

Obergericht des Kantons H. _____

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr. LP100051-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. M. Schafitz und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie der Gerichtsschreiber lic. iur. R. Kokotek

Beschluss vom 4. September 2011

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Rekurrent

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y. _____

gegen

B. _____,

Klägerin und Rekursgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Z. _____

betreffend **Eheschutz (Unterhaltsbeiträge), Kosten- und Entschädigungsfolgen**

Rekurs gegen eine Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 2. Abteilung, vom 12. Juli 2010 (EE090541)

Erwägungen:

I.

1. Mit Verfügung vom 12. Juli 2010 regelte der Vorderrichter das Getrenntleben der Parteien und ordnete Folgendes an (Urk. 3 S. 51 ff.):

1. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Parteien seit 1. Dezember 2009 und weiterhin auf unbestimmte Zeit getrennt leben.
2. Das Kind C._____, geboren am xx.yy 2009, wird unter die Obhut der Klägerin gestellt.
3. Der Beklagte wird für berechtigt erklärt, das Kind C._____ jede Woche alternierend am Samstag oder Sonntag von 10.00 Uhr bis 17.30 Uhr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Auf die Festlegung eines Übernachtungs- oder Ferienbesuchsrechts wird einstweilen verzichtet.
4. a) Für das Kind C._____, geboren am xx.yy 2009, wird eine Besuchsbeistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB angeordnet.
b) Der Beiständin / dem Beistand werden folgende Aufgaben übertragen:
 - Vermittlung zwischen den Parteien hinsichtlich der Ausübung des Besuchsrechts;
 - Überwachung des Besuchsrechts, insbesondere der Über- und Rückgabe des Kindes;
 - Eingreifen im Falle von Konflikten bei der Ausübung des Besuchsrechts;
 - Vermittlung bei der Bezeichnung von Drittpersonen, welche die Übergabe des Kindes begleiten können;
 - Förderung des weiteren Kontakts zwischen dem Beklagten und dem Kind.
- c) Die Vormundschaftsbehörde der Stadt D._____ wird angewiesen, **umgehend und vor Eintritt der Rechtskraft** dieses Entscheides die Beiständin / den Beistand zu ernennen und ihr / ihm die vorgenannten Aufgaben zu übertragen.
5. Der Antrag des Beklagten, es sei ein Gutachten zur Frage der Obhutzuteilung und der Besuchsrechtsregelung einzuholen, wird abgewiesen.
6. Der Antrag des Beklagten, es sei die Klägerin anzuweisen, einer Platzierung von C._____ während mindestens zwei Tagen pro Woche in einer geeigneten Krippe zuzustimmen, wird abgewiesen.

7. Der Antrag des Beklagten, es seien die Parteien anzuweisen, gemeinsam eine Mediation zu besuchen, wird abgewiesen.
 8. a) Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin ab 1. Juli 2010 monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'100.– für C._____ (zuzüglich vertraglicher oder gesetzlicher Kinderzulagen) sowie Fr. 3'394.– für sie persönlich zu bezahlen.

Die Unterhaltsbeiträge sind zahlbar monatlich im Voraus, jeweils auf den ersten eines Monats.

Der Beklagte ist berechtigt, allfällige für Juli 2010 bereits bezahlte Unterhaltsbeiträge bis zu einem Betrag von Fr. 500.– (zuzüglich allenfalls bereits bezahlter Krankenkassenprämie von Fr. 68.– und Kinderzulage) in Abzug zu bringen.
 - b) Die Parteien werden verpflichtet, sich gegenseitig ohne Aufforderung die inskünftig geltenden Anstellungsbedingungen, insbesondere das monatlich erzielte Einkommen unter Beilage von entsprechenden Belegen schriftlich bekannt zu geben.
 9. Zwischen den Parteien wird per 17. März 2010 die Gütertrennung angeordnet.
 10. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 5'400.– (Pauschalgebühr).
 11. Die Kosten werden dem Beklagten zu 2/3 und der Klägerin zu 1/3 auferlegt.
 12. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine auf 1/3 reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 2'000.– zu bezahlen.
 13. (Schriftliche Mitteilung)
 14. (Rechtsmittel)
 15. (Frist)
2. Gegen diese Verfügung erhob der Beklagte Rekurs und stellte folgende Anträge (Urk. 2 S. 1):

„1. Es seien die Dispositivziffern 8. a), 11. und 12. aufzuheben und wie folgt neu zu fassen:

„8. a) Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin ab 1. Januar 2011 monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 800.00 für C._____ (zuzüglich vertraglicher oder gesetzlicher Kinderzulagen) sowie Fr. 1'750.00 für sie persönlich zu bezahlen.

Die Unterhaltsbeiträge sind zahlbar monatlich im Voraus, jeweils auf den ersten eines Monats.

11. Die Kosten werden dem Beklagten zu 3/5 und der Klägerin zu 1/5 auferlegt.
12. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine auf 1/5 reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 1'200.00 zu bezahlen.“
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Rekursgegnerin.“
3. Der Beklagte ergänzte die Begründung des Rekurses am 23. August 2010 innert der ihm dazu angesetzten Frist (Urk. 4 und 7).
4. Am 26. August 2010 verzichtete die Vorinstanz auf Vernehmlassung (Urk. 11).
5. Am 15. September 2010 erstattete die Klägerin die Rekursantwort und beantragte die kostenfällige Abweisung des Rekurses (Urk. 13).
6. Mit Schreiben vom 12. November 2010 wies sich Rechtsanwältin Dr. Y. _____ als neue Rechtsvertreterin des Beklagten aus (Urk. 18-19).
7. Am 19. November 2010 wurde eine Referentenaudienz mit anschliessender Vergleichsverhandlung durchgeführt, anlässlich welcher die Vergleichsgespräche scheiterten (Prot. S. 5).
8. Es folgte ein Schriftenwechsel betreffend Noven (Urk. 21-25).
9. In der Eingabe vom 25. Januar 2011 stellte der Beklagte verschiedene Editonsbegehren (Urk. 23 S. 5 und 6). Mit Beschluss vom 9. Juni 2011 wurde die Klägerin zur Einreichung diverser Unterlagen verpflichtet (Urk. 26). Es folgte ein Schriftenwechsel über die eingereichten Unterlagen (Urk. 27-36).

II.

Am 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft getreten. Für Rechtsmittelverfahren, die vor diesem Zeitpunkt eingeleitet wurden, ist das bisherige Recht weiterhin anwendbar (Art. 404 ZPO). Das Rekursverfahren

untersteht daher den Verfahrensvorschriften der bisherigen kantonalzürcherischen Zivilprozessordnung (nachfolgend: ZPO/ZH).

III.

1. Einleitung

Im vorliegenden Rekursverfahren sind die Unterhaltsbeiträge für die Klägerin persönlich und das Kind C._____ sowie die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen strittig.

Der Vorderrichter setzte den Unterhalt für das Kind C._____ rückwirkend ab 1. Juli 2010 auf Fr. 1'100.– (zuzüglich vertraglicher oder gesetzlicher Kinderzulagen) fest; den Unterhalt für die Klägerin persönlich setzte er auf Fr. 3'394.– fest (Dispositiv-Ziffer 8 der Verfügung vom 12. Juli 2010, Urk. 3). Der Vorderrichter ging von folgenden Zahlen aus (Urk. 3 S. 33, 36, 43 f.):

Einkommen der Klägerin: Fr. 0.– ab Juli 2010

Bedarf der Klägerin: Fr. 4'481.–

Einkommen des Beklagten: Fr. 7'000.–

Bedarf des Beklagten: Fr. 2'500.–

Der Beklagte rügte diese Zahlen rekursweise.

Auf die einzelnen Vorbringen der Parteien ist nachfolgend einzugehen, wobei allfällige Noven gestützt auf § 115 Ziff. 4 ZPO/ZH zu berücksichtigen sind: In Bezug auf den angefochtenen Kinderunterhalt gilt die uneingeschränkte Official- und Untersuchungsmaxime (Bräm/Hasenböhler, Zürcher Kommentar, Art. 169-180 ZGB, 3. Auflage, Zürich 1997, Art. 176 N 17 und N 117). Da der Kinder- und Ehegattenunterhaltsbeitrag mit Bezug auf die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners ein Ganzes bilden, dessen einzelne Teile nicht vollständig unabhängig voneinander festgesetzt werden können, gilt die Untersuchungsmaxime umfassend (BGE 128 III 411 = Pra 2003 Nr. 5).

2. Einkommen des Beklagten

a) Der Vorderrichter rechnete dem Beklagten ab 1. Juli 2010 ein hypothetisches Einkommen von Fr. 7'000.– an (Urk. 3 S. 36).

Der diesbezüglichen Begründung ist zu entnehmen, dass der Beklagte das Jurastudium abgeschlossen habe und danach als Anwaltssubstitut tätig gewesen sei (Urk. 3 S. 34). Daneben habe er als Mietschlichter und Berater für den M. _____ in D. _____ und E. _____ geamtet, welche Funktionen er heute noch inne habe. Gemäss Steuererklärung 2008 habe der Beklagte in diesem Jahr ein Einkommen von Fr. 78'768.– netto erzielt (Haupterwerb als Anwaltssubstitut zuzüglich Nebenerwerb und Wertschriftenertrag). Das steuerbare Vermögen habe 2008 Fr. 81'500.– betragen.

Im Jahr 2009 habe der Beklagte begonnen, sich auf das Anwaltsexamen vorzubereiten. Ein Erwerbseinkommen (insgesamt Fr. 14'687.55 netto) habe er nur noch über seine Einsätze als Mietschlichter und Berater des M. _____ erzielt (Urk. 3 S. 34).

Am 29. März 2010 habe er seine Anmeldung zur Wiederholung des schriftlichen Examens (Prüfungstermin 17. Mai 2010) wieder zurückgezogen. Diesen Schritt habe er damit begründet, dass er sich angesichts der familiären Probleme nicht hinreichend auf die Vorbereitung habe konzentrieren können. Zum Zeitpunkt der Fortsetzung der Hauptverhandlung habe sich der Beklagte auf der Suche nach einer Arbeitsstelle befunden. Das Nettoeinkommen des Beklagten im Zeitraum Januar bis April 2010 habe insgesamt rund Fr. 1'200.– pro Monat betragen. Gemäss Auszügen der klägerischen Bankkonti hätten die Saldi per 25. Mai 2010 Fr. 35'806.41 bzw. Fr. 4'394.20 betragen.

Der Beklagte rechne nach eigenen Angaben damit, bald eine Arbeitsstelle finden zu können. Am 28. Mai 2010 seien konkret drei Bewerbungen aktuell gewesen, wobei bei der F. _____ bereits das erste Vorstellungsgespräch stattgefunden habe. Nach Angaben des Beklagten könne er dort in einer Vollzeitanstellung Fr. 7'600.– brutto (12 x ausbezahlt) verdienen (Urk. 3 S. 34 f.). Eine Anmeldung

bei der Arbeitslosenkasse sei bislang weder erfolgt noch ziehe der Beklagte nach eigenen Angaben eine solche in Erwägung, zumal er erst 36 Jahre alt sei und arbeiten könne (Urk. 3 S. 35).

Weiter ist der Begründung zu entnehmen, dass der Beklagte diverse Unterlagen eingereicht habe, welche hinreichend belegten, dass er sich nach Abbruch des Anwaltsexamens umgehend um eine Arbeitsstelle zu bemühen begonnen habe. Was das erzielbare Einkommen anbelange, sei zu berücksichtigen, dass er nicht, wie ursprünglich geplant, als Anwalt werde tätig sein können. Das schränke nicht nur die Auswahl möglicher Arbeitsstellen ein, sondern führe auch dazu, dass das von der Klägerin angeführte, inskünftig als Anwalt erzielbare monatliche Einkommen von Fr. 8'000.– bis Fr. 10'000.– nicht mehr realistisch scheine. Selbst wenn die Schätzungen der Klägerin als Bruttolöhne aufgefasst würden, sei mit dem Beklagten davon auszugehen, dass er ohne Anwaltspatent deutlich weniger werde verdienen können (Urk. 3 S. 35).

Belegt und unbestritten sei, dass der Beklagte in seiner Tätigkeit als Anwaltssubstitut 2008 inklusive Nebenerwerb ein steuerbares Einkommen von Fr. 78'768.– erzielt habe (Fr. 77'134.– Haupterwerb, Fr. 591.– Nebenerwerb und Fr. 1'043.– Wertschriftenertrag), was monatlich Fr. 6'564.– entspreche (Urk. 3 S. 35 f.). Nach eigenen glaubhaften Angaben stünden die Chancen, bei der F._____ angestellt zu werden, gut. Dort würde er Fr. 7'600.– brutto (12 x ausbezahlt) monatlich verdienen, was einen geschätzten Nettolohn von Fr. 6'684.– (Fr. 7'600 abzüglich 6.05 % AHV/ALV sowie geschätzten 6% BVG) entspreche. Der Beklagte führe zwar aus, er habe seine Nebentätigkeiten als Mietschlichter und Berater des M._____ seit Januar 2010 weitergeführt. Es sei allerdings kaum anzunehmen, dass er die Beratertätigkeit beim M._____ werde weiterführen können, insbesondere im Falle einer Festanstellung als Jurist bei der F._____. Demgegenüber spreche nichts dagegen, dass er weiterhin gelegentliche Einsätze als Mietschlichter werde leisten können. Die Erzielung eines Nebenverdienstes im bisherigen Rahmen erscheine damit sowohl möglich als auch zumutbar. Abgestellt auf das im Jahr 2009 erzielte Einkommen von insgesamt Fr. 2'826.15, könne der Beklagte

folglich im Sinne eines Nebenerwerbs (geschätzt) zusätzlich monatlich Fr. 235.– netto verdienen (Urk. 3 S. 36).

Im Ergebnis erscheine es realistisch, dass der Beklagte inskünftig ein Einkommen von schätzungsweise (gerundet) Fr. 7'000.– netto werde erzielen können. Das entspreche in etwa demjenigen Monatseinkommen, welches der Beklagte bisher als Jurist ohne Anwaltsexamen verdient habe und welches er nach eigenen, glaubhaften Angaben im Falle einer Anstellung der F._____ samt Nebenerwerb in etwa wieder werde verdienen können (Urk. 3 S. 36).

Was – wie der Vorderrichter weiter ausführte – den Zeitpunkt der Anrechnung eines solchen Einkommens anbelange, stehe fest, dass der Beklagte sich Ende März 2010 dazu entschieden habe, den Wiederholungstermin für das schriftliche Examen nicht wahrzunehmen (Urk. 3 S. 36). Ab diesem Zeitpunkt sei es dem Beklagten möglich und von ihm auch zu erwarten gewesen, dass er sich intensiv um eine Arbeitsstelle bemühe. Dass dies der Fall gewesen sei, sei gestützt auf die Angaben des Beklagten sowie die Akten glaubhaft gemacht. Unter Berücksichtigung einer angemessenen Frist von drei Monaten zur Arbeitsstellen-suche, sei dem Beklagten das erwähnte Einkommen ab 1. Juli 2010 anzurechnen (Urk. 3 S. 36 f.).

b) Der Beklagte rügte rekursweise, dass der Vorderrichter ihm eine zu kurze Frist von drei Monaten zur Arbeitsstellensuche eingeräumt habe (Urk. 7 S. 2). Die Vorinstanz habe sich bei der Fristbemessung zu sehr auf die Hoffnungen des Beklagten abgestellt, dass seine Chancen bei der F._____ angestellt zu werden, gut stehen würden. Dem sei allerdings nicht so gewesen, sei ihm doch mit Mail vom 7. Juni 2010 mitgeteilt worden, dass seine Bewerbung nicht berücksichtigt werden könne (Urk. 7 S. 2; Urk. 9/1).

Der Beklagte habe sich, wie er in der Rekursbegründung ausführen liess, vor und nach der Absage durch die F._____ weiterhin intensiv, aber erfolglos um weitere Arbeitsstellen bemüht (Urk. 7 S. 2). Diese Bemühungen sind durch die als Urk. 9/2-8 eingereichten Absagen belegt.

Wie der Beklagte weiter in der Rekurschrift ausführen liess, habe er eine Anstellung als Jurist bei der G. _____ mit Arbeitsbeginn ab 1. Oktober 2010 erhalten; diese Stellenzusage sei ihm zum Zeitpunkt der Rekuserhebung am 2. August 2010 noch nicht bekannt gewesen (Urk. 7 S. 3). Gemäss Anstellungsvertrag werde er ab Oktober 2010 ein Grundgehalt von Fr. 8'480.55 brutto erzielen. Zusätzlich werde ihm ein 13. Monatslohn ausbezahlt werden. Das Nettoeinkommen belaufe sich auf Fr. 7'449.65 (zuzüglich Kinderzulage). Das relevante Nettoeinkommen pro Monat (inklusive 13. Monatslohn) werde sich somit auf Fr. 8'113.60 belaufen (Urk. 7 S. 3 mit Hinweis auf Urk. 9/9 und Urk. 9/10).

c) Dem Vorderrichter ist darin beizupflichten, dass keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Beklagte freiwillig oder gar böswillig seine inskünftigen Erwerbs- und Verdienstmöglichkeiten verschlechtert habe (Urk. 3 S. 37). Er habe, wie der Vorderrichter zutreffend weiter ausführt, zwar einstweilen den Plan aufgegeben, die Anwaltsprüfung zu absolvieren, was seine Verdienstmöglichkeiten tatsächlich schmälere (Urk. 3 S. 37 f.). Es stehe indes fest, dass er das schriftliche Examen im ersten Anlauf unbestrittenermassen nicht bestanden habe, wovon er nach glaubhaften Angaben erst im Oktober 2009 definitiv erfahren habe (Urk. 3 S. 38). Angesichts der gesamten Umstände, insbesondere aber vor dem Hintergrund, dass der Beklagte soweit möglich und zumutbar für den Unterhalt der Klägerin und C. _____ aufzukommen habe, könne ihm kein Vorwurf gemacht werden, dass er sich im März 2010 dafür entschieden habe, die im Mai 2010 anstehende Wiederholungsprüfung nicht zu absolvieren, sondern sich nach einer Arbeitsstelle umzusehen. Das habe umso mehr zu gelten, als an eine erfolgreiche Absolvierung der zweiten schriftlichen Prüfung das mündliche Examen angeschlossen hätte und der Beklagte während der Vorbereitung erneut nicht oder nur reduziert hätte arbeiten können. Sodann sei anlässlich der beiden Hauptverhandlungen deutlich erkennbar geworden, dass der Beklagte durch die Trennungssituation erheblich belastet sei. Insofern erscheine es durchaus glaubhaft, dass er sich nicht hinreichend auf die erforderliche, intensive Vorbereitung und das Ablegen der Prüfungen habe konzentrieren können.

d) Darüber hinaus hatte der Beklagte seit dem Rückzug seiner Anmeldung zur Anwaltsprüfung am 29. März 2010 keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung.

Die Arbeitslosenentschädigung wird aufgrund des Durchschnittseinkommens der letzten sechs Beitragsmonate vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug festgesetzt (Art. 23 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 37 Abs. 1 AVIV). Sofern der Durchschnittslohn der letzten zwölf Beitragsmonate vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug höher ist als derjenige von sechs Beitragsmonaten, ist die zwölfmonatige Zeitspanne für die Bemessung des versicherten Verdienstes ausschlaggebend (Art. 37 Abs. 2 AVIV). Die Rahmenfrist für den Leistungsbezug beginnt mit dem ersten Tag, für den sämtliche Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 9 Abs. 2 i.V.m. Art. 8 AVIG).

Der Beklagte verdiente im Jahr 2009 insgesamt rund Fr. 15'000.– netto, d.h. Fr. 1'250.– im Monat (Urk. 3 S. 34). Wie aus der als Urk. 9/11 eingereichten Verfügung der Arbeitslosenkasse vom 9. August 2010 hervorgeht, erzielte der Beklagte im Juli 2010 beim M. _____ und bei der I. _____ einen Zwischenverdienst von Fr. 2'240.30, was höher ist als die ihm zustehende Arbeitslosenentschädigung, womit er – wie die Verfügung denn auch festhält – keinen Anspruch auf eine solche hat (Urk. 9/11).

e) Wie der Beklagte selbst vorbringt, werde sich sein monatliches Nettoeinkommen (inklusive Anteil des 13. Monatslohns) auf Fr. 8'113.60 belaufen (Urk. 7 S. 3 mit Hinweis auf Urk. 9/9 und Urk. 9/10). Der Beklagte hat belegt, dass er sich seit dem Rückzug seiner Anmeldung zur Anwaltsprüfung am 29. März 2010 intensiv bemüht hat, eine Arbeit zu finden. Die Absagen der verschiedenen Arbeitgeber widerlegen, dass sich der Beklagte, wie die Klägerin in der Rekursantwort behauptete, mit der Stellensuche „einfach einen Sommer lang Zeit“ gelassen habe (Urk. 13 S. 5). Aufgrund seiner Bemühungen kann es dem Beklagten nicht zum Nachteil gereichen, dass er eine Arbeit erst auf den 1. Oktober 2010, und nicht schon – wie von ihm selbst erhofft – per 1. Juli 2010 gefunden hat. Es rechtfertigt sich daher, dem Beklagten erst ab 1. Oktober 2010 ein Einkommen von Fr. 8'113.60 anzurechnen.

f) Wie aus den eingereichten Lohnabrechnungen für die Monate Januar bis Mai 2011 hervorgeht, beträgt der Nettomonatslohn des Beklagten seit Januar 2011 Fr. 7'508.05 (Urk. 35/1); unter Berücksichtigung des Anteils am 13. Monatslohn beträgt das monatliche Einkommen des Beklagten aus seiner Tätigkeit bei der G._____ seit Januar 2011 Fr. 8'177.15.

g) Der Eingabe des Beklagten vom 4. Juli 2011 ist zu entnehmen, dass er weiterhin als Mietschlichter der Schlichtungsbehörde des Bezirksgerichts H._____ (ca. 1 Tag im Monat) und als Rechtsberater des M._____ D._____ (ca. 2 Stunden im Monat) tätig ist (Urk. 34 S. 1; Urk. 35/5). Wie aus den eingereichten Lohnabrechnungen hervorgeht, verdient er dabei durchschnittlich pro Monat Fr. 226.20 (Schlichtungsbehörde; Urk. 35/3) bzw. Fr. 81.10 (M._____; Urk. 35/2).

h) Damit beträgt das dem Beklagten monatlich anzurechnende Einkommen für die Zeit von 1. Oktober 2010 bis 31. Dezember 2010 Fr. 8'420.90 (Fr. 8'113.60 + Fr. 226.20 + Fr. 81.10) und ab 1. Januar 2011 Fr. 8'484.45 (Fr. 8'177.15 + Fr. 226.20 + Fr. 81.10).

3. Bedarf des Beklagten

a) Die Vorinstanz rechnete dem Beklagten einen Bedarf von Fr. 2'500.– an (Urk. 3 S. 44). Der Beklagte verlangte rekursweise, dass ihm für die öffentlichen Verkehrsmittel Fr. 77.– (Vorinstanz: Fr. 60.–), für die auswärtige Verpflegung Fr. 315.– (Vorinstanz: Fr. 0.–) und für die Steuern Fr. 400.– (Vorinstanz: Fr. 128.–) anzurechnen seien, so dass sein Bedarf Fr. 3'104.– betrage (Urk. 7 S. 5).

In der Rekursantwort anerkannte die Klägerin einen Bedarf von Fr. 2'737.– (Urk. 13 S. 9). Bezüglich der auswärtigen Verpflegung wandte die Klägerin ein, dass der Beklagte nicht geltend mache, dass er sich besonders teuer über Mittag verpflegen müsse (Urk. 13 S. 9). Gemäss Kreisschreiben des Obergerichts des Kantons Zürich über die Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009 können Auslagen für die auswärtige Verpflegung im Betrag von Fr. 5.– bis Fr. 15.– für jede Hauptmahlzeit „bei Nachweis von Mehrauslagen“ im Bedarf berücksichtigt werden (Ziff. III. 3.2). Den

Eingaben des Beklagten ist ein solcher Nachweis nicht zu entnehmen, so dass es angemessen erscheint, im Bedarf des Beklagten den von der Klägerin anerkannten Betrag von Fr. 220.– (Fr. 10.– pro Arbeitstag) für auswärtige Verpflegung zu berücksichtigen.

b) Die Steuern sind im Betrag von Fr. 320.– zu berücksichtigen (steuerbares Einkommen unter Berücksichtigung der zu leistenden Unterhaltsbeiträge und der üblichen Abzüge: Fr. 41'700.–; Berechnung gemäss www.steuern.ch).

c) Wie der Eingabe des Beklagten vom 25. Januar 2011 zu entnehmen ist, hat sich seine Krankenkasse per 1. Januar 2011 auf Fr. 244.– erhöht (Urk. 23 S. 5). Dieses Vorbringen ist belegt (Urk. 24) und daher zu berücksichtigen.

d) Es resultiert für die Zeit ab 1. Januar 2011 folgende Bedarfsberechnung:

Grundbetrag	Fr.	1'200.–
Miete	Fr.	747.–
Krankenkasse	Fr.	244.–
Hausrat- /Haftpflichtversicherung	Fr.	14.–
Billag	Fr.	40.–
Telekommunikation	Fr.	120.–
Abo öffentlicher Verkehr	Fr.	77.–
Auswärtige Verpflegung	Fr.	220.–
Steuern	Fr.	320.–
Total	Fr.	2'982.–

4. Einkommen der Klägerin

a) Der Vorderrichter rechnete der Klägerin Einkommen in unterschiedlicher Höhe an: Fr. 7'643.– für den Monat Dezember 2009 (Urk. 3 S. 45), Fr. 17'000.– bis Fr. 18'000.– für die Zeit von Januar bis März 2010 (Urk. 3 S. 46), Fr. 2'694.20 für den Monat April 2010 (Urk. 3 S. 47) und ab Mai 2010 kein Einkommen (Urk. 3 S. 47 f.).

b) Wie aus dem im Rekursverfahren eingereichten Lohnausweis hervorgeht, verdiente die Klägerin im Jahre 2010 insgesamt Fr. 30'241.– (Nettolohn Fr. 30'241.– abzüglich Weiterbildungskosten im Betrag von Fr. 2'000.– zuzüglich Leistungsbonus von Fr. 2'000.–; Urk. 29/8, Urk. 29/10, Urk. 31. S. 2, Urk. 33/3). Der Klägerin sind somit für das Jahr 2010 Fr. 2'520.– pro Monat als Einkommen anzurechnen.

c) Die Klägerin reichte im vorliegenden Rekursverfahren einen Arbeitsvertrag ein, aus welchem hervorgeht, dass sie ab 1. Januar 2011 mit einem Pensum von 25 % angestellt ist (Urk. 29/8). Wie aus den eingereichten Lohnabrechnungen für die Monate Januar bis Juni 2011 hervorgeht, verdiente die Klägerin Fr. 2'077.50 netto pro Monat (Urk. 33/1-6). Unter Berücksichtigung des im Arbeitsvertrag vereinbarten 13. Monatslohnes (Fr. 2'375.–) und Leistungsbonus (Fr. 1'600.–) ist der Klägerin ab Januar 2011 ein monatliches Einkommen von Fr. 2'387.– anzurechnen. Die Anrechnung des Leistungsbonus ist gerechtfertigt, da die Klägerin einen solchen auch schon für das Jahr 2010 erhalten hat (Urk. 31 S. 2; Urk. 33/3).

5. Bedarf der Klägerin

a) Der Beklagte kritisierte folgende Positionen in dem von der Vorinstanz errechneten Bedarf der Klägerin: Auto, PEKiP und Säule 3a (Urk. 7 S. 6).

aa) Die Klägerin liess in der Rekursantwort ausführen, sie sei auf ein Fahrzeug angewiesen, weil die Kunden ihres Arbeitgebers, der K._____, verlangten, dass der Wirtschaftsprüfer zu ihnen in ihren Betrieb komme (Urk. 13 S. 9). Dieses Argument verfängt nicht, da aus den von der Klägerin eingereichten Lohnabrechnungen ersichtlich ist, dass die Arbeitgeberin die Fahrten zu den Kunden mit Spe-

sen entschädigt (Urk. 33/1 und 33/2). Es rechtfertigt sich daher, die Position „Auto“ im Bedarf der Klägerin zu streichen und nur die Auslagen für monatlichen Abokosten zu berücksichtigen (Fr. 58.–; Urk. 13 S. 9; Urk. 15/9).

bb) Der Beklagte lässt in der Rekurschrift ausführen, dass das PEKiP-Konzept (Prager-Eltern-Kind-Programm) ein Konzept für Gruppenarbeit mit Eltern und Kindern im ersten Lebensjahr sei (Urk. 7 S. 6). Die Tochter C._____ sei am xx.yy 2009 geboren, weshalb es nicht glaubhaft sei, dass die Klägerin zusammen mit C._____ weiterhin das PEKiP-Programm absolviere (Urk. 7 S. 6). Die Klägerin bestätigte in der Rekursantwort, dass der Kurs PEKiP tatsächlich nur während des ersten Lebensjahres des Kindes dauere, er sei aber durch Folgekurse wie etwa das Baby- und Kinderschwimmen, das „Singe mit de Chinde“ und ähnlichen Kursen abgelöst worden (Urk. 13 S. 9 f.). Das Vorbringen der Klägerin ist durch Urk. 15/10-18 belegt, so dass die unter dem Titel „PEKiP“ eingesetzte Position im Betrag von Fr. 80.– im Bedarf der Klägerin zu belassen ist.

cc) Die Vorinstanz berücksichtigte unter der Position „Säule 3a“ Fr. 500.– im Bedarf der Klägerin (Urk. 3 S. 42 f.). Für die Berücksichtigung dieser Position wird unter anderem vorausgesetzt, dass sie im Bedarf beider Parteien angerechnet wird (Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Auflage, Bern 2010, Rz. 02.41). Da im Bedarf des Beklagten kein Betrag für die Säule 3a berücksichtigt wird (Urk. 3 S. 44), ist diese Position im Bedarf der Klägerin zu streichen.

b) Die Steuern sind im Betrag von Fr. 570.– zu berücksichtigen (steuerbares Einkommen unter Berücksichtigung der erhaltenen Unterhaltsbeiträge und der üblichen Abzüge: Fr. 68'250.–; Berechnung gemäss www.steuern.ch).

c) Wie aus der von der Klägerin eingereichten Verfügung der G._____ hervorgeht, erhielt sie für das Jahr 2011 eine Prämienverbilligung von Fr. 912.– (Urk. 29/11). Das ist in der in der Bedarfsrechnung zu berücksichtigen: Die Krankenkassenprämie von Fr. 211.– reduziert sich um Fr. 76.– auf Fr. 135.–.

d) Es resultiert für die Zeit ab 1. Januar 2011 folgende Bedarfsberechnung:

Grundbetrag	Fr.	1'350.–
Grundbetrag C._____	Fr.	400.–
Miete	Fr.	1'284.–
Krankenkasse	Fr.	135.–
Krankenkasse C._____	Fr.	28.–
Selbstbehalte (C._____ und Klägerin)	Fr.	50.–
Hausrat- /Haftpflichtversicherung	Fr.	15.–
Abo öffentlicher Verkehr	Fr.	58.–
Billag	Fr.	40.–
Telefon/Radio/Internet	Fr.	120.–
PEKiP	Fr.	80.–
Steuern	Fr.	570.–
Total	Fr.	4'130.–

6. Unterhaltsberechnung

a) Teilung des Freibetrages

Der Begründung des vorinstanzlichen Entscheids ist zu entnehmen, dass die Parteien, nachdem sich in der zweiten Hälfte des Jahres 2008 die Geburt eines Kindes angekündigt habe, am ... März 2009 geheiratet haben (Urk. 3 S. 29). Am xx.yy 2009 sei C._____ zur Welt gekommen. Einen gemeinsamen Haushalt hätten die Parteien nie unterhalten und Pläne, einen solchen zu begründen, hätten sich zerschlagen, nachdem es schon bald nach der Geburt zu Problemen auf der partnerschaftlichen Ebene gekommen sei (Urk. 3 S. 29). Beide Parteien seien bis zur Geburt von C._____ wirtschaftlich selbständig gewesen und hätten bis zuletzt

getrennte Kassen geführt. Insofern könne weder auf wirtschaftlicher noch tatsächlicher Ebene von einem eigentlichen gemeinsamen Haushalt der Parteien die Rede sein (Urk. 3 S. 29). Der Beklagte liess vor Vorinstanz und im vorliegenden Rekursverfahren ausführen, dass die Ehe nicht mehr zu retten sei (Urk. 3 S. 29; Vi Prot. S. 5; Urk. 23 S. 7).

Der Beklagte lehnt aufgrund dieser Umstände eine Teilung des Freibetrages ab (Urk. 23 S. 6 f.). Das erscheint nur schon aufgrund der Tatsache, dass die Klägerin Teilzeit arbeitet und somit einen Beitrag an den Freibetrag leistet, nicht gerechtfertigt. Darüber hinaus ist die Klägerin zu dieser Erwerbstätigkeit nicht verpflichtet, da sie die Obhut über die 2 Jahre alte C._____ hat: Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann nebst der Kinderbetreuung eine Teilzeiterwerbstätigkeit grundsätzlich erwartet werden, wenn das jüngste Kind 10 Jahre alt ist (BGE 115 II 10; BGE 114 II 303 = Pra 1989 380 f.).

Was der Beklagte aus BGE 128 III 65 bezüglich der Teilung des Freibetrages ableiten will, geht aus den Ausführungen in der Eingabe vom 25. Januar 2011 nicht klar hervor (Urk. 23 S. 6 f.). Gemäss BGE 128 III 65 sind bei der Festsetzung des Unterhalts nach Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB die Kriterien von Art. 125 ZGB beizuziehen, wenn mit einer Wiederaufnahme des gemeinsamen ehelichen Lebens nicht mehr zu rechnen ist. Das Bundesgericht hat in dieser Entscheidung nicht den Grundsatz aufgestellt, dass in einem solchen Fall ausschliesslich die Kriterien von Art. 125 ZGB zur Anwendung gelangen; es hat nur geprüft, ob der Ehefrau unter den beschriebenen Umständen (geringe Wahrscheinlichkeit der Wiederaufnahme des gemeinsamen ehelichen Lebens) eine Erhöhung der Erwerbstätigkeit auf 100% nicht zugemutet werden kann. BGE 130 III 537 E. 3.4 und BGE 5A_516/2010 bestätigen diese Auffassung.

Es erscheint daher gerechtfertigt, den Freibetrag praxisgemäss im Verhältnis von zwei Dritteln zu einem Drittel zu Gunsten der Klägerin aufzuteilen, da die minderjährige Tochter C._____ unter der Obhut der Klägerin ist (BGE 126 III 8 E. 3c).

b) Unterhalt für die Zeit von 1. Oktober 2010 bis 31. Dezember 2010

In dieser Zeitspanne betrug das Einkommen des Beklagten Fr. 8'420.90 und sein Bedarf Fr. 2'929.– (Krankenkassenprämie Fr. 191.– statt Fr. 244.–; Urk. 3 S. 44). Das Einkommen der Klägerin betrug Fr. 2'520.–; ihr Bedarf belief sich auf Fr. 4'206.– (Krankenkassenprämie Fr. 211.– statt Fr. 135.–, da die Klägerin im Jahre 2010 keine Prämienverbilligung erhielt, Urk. 27 S. 3).

Der Freibetrag beträgt: Fr. 3'805.–.

Unterhaltsberechnung:

Bedarf Klägerin:	Fr. 4'206.–
zuzüglich Anteil Freibetrag:	Fr. 2'537.–
abzüglich Einkommen Klägerin:	Fr. 2'520.–
Monatlicher Unterhaltsbeitrag:	Fr. 4'223.–.

c) Unterhalt ab 1. Januar 2011

Einkommen Klägerin:	Fr. 2'387.–
Einkommen Beklagter:	Fr. 8'484.–
Bedarf Klägerin:	Fr. 4'130.–
Bedarf Beklagter:	Fr. 2'982.–
Freibetrag:	Fr. 3'759.–

Unterhaltsberechnung:

Bedarf Klägerin:	Fr. 4'130.–
zuzüglich Anteil Freibetrag:	Fr. 2'506.–
abzüglich Einkommen Klägerin:	Fr. 2'387.–

Monatlicher Unterhaltsbeitrag: Fr. 4'249.–

d) Zusammenfassung

Der Vorderrichter bemass den Kinderunterhaltsbeitrag auf Fr. 1'100.– (zuzüglich Kinderzulage; Urk. 3 S. 48), was für beide Zeitphasen angemessen ist. Für die Klägerin persönlich resultiert somit für die Zeitphase vom 1. Oktober 2010 bis 31. Dezember 2010 ein monatlicher Unterhaltsbeitrag von Fr. 3'123.– und ab 1. Januar 2011 ein solcher von Fr. 3'149.–.

IV.

Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu regeln (§ 64 Abs. 2 ZPO/ZH und § 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Die Vorinstanz setzte die monatlichen Unterhaltsbeiträge für die Klägerin persönlich und das Kind C._____ auf Fr. 4'494.– fest (Dispositiv-Ziffer 8 der vorinstanzlichen Verfügung). Der Beklagte verlangte mit seinem Rekurs eine Reduktion der Unterhaltsbeiträge auf Fr. 2'550.– (Urk. 2 S. 2). Da mit vorliegendem Entscheid die Unterhaltsbeiträge auf Fr. 4'222.– bzw. Fr. 4'249.– festgesetzt werden, unterliegt der Beklagte mit seinem Rekursantrag zu neun Zehnteln. Der Beklagte dringt aber mit seinem Antrag, er sei erst ab 1. November 2010, und nicht schon ab 1. Juli 2010, zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen zu verpflichten, teilweise durch (Urk. 7 S. 4). Es rechtfertigt sich daher, dem Beklagten die Kosten zu vier Fünfteln aufzuerlegen und ihn zur Leistung einer auf drei Fünftel reduzierten Prozessentschädigung von Fr. 3'600.– zuzüglich Fr. 288.– (8% MwSt) zu verpflichten.

V.

1. Der Beklagte beantragte, die Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Entscheids seien neu zu verlegen: Die Kosten seien dem Beklagten zu drei Fünfteln und der Klägerin zu einem Fünftel (wohl recte: zu zwei Fünfteln) aufzuerlegen und der Beklagte sei zur Leistung einer auf einen Fünftel reduzierten Prozessentschädigung von Fr. 1'200.– zu verpflichten (Urk. 2 S. 2).

2. Im vorliegenden Rekursverfahren sind nur die Unterhaltsbeiträge für die Klägerin persönlich und das Kind C._____ strittig und nicht mehr alle im erstinstanzlichen Verfahren gestellten Rechtsbegehren. Es ist daher über Kosten und Entschädigung für jede Verfahrensstufe getrennt zu befinden (ZR 72 Nr. 15).

3. Der Vorderrichter verlegte die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu zwei Dritteln zu Lasten des Beklagten (Urk. 3 S. 49 f.). Er führte zur Begründung aus, die Klägerin unterliege insofern, als ihr für die ersten sieben Monate der Trennung kein Unterhalt zugesprochen werde und für die weitere Dauer ein solcher, der Fr. 606.– (entsprechend 10%) unter dem Verlangten liege (Urk. 3 S. 49). Zu berücksichtigen sei sodann, dass der Beklagte eine Unterhaltsverpflichtung gegenüber C._____ nie gänzlich bestritten habe und er seit der Trennung und jedenfalls bis und mit Juni 2010 bereits monatlich Fr. 500.– an Unterhalt (zuzüglich Krankenkasse und Kinderzulagen) für C._____ bezahlt habe. Es rechtfertige sich daher – unter Berücksichtigung der Praxis, wonach bei strittigen Kinderbelangen die Kosten hälftig aufzuteilen seien –, die Kosten des Verfahrens dem Beklagten zu zwei Dritteln und der Klägerin zu einem Drittel aufzuerlegen (Urk. 3 S. 50). Die Begründung des Vorderrichters ist nicht zu beanstanden. Mit vorliegender Entscheidung werden die Unterhaltsbeiträge nur geringfügig (Fr. 245.– bzw. Fr. 270.–) abgeändert, so dass die erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen nach wie vor angemessen und zu bestätigen sind (Dispositiv-Ziffer 11 und 12 der vorinstanzlichen Verfügung).

VI.

Mit Eingabe vom 4. Juli 2011 stellte der Beklagte ein Editionsbegehren für die Lohnabrechnungen der Klägerin für die Monate Januar bis März 2011 und Mai 2011 sowie die Verfügung der G._____ über die individuelle Prämienverbilligung (Urk. 34). Die Editionsbegehren sind gegenstandslos: Die Klägerin reichte die verlangten Unterlagen mit gleichentags erfolgter Eingabe ein (Urk. 31-33). Zudem wird die Klägerin in Zukunft aufgrund ihres steuerbaren Einkommens von Fr. 68'250.– keine Prämienverbilligung mehr erhalten (vgl. vorstehend Ziff. III.5 lit. b; Merkblätter der G._____ über die Individuelle Prämienverbilligung, Urk. 36/6).

Es wird beschlossen:

1. Die Begehren um Edition der Lohnabrechnungen der Klägerin für die Monate Januar bis März 2011 und Mai 2011 sowie der Verfügung der G. _____ über die individuelle Prämienverbilligung werden als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
2. In teilweiser Gutheissung des Rekurses des Beklagten wird Dispositiv-Ziffer 8 der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich, 2. Abteilung, vom 12. Juli 2010 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"8. a) Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin ab 1. Oktober 2010 monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'100.– (zuzüglich vertraglicher oder gesetzlicher Kinderzulagen) zu bezahlen. Weiter wird der Beklagte verpflichtet, für die Klägerin persönlich für die Zeit von 1. Oktober 2010 bis 31. Dezember 2010 einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 3'123.– und ab 1. Januar 2011 einen solchen von Fr. 3'149.– zu bezahlen.

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

Der Beklagte ist berechtigt, allfällige für Juli 2010 bereits bezahlte Unterhaltsbeiträge bis zu einem Betrag von Fr. 500.– (zuzüglich allenfalls bereits bezahlter Krankenkassenprämie von Fr. 68.– und Kinderzulage) in Abzug zu bringen.

b) Die Parteien werden verpflichtet, sich gegenseitig ohne Aufforderung die inskünftig geltenden Anstellungsbedingungen, insbesondere das monatlich erzielte Einkommen unter Beilage von entsprechenden Belegen schriftlich bekannt zu geben."

Im Übrigen wird der Rekurs des Beklagten abgewiesen und die angefochtenen Dispositiv-Ziffern 11 und 12 der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich, 2. Abteilung, vom 12. Juli 2010 bestätigt.

3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 4'000.–.
4. Die Kosten des Rekursverfahrens werden dem Beklagten zu vier Fünfteln und der Klägerin zu einem Fünftel auferlegt.

5. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Rekursverfahren eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 3'888.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Bezirksgericht Zürich, 2. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

7. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

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

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt mehr als Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Zürich, 4. September 2011

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. R. Kokotek

versandt am: js