie die fiktive Anstellung der Gesuchstellerin zudem zeige, könne der Gesuchsgegner entgegen seinen Vorbringen sehr wohl direkt Einfluss auf die an ihn ausgerichteten Zahlungen nehmen (Urk. 39 S. 27 f.).

2.3 Im Weiteren erwog die Vorinstanz, es rechtfertige sich nicht, auf den Durchschnitt des Einkommens des Gesuchsgegners aus den Jahren 2020 und 2021 abzustellen, erscheine doch nachvollziehbar, dass das Jahr 2020 aufgrund des ersten Lockdowns ein ausserordentlich gutes Geschäftsjahr gewesen sei. Vielmehr sei auf die bekannten Zahlen 2021 abzustellen. Für das Jahr 2022 sei daher mit analogen zusätzlichen Zahlungen zum Grundlohn von rund Fr. 3'750.– pro Monat auszugehen (Bonus Fr. 18'486.40 und fiktives Einkommen Fr. 26'568.–; mithin Fr. 45'054.40 / 12). Damit ergebe sich ein zu berücksichtigendes Haupteinkommen des Gesuchsgegners von monatlich rund Fr. 8'121.– (Urk. 39 S. 28).

Hinzuzurechnen sei ein monatliches Nettoeinkommen des Gesuchsgegners aus Miete von Fr. 2'000.– sowie Einnahmen aus Wertschriftenertrag in Höhe von monatlich Fr. 100.– (Urk. 39 S. 29 ff.). Damit sei von einem Einkommen des Gesuchsgegners bis zum 31. Dezember 2022 in Höhe von netto Fr. 10'221.– auszugehen (Urk. 39 S. 28 ff.).

3. Der Gesuchsgegner hält dem im Wesentlichen was folgt entgegen (Urk. 38 S. 2 ff.):

3.1 Zwar habe die Vorinstanz seinen ordentlichen Lohn in einem 50 %-Pensum in der Höhe von Fr. 4'371.30 netto pro Monat korrekt festgesetzt. Sie habe es aber nicht als glaubhaft erachtet, dass er neben diesem monatlichen Nettolohn im Jahr 2022 kein weiteres Einkommen aus der G. _____ AG generiere. In einem aktenwidrigen Analogieschluss habe sie ihm daher als zusätzliches Einkommen für das Jahr 2022 einen Bonus von brutto Fr. 20'000.– sowie Einkommen aus einer beendeten, fiktiven Anstellung der Gesuchstellerin von brutto Fr. 30'000.– angerechnet. Diese zusätzlichen Anrechnungen seien aktenmässig nicht belegt bzw. würden mit der vorliegenden Berufung widerlegt (Urk 38 S. 2).

3.2 Betreffend Einkommen aus fiktiver Anstellung der Gesuchstellerin bei der G._____ AG bringt der Gesuchsgegner im Wesentlichen vor, es sei vor erster Instanz unbestritten gewesen, dass die Anstellung der Gesuchstellerin ein Jahr gedauert habe. Sie habe per Ende Juni 2021 geendet. Es sei klar gewesen, dass die fiktive Anstellung nur temporär gewesen sei und der daraus bezahlte Lohn insbesondere dazu gedient habe, die hohen Kosten der Hochzeit und der Flitterwochen der Parteien zu decken. Im für seine Leistungsfähigkeit massgeblichen Jahr 2022 sei die Gesuchstellerin nicht mehr bei der G._____ AG angestellt gewesen. Entsprechend sei unter diesem Titel auch kein Lohn mehr an die Gesuchstellerin bzw. indirekt an ihn ausbezahlt worden. Es gebe daher keinen Grund, ihm aus einer beendeten Anstellung der Gesuchstellerin weiterhin Einkommen anzurechnen (Urk. 38 S. 2 f.).

3.3 Einen Bonus bzw. überhaupt über seinen ordentlichen Lohn hinausgehende Zahlungen werde er von der G._____ AG im Jahr 2022 nicht mehr erhalten. Seine Aktien an der Gesellschaft habe er im September 2022 verkaufen müssen, aus dem Verwaltungsrat habe er zurücktreten müssen. Er verfüge über keine Einzelunterschrift mehr. Die betreffende Publikation sei am tt.mm 2022 im Handelsregister erfolgt. Hintergrund dieser Veränderungen seien hohe Verluste aus Vermögensverwaltung, die er in den Jahren 2021 und 2022 leider erlitten habe. So habe er in beiden Jahren Gutschriften bzw. Darlehen der G._____ AG zur Vermögensanlage erhalten, welche er jeweils seinem bzw. dem Vermögensverwalter der G._____ AG, H._____, überwiesen habe. Resultiert hätten sowohl im Jahr 2021 wie auch im Jahr 2022 hohe Verluste. Dies habe dazu geführt, dass er für die G._____ AG als Aktionär und Verwaltungsrat nicht mehr tragbar gewesen sei. Angesichts dieser Umstände könne er nun entgegen den Ausführungen der Gesuchstellerin sicher nicht mehr machen, was er wolle. Er könne sich keine zusätzlichen Entschädigungen auszahlen lassen und werde angesichts der hohen Verluste im Jahr 2022 auch keinen Bonus erhalten (Urk. 38 S. 3 f.).

3.4 Vor diesem Hintergrund sei ihm weder ein Lohn aus fiktiver Anstellung der Gesuchstellerin noch ein Bonus anzurechnen. Es sei falsch und nicht glaubhaft, dass er im Jahr 2022 rund Fr. 3'750.– pro Monat als zusätzliche Zahlung erhalte.

Vielmehr sei bei ihm derzeit von einem Einkommen in Höhe von Fr. 6'471.– auszugehen, bestehend aus Einkommen in Höhe von Fr. 4'371.–, Einnahmen aus Miete in Höhe von Fr. 2'000.– und einem Wertschriftenertrag in Höhe von Fr. 100.– (Urk. 38 S. 5).

4. Zunächst geht das Vorbringen des Gesuchsgegners, die fiktive Anstellung der Gesuchstellerin bei der G._____ AG sei unbestrittenermassen beendet und ihm könne deshalb unter diesem Titel für das Jahr 2022 kein Einkommen mehr angerechnet werden, an der Sache vorbei: Die Vorinstanz hat einlässlich begründet, weshalb sie es nicht als glaubhaft erachtet, dass der Gesuchsgegner im Jahr 2022 über den Grundlohn hinaus keine weiteren Zahlungen von der G._____ AG erhält. Mangels aktueller Belege ging sie sodann vom vergangenen Jahr als Referenz aus, bestimmte also das Einkommen des Gesuchsgegners für das Jahr 2022 anhand der bekannten Zahlen aus dem Jahr 2021. So erwog sie denn auch, es sei im Jahr 2022 mit analogen zusätzlichen Zahlungen – *würden diese nun als Bonus oder als Zahlung wegen fiktiver Anstellung bezeichnet* – wie im Jahr 2021 zu rechnen (Urk. 38 S. 28). Die Vorinstanz ging also gerade nicht davon aus, dass der Gesuchsgegner auch im Jahr 2022 eine Zahlung aus fiktiver Anstellung der Gesuchstellerin erhält, sondern rechnete mit einem Einkommen des Gesuchsgegners im Jahr 2022 wie im Jahr 2021. Dem setzt der Gesuchsgegner – abgesehen von den vorgebrachten echten Noven, auf welche sogleich einzugehen ist – berufungsweise nichts entgegen. Er vermochte denn auch im vorinstanzlichen Verfahren keine stichhaltigen Gründe zu nennen, wieso er im Jahr 2022 entgegen der vergangenen Jahre von der G._____ AG neben dem Grundlohn keinerlei weitere Zahlungen erhalten soll. Im Gegenteil ging auch der Gesuchsgegner vor Vorinstanz davon aus, dass ihm neben dem Grundlohn ein Bonus ausbezahlt werde (Urk. 15 S. 17).

5. Im Sinne echter Noven bringt der Gesuchsgegner sodann vor, er habe mittlerweile aus dem Verwaltungsrat der G._____ AG zurücktreten und seine Aktien an der Gesellschaft verkaufen müssen. Dies, da er zum Nachteil der G._____ AG hohe Geldbeträge verspekuliert habe und daher weder als Verwaltungsrat noch als Aktionär der Gesellschaft weiter tragbar gewesen sei. Angesichts dieser Um-

stände könne er nun sicher nicht mehr machen, was er wolle, und werde von der G._____ AG im Jahr 2022 über den monatlichen Grundlohn hinaus keine weiteren Zahlungen erhalten. Diese Vorbringen vermögen allerdings aus nachfolgenden Gründen nicht zu überzeugen:

5.1 Der Gesuchsgegner erwähnte im erstinstanzlichen Verfahren noch mit keinem Wort, dass er zulasten der G._____ AG hohe Geldbeträge verspekuliert hat und daher in naher Zukunft gezwungen sein könnte, seine Aktien an der Gesellschaft zu verkaufen oder aus dem Verwaltungsrat zurückzutreten. Es ist doch sehr erstaunlich, dass von solch folgenschweren Ereignissen vor Vorinstanz noch keine Rede war. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Gesuchsgegner schon Ende 2021 Verluste zulasten der G._____ AG von über einer Million Schweizerfranken verursacht haben will (vgl. Urk. 38 S. 4 und Urk. 41/11).

So ist denn auch eine gewisse zeitliche Kongruenz nicht zu übersehen: Das angefochtene Urteil, mit welchem der Gesuchsgegner zu Unterhaltszahlungen an die Gesuchstellerin verpflichtet wurde, datiert vom 8. September 2022. Am darauffolgenden Tag, dem 9. September 2022, soll der Gesuchsgegner seine Aktien an der G._____ AG für Fr. 800'000.– veräussert haben (Urk. 41/4). Darauf folgte der Rücktritt aus dem Verwaltungsrat der Gesellschaft – die betreffende Mutation wurde am tt.mm 2022 im Schweizerischen Handelsamtsblatt veröffentlicht (Urk. 41/5). Die Berufungsfrist endete am 26. September 2022 (vgl. Urk. 37/1 i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZPO). Der Gesuchsgegner soll also just nach Erlass des vorinstanzlichen Urteils – aber gerade noch vor Ablauf der Rechtsmittelfrist – gezwungen gewesen sein, sowohl seine Aktionärsstellung aufzugeben als auch aus dem Verwaltungsrat zurückzutreten, mithin sämtlicher Kontrolle über die Gesellschaft verlustig gegangen sein, und dies ohne jegliche Vorzeichen. Das ist nicht glaubhaft.

5.2 Die Konsequenzen seines (Fehl-)Verhaltens scheinen zudem auf das vorliegende Berufungsverfahren zugeschnitten zu sein: Der Gesuchsgegner musste seine Aktien verkaufen und aus dem Verwaltungsrat zurücktreten und kann nun "angesichts dieser Umstände im Jahr 2022 sicher nicht mehr machen, was er will" (Urk. 38 S. 4). Kann der Gesuchsgegner weder als Aktionär noch als Verwal-

tungsrat auf die Geschäftstätigkeit der G._____ AG Einfluss nehmen und werden ihm über den Grundlohn hinaus jegliche weiteren Zahlungen versagt, führt dies zu einer geringeren Leistungsfähigkeit und letztlich zur – antragsgemässen – Herabsetzung der an die Gesuchstellerin zu leistenden Unterhaltsbeiträge.

5.3 Zu beachten gilt es weiter, dass der Gesuchsgegner den Aktienkaufvertrag mit I._____ abgeschlossen hat (Urk. 41/4) und dieser nun auch an seiner Stelle im Verwaltungsrat der G._____ AG sitzt (Urk. 41/5). Dies erscheint deshalb bemerkenswert, weil es sich bei I._____ um den Vater des Gesuchsgegners handelt. Das bleibt zwar in der Berufungsschrift geflissentlich unerwähnt, ergibt sich jedoch zweifelsfrei aus den vorinstanzlichen Akten (Urk. 2/2 S. 3). Würden die Vorwürfe gegen den Gesuchsgegner tatsächlich derart schwer wiegen, dass er als Verwaltungsrat der G._____ AG – und gar als deren Aktionär – nicht mehr tragbar gewesen wäre, so würde die Gesellschaft an seiner Stelle wohl kaum seinen Vater akzeptieren.

5.4 Vor diesem Hintergrund vermögen auch die von I._____ und J._____ abgefassten und vom Gesuchsgegner eingereichten Schreiben nicht zu überzeugen (Urk. 41/2 und Urk. 41/3). Überhaupt liegt die Vermutung nahe, dass der Gesuchsgegner diese Bestätigungsschreiben gerade im Hinblick auf das Berufungsverfahren erwirkt hat, kommt man doch nicht umhin zu bemerken, dass die darin verwendeten Formulierungen nicht passender auf das vorliegende Verfahren bzw. die darin zu beurteilende Frage zugeschnitten sein könnten. So schreibt I._____ an J._____ am 9. September 2022 u.a. das Folgende: "A._____ sind keine weiteren Zahlungen im 2022 zu machen, bis auf den ordentlichen Lohn" (Urk. 41/2). J._____ seinerseits wendet sich am 25. September 2022 mit E-Mail an den Gesuchsgegner und schreibt: "Wie bereits mündlich besprochen, werden auf Anordnung des Verwaltungsrats Dir keine weiteren Zahlungen gestattet für das Jahr 2022. Nebst dem ordentlichen Lohn von Brutto Fr. 5'000.– pro Monat x 12 sind keine Bonuszahlungen oder sonstige Vergütungen gestattet, siehe auch Beilage" (Urk. 41/3). Hinzuzufügen bleibt, dass es sich bei J._____ um einen Cousin des Vaters des Gesuchsgegners handelt, wie sich wiederum aus den vorinstanzlichen Akten ergibt (Urk. 15 S. 13).

5.5 Schliesslich vermag der Gesuchsgegner auch das Fundament seiner Vorbringen – nämlich dass er hohe Geldbeträge zulasten der G._____ AG verspekuliert hat – nicht glaubhaft darzulegen.

Der Gesuchsgegner behauptet zunächst, im Jahr 2021 Verluste von über einer Million Schweizerfranken zum Nachteil der G._____ AG verursacht zu haben (Urk. 38 S. 3 f.). Hierzu ist was folgt auszuführen: Zwar kann den eingereichten Kontoauszügen entnommen werden, dass im Verlaufe des Jahres 2021 namhafte Geldbeträge der G._____ AG auf das Privatkonto des Gesuchsgegners übertragen worden sind (Urk. 41/7) und der Gesuchsgegner seinerseits hohe Summen von seinem Privatkonto an den Vermögensverwalter H._____ überwiesen hat (Urk. 41/8). Nicht hinreichend belegt und daher auch nicht glaubhaft sind demgegenüber die behaupteten hohen Verluste zu Lasten der G._____ AG. Existierten solche tatsächlich, wäre deren Nachweis ein Leichtes gewesen – der Gesuchsgegner hätte lediglich einen detaillierten Kontoauszug der K._____ per Ende 2021 beibringen müssen. Nun präsentiert er dem Gericht aber mit Urk. 41/11 einen undatierten Auszug, auf dem weder der Name einer Bank noch eine Kontonummer oder der Name eines Kontoinhabers vermerkt ist. Die behaupteten Verluste zulasten der G._____ AG vermag er damit jedenfalls nicht glaubhaft zu machen.

Sodann bringt der Gesuchsgegner vor, auch im Jahr 2022 Verluste von rund Fr. 500'000.– erzielt zu haben (Urk. 38 S. 4). Aus den Akten ergibt sich jedoch lediglich, dass im Zeitraum vom 25. Februar 2022 bis zum 31. Mai 2022 insgesamt Fr. 500'000.– von einem Konto der G._____ AG auf ein Konto von H._____ überwiesen wurden (Urk. 41/15) und dass entsprechende Geldbeträge dem Konto mit der Nummer ... bei der K._____, ebenfalls lautend auf H._____, gutgeschrieben wurden (Urk. 41/16 f.). Dass der Gesuchsgegner erstere Auszahlungen aber – in Verletzung seiner Pflichten als Verwaltungsrat der G._____ AG – veranlasst hat, lässt sich nicht nachvollziehen.

6. Alles in allem sind die Vorbringen des Gesuchsgegners in seiner Berufung daher in hohem Masse ungläubhaft. Es gelingt ihm somit auch auf Grundlage der

vorgebrachten echten Noven nicht, das vorinstanzliche Urteil im Unterhaltspunkt umzustossen.

7. Darüber hinaus beanstandet der Gesuchsgegner das vorinstanzliche Urteil nicht, weshalb sich eine weitere Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Entscheid erübrigt. Die Berufung ist daher in diesem Punkt abzuweisen und das vorinstanzliche Urteil betreffend Dispositiv-Ziffern 7 und 8 zu bestätigen.

B. Prozesskostenbeitrag

1. Der Gesuchsgegner richtet seine Berufung im Weiteren gegen den der Gesuchstellerin vor Vorinstanz zugesprochenen Prozesskostenbeitrag. Diesbezüglich rügt er, die Vorinstanz sei zu Unrecht und tatsachenwidrig von der Mittellosigkeit der Gesuchstellerin ausgegangen, habe sie doch im Januar 2022 Fr. 25'000.– von L._____ erhalten. Dieser Betrag sei ihr als Vermögen anzurechnen, womit die Gesuchstellerin über mehr als einen Notgroschen verfüge und für ihre Anwaltskosten vollumfänglich selbst aufkommen könne (Urk. 38 S. 5 ff.).

2. Die Vorinstanz lehnte es entgegen dem Vorbringen des Gesuchsgegners ab, der Gesuchstellerin die Zahlung von L._____ als Vermögen anzurechnen. Sie erwog hierzu im Wesentlichen, es bleibe unklar, aus welchem Grund L._____ dieses Geld an die Schwester der Gesuchstellerin geleistet habe und ob es sich um eine Schenkung oder ein Darlehen oder etwas anderes handle. Gegen das Vorliegen einer Schenkung spreche, dass L._____ das Geld zurückfordere. Insbesondere sei das Geld aber auch nicht von L._____ an die Gesuchstellerin überwiesen worden und es sei glaubhaft gemacht, dass es sich auf dem Konto ihrer Schwester befinde. Vermögenswerte einer Drittperson seien der Gesuchstellerin nicht anzurechnen (Urk. 39 S. 54).

3.1 Aus den Akten geht hervor, dass L._____ am 14. Januar 2022 Fr. 5'000.– und am 18. Januar 2022 Fr. 20'000.– auf das Konto von M._____ einbezahlt hat (Urk. 12/7). Bei M._____ handelt es sich um die Schwester der Gesuchstellerin (Urk. 13 S. 16). Weiter ist dem von L._____ am 20. Januar 2022 verfassten Bestätigungsschreiben zu entnehmen, dass er das Geld für die Mietzinskaution so-

wie als Start- und Überbrückungshilfe geleistet habe, ohne von der Gesuchstellerin eine Rückzahlung zu fordern (Urk. 12/6).

3.2 Allerdings bringt der Gesuchsgegner berufungsweise selber vor, L._____ fordere *sein* Geld von der Gesuchstellerin und ihrer Schwester zurück. Er habe ein Betreibungsbegehren gestellt und es sei Rechtsvorschlag erhoben worden. Seine Schenkung an die Gesuchstellerin sei offenbar nicht angenommen worden, sodass er diese nun konsequenterweise zurückfordere (Urk. 38 S. 8; vgl. auch Urk. 41/22). Der Standpunkt des Gesuchsgegners erscheint daher widersprüchlich: Zum einen will er der Gesuchstellerin diese Fr. 25'000.– als Vermögen anrechnen, zum anderen geht aus seiner Berufungsschrift zumindest implizit hervor, dass er selbst davon ausgeht, dass die Gesuchstellerin an diesen Fr. 25'000.– wirtschaftlich gar nicht berechtigt ist, sei es, weil sie die Schenkung nicht angenommen hat, sei es, da L._____ den Betrag mittlerweile zurückfordert bzw. die Schenkung widerrufen hat. Nun kann der Gesuchstellerin aber selbstredend nichts als Vermögen angerechnet werden, woran ihr die wirtschaftliche Berechtigung fehlt.

3.3 Es zeigt sich somit bereits aus den Ausführungen des Gesuchsgegners und ergibt sich im Übrigen aus den Akten, dass mitnichten Klarheit darüber herrscht, wem diese Fr. 25'000.– wirtschaftlich zuzuordnen sind. Dies steht einer Anrechnung zum Vermögen der Gesuchstellerin entgegen. Überhaupt stellt sich die Frage nach der wirtschaftlichen Berechtigung im vorliegenden Kontext nur, wenn man davon ausginge, dass diese Fr. 25'000.– zum Zeitpunkt der Gesuchstellung Mitte Juni 2022 effektiv noch vorhanden waren (vgl. dazu BK ZPO-Bühler, Art. 117 N 8). Dies erscheint mit Blick auf die prekären finanziellen Verhältnisse der Gesuchstellerin im Januar 2022, als der Betrag geleistet wurde, zumindest fraglich.

4. Vor diesem Hintergrund scheidet eine Zuordnung dieser Fr. 25'000.– zum Vermögen der Gesuchstellerin aus und die Rüge des Gesuchsgegners erweist sich als unbegründet. Darüber hinaus beanstandet der Gesuchsgegner den vorinstanzlichen Entscheid nicht. Das Fehlen der eigenen Leistungsfähigkeit machte der Gesuchsgegner vor Vorinstanz nicht geltend. Im Gegenteil liess er ausführen,

es "sei da genug Geld vorhanden [...], dass man da selbst für die Kosten aufkommt" (Prot. S. 17; vgl. auch Prot. S. 6 f. und Urk. 15 S. 18). Dass sich die finanziellen Verhältnisse des Gesuchsgegners seit Gesuchstellung Mitte Juni 2022 bzw. seit Erlass des angefochtenen Entscheids massgeblich verschlechtert haben, ist wie oben ausgeführt nicht glaubhaft. Entsprechend ist die Berufung auch in diesem Punkt abzuweisen und das vorinstanzliche Urteil betreffend Dispositiv-Ziffer 13 zu bestätigen.

C. Erstinstanzliche Prozesskosten

Der Gesuchsgegner beantragt berufsungsweise zwar die Neuregelung der erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen. Seine diesbezüglichen Anträge beruhen allerdings auf der Prämisse des antragsgemässen Ausgangs des vorliegenden Berufungsverfahrens. Eine davon unabhängige Begründung fehlt. Die Berufung ist daher auch in diesem Punkt abzuweisen und Dispositiv-Ziffern 10, 11 und 12 des vorinstanzlichen Urteils sind zu bestätigen.

IV.

1. Die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren ist auf Fr. 2'500.– festzusetzen (§ 5 Abs. 1, § 6 Abs. 2 lit. b, § 8 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG). Die Gerichtskosten des Rechtsmittelverfahrens sind ausgangsgemäss dem Gesuchsgegner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

2. Der Gesuchsgegner ist entsprechend der Kostenverteilung zu verpflichten, der Gesuchstellerin für die Stellungnahme zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung eine auf einen Drittel reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen (§ 11 Abs. 2 AnwGebV). Die volle Parteientschädigung ist auf Fr. 3'000.– zuzüglich 7.7 % MwSt. festzulegen (vgl. § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und 3, § 11 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV).

3. Der Gesuchsgegner beantragt für das Berufungsverfahren die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 38 S. 2). Dieser Antrag ist bereits zufolge Aussichtslosigkeit der Berufung abzuweisen (Art. 117 lit. b ZPO).

4. Die Gesuchstellerin beantragt für das Berufungsverfahren die Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags von Fr. 4'000.– zuzüglich 7.7 % MwSt., eventualiter die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 43 S. 2).

4.1 Das Gericht hat bei der Festsetzung der Höhe des Prozesskostenbeitrags einen Ermessensspielraum. Die Höhe des Prozesskostenbeitrags muss aufgrund von dessen Zweck bestimmt werden. Ein Prozesskostenbeitrag soll der ansprechenden Partei die finanziellen Mittel verschaffen respektive ersetzen, die sie zur gehörigen Führung des Prozesses benötigt. Abzustellen ist auf die objektiv notwendigen Kosten. Dabei kann auf die Entschädigung abgestellt werden, welche einer Partei gestützt auf die Verordnung über die Anwaltsgebühren (AnwGebV) zustehen würde. Die Gerichtskosten sind zusätzlich miteinzubeziehen.

4.2 Nachdem der Gesuchstellerin im Berufungsverfahren ausgangsgemäss keine Gerichtskosten entstehen und ihr für die angefallenen Aufwendungen eine reduzierte Parteientschädigung zuzusprechen ist, ist ihr Gesuch um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags zufolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben. Ebenso ist mit Bezug auf ihr Eventualbegehren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverbeiständung zu verfahren, zumal die Parteientschädigung gestützt auf das oben Dargelegte als einbringlich erscheint (wovon auch die Gesuchstellerin ausgeht [Urk. 43 S. 5]).

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 8. September 2022 hinsichtlich der Dispositiv-Ziffern 1-6 und 9 in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Das Gesuch des Gesuchsgegners um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
3. Das Gesuch der Gesuchstellerin um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags für das Berufungsverfahren, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, wird abgeschrieben.

4. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und die Dispositiv-Ziffern 7 und 8 sowie 10 bis 13 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 8. September 2022 werden bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'500.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsgegner auferlegt.
4. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'077.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage der Doppel von Urk. 48, 49 und 50/24-34, 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 Fr. 27'369.50.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 5. Januar 2023

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw C. Rüedi

versandt am:
st