

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY210005-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. R. Bantli Keller und Ersatzrichter lic. iur. T. Engler sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Urteil vom 8. Juli 2021

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____,

betreffend **Ehescheidung / vorsorgliche Massnahmen**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 8. Februar 2021; Proz. FE200015

Rechtsbegehren:

der Gesuchstellerin (act. 48 S. 1 f.):

- "1. Die Kinder C._____, geboren am tt.mm.2010, und D._____, geboren am tt.mm.2013, seien unter die Obhut der Gesuchstellerin zu stellen und es sei dem Gesuchsteller ein angemessenes Besuchsrecht einzuräumen bzw. es seien die Betreuungsanteile des Gesuchstellers festzusetzen.
2. Der Gesuchsteller sei mit Wirkung ab 1. August 2020 zu verpflichten, der Gesuchstellerin die folgenden monatlich im Voraus zahlbaren Unterhaltsbeiträge zuzüglich gesetzliche und / oder vertragliche Kinderzulagen zu entrichten:
 - a) Fr. 990.– für C._____
 - b) Fr. 1'460.– (wovon Fr. 670.– Betreuungsunterhalt) für D._____
3. Der Gesuchsteller sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin persönlich mit Wirkung ab 1. August 2020 monatlich im Voraus zahlbare Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 205.– zu bezahlen;
alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Gesuchstellers."

des Gesuchstellers (act. 50 S. 2):

- "1. Die gemeinsamen Kinder C._____, geb. tt.mm.2010, und D._____, geb. tt.mm.2013, seien unter die Obhut der Gesuchstellerin zu stellen. Dem Gesuchsteller sei ein angemessenes Besuchsrecht in Form von zwei monatlichen Besuchswochenenden (samt angemessener Aufteilung der Feiertage) einzuräumen.
2. Der Gesuchsteller sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin im vereinbarten bisherigen Umfang Unterhalt für die Kinder zu bezahlen, nämlich je Fr. 850.– pro Monat pro Kind (zuzüglich Kinderzulagen). Im Mehrbetrag sei das Gesuch abzuweisen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchstellerin."

Verfügung des Einzelgerichtes:

1. Die Obhut für die Kinder C._____, geboren am tt.mm.2010, und D._____, geboren am tt.mm.2013, wird für die Dauer des Scheidungsverfahrens der Gesuchstellerin zugeteilt.
2. Der Gesuchsteller ist für die Dauer des Scheidungsverfahrens berechtigt und verpflichtet, die Kinder wie folgt auf eigene Kosten zu betreuen:
 - an jedem zweiten Wochenende jeweils ab Freitagabend nach Schulschluss bis Sonntagabend, 18.00 Uhr,
 - jeweils am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr,

- während 2 Wochen Ferien pro Jahr.

Die Gesuchsteller sprechen die Aufteilung der Ferien jeweils mindestens drei Monate im Voraus ab. Können sie sich nicht einigen, so kommt dem Vater in Jahren mit gerader Jahreszahl das Entscheidungsrecht bezüglich der Aufteilung der Ferien zu; in Jahren mit ungerader Jahreszahl der Mutter.

Fällt das Betreuungswochenende des Gesuchstellers auf Ostern, beginnt seine Betreuungsverantwortung bereits ab Gründonnerstag, 18.00 Uhr, und dauert bis Ostermontag, 18.00 Uhr.

Fällt das Betreuungswochenende des Gesuchstellers auf Pfingsten, verlängert sich seine Betreuungsverantwortung bis Pfingstmontag, 18.00 Uhr.

Weitergehende oder abweichende Betreuungsregelungen nach gegenseitiger Absprache bleiben vorbehalten.

3. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für die Dauer des Scheidungsverfahrens an den Unterhalt und die Erziehung der Kinder folgende Kinderunterhaltsbeiträge, zuzüglich Familien-, Kinder- und/oder Ausbildungszulagen, zu bezahlen:

Für C. _____:

Fr. 1'611.- (wovon Fr. 630.- Betreuungsunterhalt und Fr. 28.- Freibetrag) rückwirkend ab August 2020 bis und mit Oktober 2020

Fr. 1'467.50 (wovon Fr. 198.50 Betreuungsunterhalt und Fr. 316.- Freibetrag) rückwirkend für November 2020

Fr. 1'163.50 (wovon Fr. 198.50 Betreuungsunterhalt und Fr. 12.- Freibetrag) rückwirkend ab Dezember 2020 für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens

Für D. _____:

Fr. 1'411.- (wovon Fr. 630.- Betreuungsunterhalt und Fr. 28.- Freibetrag) rückwirkend ab August 2020 bis und mit Oktober 2020

Fr. 1'267.50 (wovon Fr. 198.50 Betreuungsunterhalt und Fr. 316.- Freibetrag) rückwirkend für November 2020

Fr. 963.50 (wovon Fr. 198.50 Betreuungsunterhalt und Fr. 12.– Freibe-
trag) rückwirkend ab Dezember 2020 für die weitere Dauer
des Scheidungsverfahrens

Die Unterhaltsbeiträge sind an die Gesuchstellerin zahlbar, und zwar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats. Die Zahlungsmodalitäten gelten über die Volljährigkeit hinaus, solange das Kind im Haushalt der Gesuchstellerin lebt und keine eigenen Ansprüche gegenüber dem Gesuchsteller stellt bzw. keinen anderen Zahlungsempfänger bezeichnet.

4. Die Festsetzung der Unterhaltsbeiträge gemäss Ziffer 3 vorstehend basiert auf folgenden Grundlagen:

Einkommen netto pro Monat, inkl. Anteil 13. Monatslohn:

-	Gesuchstellerin:	Fr.	1'701.– bis Oktober 2020 (Stundenlohn, ca. 50%-Pensum)
		Fr.	2'400.– ab November 2020 (Stundenlohn, ca. 55%-Pensum, inkl. Trinkgeld und Getränkeabzug)
-	Gesuchsteller:	Fr.	6'175.– (100%-Pensum, inkl. Pauschalspesen)
-	Kinder:	je Fr.	200.– gesetzliche Kinderzulage

Vermögen:

-	Gesuchstellerin:	nicht relevant
-	Gesuchsteller:	nicht relevant
-	Kinder:	nicht relevant

Bedarf:

-	Gesuchstellerin:	Fr.	2'961.– (bis Oktober 2020) bzw. Fr. 2'797.– (ab November 2020)
-	Gesuchsteller:	Fr.	3'125.– (bis November 2020) bzw. Fr. 4'035.– (ab Dezember 2020)
-	C._____:	Fr.	1'153.–
-	D._____:	Fr.	953.–

5. Im Mehrbetrag (persönlicher Unterhaltsbeitrag) wird das Begehren der Gesuchstellerin abgewiesen.
6. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen wird dem Endentscheid vorbehalten.

7./8. [Schriftliche Mitteilung / Rechtsmittel: Berufung, 10 Tage, kein Fristenstillstand].

Berufungsanträge:

des Gesuchstellers und Berufungsklägers (act. 2 S. 3 f.):

- "1. Dispo Ziff. 3. der Verfügung des Einzelgerichtes o.V. des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 8. Februar 2021; Geschäfts-Nr.: FE200015, sei aufzuheben und durch folgende monatliche Unterhaltsbeiträge (zuzüglich Kinderzulagen) zulasten des Berufungsklägers zu ersetzen (Dispo Ziff. 3. S. 27):

Für C. _____:

- CHF 953 rückwirkend ab August 2020 bis und mit Oktober 2020
- CHF 1'224 rückwirkend für November 2020
- CHF 817.50 rückwirkend ab Dezember 2020 für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens

Für D. _____:

- CHF 1'963 (wovon CHF 1'210 Betreuungsunterhalt) rückwirkend ab August 2020 bis und mit Oktober 2020
- CHF 1'024 rückwirkend für November 2020
- CHF 617.50 rückwirkend ab Dezember 2020 für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens

2. Dispo Ziff. 4. der Verfügung sei entsprechend anzupassen (finanzielle Grundlagen) (S. 28).
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7.7% Mwst.) zulasten der Berufungsbeklagten (erst- wie zweitinstanzlich)."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien haben am tt. März 2010 geheiratet. Aus der Ehe gingen die gemeinsamen Söhne C. _____, geb. tt.mm.2010, und D. _____, geb. tt.mm.2013, hervor (act. 5/2). Seit dem 19. Februar 2020 stehen sich die Parteien vor dem

Einzelgericht des Bezirksgerichts Pfäffikon (nachfolgend Vorinstanz) im Verfahren betreffend Scheidung auf gemeinsames Begehren gegenüber (act. 5/1-2 und act. 5/4). Am 29. April 2020 fand eine Anhörung zum Scheidungspunkt und den Nebenfolgen statt (Prot. Vi S. 6-16). Mit Eingabe vom 18. Juli 2020 stellte die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan Berufungsbeklagte) ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen für die Dauer des Scheidungsverfahrens (act. 5/43). Am 29. September 2020 wurde über die beantragten vorsorglichen Massnahmen verhandelt; Vergleichsgespräche scheiterten (vgl. Prot. Vi S. 20 ff.; act. 48 und 50). Mit Schreiben vom 11. Dezember 2020 zeigte die Vorinstanz den Parteien an, dass – ohne Einreichung weiterer entscheidrelevanter Eingaben – nach 10 Tagen die Beratungsphase resp. der Aktenschluss eintreten werde (act. 5/55). Es folgte eine Eingabe des Gesuchstellers und Berufungsklägers (fortan Berufungskläger) vom 15. Dezember 2020 samt Beilagen (act. 5/56, act. 5/58/1-2). Die Berufungsbeklagte reagierte darauf mit Eingabe vom 21. Dezember 2020 (act. 5/60). Mit Verfügung vom 8. Februar 2021 traf die Vorinstanz den eingangs wiedergegebenen Entscheid über die beantragten vorsorglichen Massnahmen (act. 5/63 = act. 4 S. 26 f.).

2.1. Mit Eingabe vom 8. März 2021 (Datum Poststempel) erhob der Berufungskläger Berufung gegen die von der Vorinstanz erlassenen vorsorglichen Massnahmen; er verlangt eine Abänderung der ihm auferlegten Kinderunterhaltsbeiträge (act. 2 S. 3 f.).

2.2. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 5/1-67). Mit Verfügung vom 15. März 2021 wurde dem Berufungskläger Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt (act. 6). Er leistete diesen in der Folge fristgerecht (act. 8).

3. Auf die Einholung einer Berufungsantwort kann verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Der Berufungsbeklagten ist mit dem vorliegenden Entscheid lediglich ein Doppel der Berufungsschrift samt Beilagen zuzustellen. Auf die Vorbringen des Berufungsklägers ist im Folgenden insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist.

II.

1. Gegen erstinstanzliche Entscheide betreffend vorsorgliche Massnahmen ist die Berufung zulässig (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens betreffend vorsorgliche Massnahmen ist die Unterhaltspflicht des Berufungsklägers gegenüber den Söhnen C._____ und D._____. Damit liegt eine vermögensrechtliche Streitigkeit vor (vgl. BGE 133 III 393 E. 2, BGer 5A_740/2009 vom 2. Februar 2010 E. 1). Der demzufolge vorausgesetzte Rechtsmittelstreitwert von Fr. 10'000.00 (Art. 308 Abs. 2 ZPO) ist gegeben (vgl. zum Streitwert nachstehende Erw. IV.1.).

2.1. Die Berufung ist gemäss Art. 311 ZPO schriftlich, begründet und mit Anträgen versehen einzureichen. Diesen Anforderungen genügt die Berufungsschrift. Im Berufungsverfahren wird der erstinstanzliche Entscheid überprüft. Dabei kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Ebenfalls gerügt werden kann die (blosse) Unangemessenheit des vorinstanzlichen Entscheides, da es sich bei der Berufung um ein vollkommenes Rechtsmittel handelt. Bei der Ermessensüberprüfung auferlegt sich die Berufungsinstanz grundsätzlich insoweit Zurückhaltung, als sie nicht eigenes Rechtsfolgeermessen ohne Weiteres an die Stelle des vorinstanzlichen stellt, insbesondere wo es örtliche und persönliche Verhältnisse zu berücksichtigen gilt, denen das Sachgericht nähersteht (vgl. BK ZPO-Sterchi, Bd. II, Bern 2012, Art. 310 N 3; Blickenstorfer, DIKE-Komm ZPO, 2. A., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 310 N 10).

2.2. In Kinderbelangen, um welche es vorliegend geht, können Noven in Abweichung von Art. 317 Abs. 1 ZPO auch noch im Berufungsverfahren vorgebracht werden (BGE 144 III 349 E. 4.2.1.; vgl. auch Urteil 5A_1032/2019 vom 9. Juni 2020 E. 4.2).

III.

1. Vorbemerkungen

1.1. Für die Voraussetzungen zum Erlass vorsorglicher Massnahmen im Scheidungsverfahren kann auf die zutreffenden rechtlichen Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (act. 4 S. 4 ff., Erw. II.A.). Zusammenfassend resp. hervorhebend ist festzuhalten, dass die (materiell- sowie verfahrensrechtlichen) Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sinngemäss anwendbar sind (Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 271 ff. ZPO und Art. 172 ff. ZGB; Dolge, DIKE-Komm-ZPO, a.a.O., Art. 276 N 15). Es soll in einem raschen Verfahren – ohne Anspruch auf abschliessende Beurteilung – eine vorläufige Friedensordnung hergestellt werden. Es gelangt das summarische Verfahren zur Anwendung (vgl. Art. 248 lit. d ZPO); die entscheiderelevanten Tatsachen sind nicht strikte zu beweisen, sondern nur glaubhaft zu machen. Folglich genügt es, wenn aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlichkeit für das Bestehen der fraglichen Tatsachen spricht (vgl. BGer, 5A_813/2013 vom 12. Mai 2014, E. 4.3; OGer ZH LY130038 vom 18. März 2014, E. 3.2). Weil vorliegend Kinderbelange betroffen sind, besteht keine Beweismittelbeschränkung. Es gilt die sog. uneingeschränkte Untersuchungsmaxime sowie die Officialmaxime (Art. 254 Abs. 2 lit. c ZPO, Art. 272 ZPO, Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO; vgl. etwa FamKomm Scheidung/Leuenberger, Anh. ZPO, 3. A., Bern 2017, Art. 276 N 1 und 21).

1.2. Im vorliegenden Berufungsverfahren geht es um die Höhe der Kinderunterhaltsbeiträge für C._____ und D._____. Der Berufungskläger beanstandet in Bezug auf die vorinstanzlichen Erwägungen, das Einkommen der Berufungsbeklagten sei zu tief veranschlagt sowie einzelne Positionen in seinem Bedarf (Mobilitätskosten, monatliche Steuern und Krankenkassenprämie für das Jahr 2021) ungenügend berücksichtigt worden (vgl. act. 2 S. 5 ff.).

1.3. Vorauszuschicken ist, dass das Gericht bei der Festsetzung der Unterhaltsbeiträge in verschiedener Hinsicht auf sein Ermessen verwiesen ist (Art. 4 ZGB). Die Bestimmung des Unterhalts entzieht sich einer exakten mathematischen Berechnung. Das liegt daran, dass die der Berechnung zugrunde gelegten Beträge

zum Teil gerundete oder geschätzte Teilbeträge darstellen und die mathematisch genaue Berechnung auf der Basis (auch) solcher Pauschalen kein genaues Ergebnis liefern kann (vgl. BGer 5A_310/2010 vom 19. November 2010 E. 2.2). Dem Charakter des Summarverfahrens entsprechend empfiehlt es sich deshalb, für den Kinderunterhalt grundsätzlich gerundete Beträge festzulegen.

2. Einkommen der Berufungsbeklagten

2.1. Die Vorinstanz berücksichtigte bei der Berufungsbeklagten für die Monate August bis und mit Oktober 2020 ein Einkommen von Fr. 1'701.00 netto (inkl. 13. Monatslohn). Sie errechnete dieses anhand eines Lohn-Durchschnittes aus den Monaten Februar bis August 2020. Die Berufungsbeklagte habe bis und mit Oktober 2020 als Verkäuferin und Serviceangestellte beim E. _____ in F. _____ [Ort] gearbeitet. Sie sei im Stundenlohn, zirka in einem 50%-Pensum angestellt gewesen. In den Monaten zuvor (das heisst vor Februar 2020) habe die Berufungsbeklagte zwar etwas mehr verdient. Aufgrund der Corona-Situation sei ein Einkommen der Berufungsbeklagten im vorbestehenden Umfang jedoch nicht glaubhaft (act. 4 S. 10 f.).

Ab dem 1. November 2020 sei der Berufungsbeklagten ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 2'400.00 einzurechnen. Sie habe ab November 2020 eine neue Stelle im Restaurant G. _____ in H. _____ [Ort] im Stundenlohn angetreten. Gemäss ihren glaubhaften und unbestritten gebliebenen Aussagen erziele sie dort Fr. 2'400.00 netto, inklusive 13. Monatslohn, Feier-/Ferientagsentschädigung, Trinkgeld sowie Getränkeabzug (act. 4 S. 11).

2.2. Der Berufungskläger will der Berufungsbeklagten von August bis und mit Oktober 2020 einen Lohn von Fr. 1'751.00 angerechnet wissen. Nach seinem Dafürhalten sei es nicht nachvollziehbar, warum die Vorinstanz zur Berechnung des Durchschnittslohnes der Berufungsbeklagten nur den Zeitraum Februar bis August 2020 berücksichtigt und nicht ab Januar 2020 gerechnet habe (act. 2 S. 9).

Im Weiteren führt der Berufungskläger aus, die Vorinstanz habe der Berufungsbeklagten ab November 2020 ein monatliches Einkommen von Fr. 2'400.00 netto

(Stundenlohn, ca. 55%-Pensum, inkl. Trinkgeld und Getränkeabzug) eingesetzt. Dieser Betrag werde von ihm bestritten. Anlässlich der Verhandlung vom 29. September 2020 habe erst der Arbeitsvertrag der Berufungsbeklagten vom 8. August 2020 vorgelegen, sie habe die neue Arbeitsstelle noch nicht angetreten und ihr Rechtsvertreter habe lediglich einen monatlichen Zirka-Betrag von Fr. 2'400.00 geltend gemacht. Angesichts dieser Umstände könne eine fehlende konkrete Bestreitung seinerseits nicht als Anerkennung angesehen werden. Tatsächlich sei von einem höheren Einkommen der Berufungsbeklagten auszugehen, nämlich einem solchen von Fr. 3'068 netto (inkl. Trinkgeld). Sie arbeite 100 Stunden à Fr. 27.89 brutto, abzüglich der Abgaben für die Sozialversicherung von 8.426% resp. Fr. 235.00 und zuzüglich einem Trinkgeldebtrag von Fr. 514.00 (4 Arbeitstage pro Woche = 17.14 Arbeitstage pro Monat à Fr. 30.00 Trinkgeld pro Tag). Dieser Trinkgeldebtrag sei umso realistischer, als die Berufungsbeklagte selber vor Vorinstanz ausgeführt habe, das Restaurant laufe "wahnsinnig gut" (act. 2 S. 5 f.).

2.3. Die Corona-Situation begann sich in der Schweiz ab Februar 2020 zu verschärfen und gipfelte schliesslich in einem Lockdown Mitte März 2020, während im Januar 2020 die pandemische Situation noch nicht akut schien und das Gastgewerbe noch keinen Einschränkungen unterworfen war. Diese Entwicklung widerspiegelt sich in den Lohnzahlen der Berufungsbeklagten, so ist aus den vorliegenden Lohnabrechnungen ersichtlich, dass ihre Einkünfte beim E. _____ im Zeitraum Juli 2019 bis Januar 2020 lediglich in zwei Monaten etwas unter Fr. 2'000.00 und ansonsten über Fr. 2'100.00 lagen (act. 5/7/7-8). Ab Februar 2020 bewegte sich der Verdienst der Berufungsbeklagten dann nur noch zwischen rund Fr. 1'550.00 bis Fr. 1690.00, mit einem einzigen Ausreisser nach oben im Juni 2020. Im August 2020 betrug das Einkommen der Berufungsbeklagten Fr. 1'560.00 (act. 5/45/1 und act. 5/49/1). Aufgrund der vorliegenden Einkommenszahlen der Berufungsbeklagten sowie der Entwicklung der Corona-Situation rechtfertigt es sich ohne Weiteres, eine Berechnung ab Februar 2020 vorzunehmen. Das von der Vorinstanz der Berufungsbeklagten angerechnete Einkommen von Fr. 1'701.00 für die Monate August bis und mit Oktober 2020 erscheint aufgrund der ab Februar 2020 veränderten Umstände angemessen. Der Berufungs-

kläger bringt denn auch keine stichhaltigen Argumente vor, weshalb ansonsten (nur) gerade der Lohn im Januar 2020 zusätzlich miteinberechnet werden sollte.

Was die Einkünfte der Berufungsbeklagten ab November 2020 anbelangt, so ist festzuhalten, dass sich die nunmehr vom Berufungskläger im Berufungsverfahren eingenommene Haltung widersprüchlich präsentiert: Anlässlich der Verhandlung über die beantragten vorsorglichen Massnahmen vor Vorinstanz war klar, dass es sich beim Lohn der Berufungsbeklagten von monatlich Fr. 2'400.00 um einen Zirkabetrag gestützt auf den vorliegenden Arbeitsvertrag mit dem Restaurant G. _____ in H. _____ (act. 5/49/2) und die mit dem Arbeitgeber vereinbarten Wochenstunden handelte. Der vormalige Rechtsvertreter des Berufungsklägers hielt anlässlich der Verhandlung über die beantragten vorsorglichen Massnahmen (ausdrücklich) fest, es werde mit Genugtuung zur Kenntnis genommen, dass die Berufungsbeklagte einen neuen Job habe und besser bezahlt werde, nämlich mit Fr. 2'400.00. Der Arbeitsvertrag sei beigelegt, das sei in Ordnung und werde anerkannt (act. 5/50 S. 9 vgl. handschriftliche Ergänzungen der Gerichtsschreiberin). Es kann der Vorinstanz damit nicht vorgeworfen werden, sie habe aus einer fehlenden konkreten Bestreitung des Berufungsklägers auf eine Anerkennung der Höhe des Einkommens der Berufungsbeklagten von Fr. 2'400.00 geschlossen; vielmehr anerkannte der damalige Vertreter des Berufungsklägers dies ausdrücklich. Eine falsche Tatsachenfeststellung durch die Vorinstanz liegt damit nicht vor. Vor diesem Hintergrund müsste nicht weiter auf die Vorbringen des Berufungsklägers zum Lohn der Berufungsbeklagten ab November 2020 eingegangen werden. Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass selbst die Berücksichtigung der Vorbringen nicht zur Anrechnung eines höheren Lohnes der Berufungsbeklagten führen würde, denn den Berechnungen des Berufungsklägers kann nicht gefolgt werden. Im Rahmen einer konkreten Lohnberechnung ist vielmehr von Folgendem auszugehen: Die Berufungsbeklagte gab in der vorinstanzlichen Verhandlung zu Protokoll, sie werde im Restaurant G. _____ am Donnerstag sowie Freitag von 8.00 Uhr bis 17.00 Uhr und am Montag sowie Mittwoch drei Stunden über Mittag bis 14.00 Uhr arbeiten (Prot. Vi S. 26 und 28). Unter Berücksichtigung einer Mittagspause von (mindestens) 30 Minuten am Donnerstag sowie Freitag ergibt dies eine wöchentliche Arbeitszeit von rund 23 Stunden resp. bei einem

Brutto-Stundenlohn von Fr. 27.89 ein wöchentliches Salär von Fr. 641.50. Daraus resultiert ein monatlicher Bruttolohn von rund Fr. 2'780.00 (Fr. 641.50 x 52 : 12). Im Weiteren sind die Abzüge gemäss Arbeitsvertrag vorzunehmen, dies sind die Sozialversicherungsbeiträge von rund Fr. 234.00 (8.426 %), die Getränkepauschale von Fr. 60.00, ein Essensabzug von Fr. 60.60 (mindestens 2 Tage/Woche x 4.33 x Fr. 7.00), der Vollzugskostenbeitrag L-GAV von Fr. 7.40 sowie ein BVG-Abzug in der Höhe von Fr. 49.60 (vgl. <www.gastrosocial.ch/sites/default/files/file/05_Merkblaetter/1004_Lohnabzug_Uno_Basis.pdf>, zuletzt besucht am 29. Juni 2021; act. 5/49/2). Damit resultiert ein Nettolohn von monatlich aufgerundet Fr. 2'370.00. Zwar darf als notorisch gelten, dass in der Schweiz im Gastronomiebereich oft ein zusätzliches Trinkgeld – das meist unter der Belegschaft geteilt wird – ausgerichtet wird, obschon dieses an sich im Preis inbegriffen ist. Ein vom Berufungskläger geltend gemachtes Trinkgeld von monatlich Fr. 514.00 (Fr. 30.00 an 17.14 Tagen im Monat) erscheint jedoch wenig realistisch und wird auch nicht näher belegt. Anders als von ihm angenommen, kann nicht mit einem Trinkgeldverdienst an vier vollen Arbeitstagen ausgegangen werden, arbeitet die Berufungsbeklagte doch an zweien ihrer vier Arbeitstage lediglich für drei Stunden. Zudem ist für die Zeit ab November 2020 zu berücksichtigen, dass der Restaurantbetrieb zum Teil eingestellt resp. (infolge ausschliesslicher Terrassenöffnung) eingeschränkt war und die Corona-Situation voraussichtlich weiterhin einen nachhaltigen Einfluss im Gastgewerbe zeitigen dürfte. Wird weiter berücksichtigt, dass die Ferienvergütung bereits im Bruttolohn enthalten ist und die Berufungsbeklagte demnach während ihrer fünf Wochen Ferien (vgl. act. 5/49/2 S. 1) keinen Lohn erhält, rechtfertigt es sich insgesamt betrachtet, der Berufungsbeklagten ab November 2020 und für die verbleibende Dauer des Scheidungsverfahrens ein durchschnittliches monatliches Nettoeinkommen von rund Fr. 2'400.00 anzurechnen.

3. Bedarf des Berufungsklägers

3.1. Der Berufungskläger strebt betreffend dreier von der Vorinstanz in seinem Bedarf berücksichtigten Positionen eine Anpassung in der Höhe an. Auf diese drei Bedarfspositionen und die diesbezüglichen Argumente des Berufungsklägers ist

nachfolgend einzugehen. Die weiteren unbeanstandeten Bedarfspositionen geben zu keinen weiteren Bemerkungen Anlass. Da die Rügen ohne weiteres abzuweisen sind, kann darauf verzichtet werden, die vorinstanzliche Unterhaltsberechnung der neusten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Unterhaltsberechnung (zweistufige Berechnung mit Überschussverteilung) anzupassen.

3.2. Mobilitätskosten

a) Die Vorinstanz hielt zu den Mobilitätskosten des Berufungsklägers fest, er habe an seinem neuen Wohnort nur noch einen Parkplatz und könne den Arbeitsweg nicht mehr mit dem Geschäftsauto zurücklegen, weshalb er neu Kosten von Fr. 536.00 pro Monat geltend mache. Der Berufungskläger wohne in I. _____ [Ort] und arbeite im 14.8 km entfernten J. _____ [Ort]. Betrachte man die Verbindungen des öffentlichen Verkehrs zwischen dem Wohn- und Arbeitsort des Berufungsklägers, so ergebe sich ohne Weiteres, dass er nicht auf ein Auto angewiesen sei. Gemäss ZVV-Fahrplan betrage der Arbeitsweg zu Stosszeiten 35 Minuten und ausserhalb der Stosszeiten 55 Minuten. Der Berufungskläger habe nichts geltend gemacht, weshalb er für die Zurücklegung des Arbeitsweges auf ein Auto angewiesen wäre, wie beispielsweise unregelmässige Arbeitszeiten. Ihm seien somit Mobilitätskosten im Umfang eines 3-Zonen-Monatsabos in der Höhe von Fr. 125.00 anzurechnen (act. 4 S. 17 f.).

b) Der Berufungskläger wendet ein, bei seiner Wohnung in I. _____ habe er keine Möglichkeit – wie bisher auf seinem Grundstück –, den Transporter des Geschäfts abzustellen. Der Berufungsbeklagten sei die Benützung eines Fahrzeuges für den Arbeitsweg einberechnet worden, während ihm die Benützung des öffentlichen Verkehrs zumutbar sein solle. Er müsse als Baustellenleiter vor 7.00 Uhr im Geschäft sein, um die notwendigen Vorbereitungsarbeiten zu machen und um das Geschäft um 7.00 Uhr mit den Mitarbeitern in Richtung Baustelle verlassen zu können. Um diese Zeiten einhalten zu können, müsste er bereits um 5.21 Uhr in I. _____ mit den öffentlichen Verkehrsmitteln losfahren, damit er um 6.11 Uhr in J. _____ eintreffe. Der rund einstündige Arbeitsweg und die frühe Abfahrt seien dem körperlich schwer arbeitenden Berufungskläger nicht zumutbar, zumal der Arbeitsweg mit dem Auto rund 20 Minuten dauern würde. Weiter sei zu beachten,

dass er wöchentlich am Donnerstagabend und vierzehntäglich am Freitagabend nach der Arbeit die Kinder bei der Berufungsbeklagten in J. _____ bzw. bei seinen Eltern in K. _____ abholen müsse, was ohne Auto gar nicht innert vernünftiger Zeit machbar sei. Ihm seien folglich monatliche Arbeitswegkosten von Fr. 536.00 einzurechnen ($17.6 \text{ km} \times 2 \times 21.75 \times 0.7$; act. 2 S. 6 f.).

c) Effektive Fahrzeugkosten im Sinne unumgänglicher Berufsauslagen können nur dann berücksichtigt werden, wenn einem Automobil Kompetenzcharakter (Notwendigkeit für die Berufsausübung) zukommt (Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums [Notbedarf] nach Art. 93 SchKG der Konferenz der Betriebs- und Konkursbeamten der Schweiz vom 1. Juli 2009, S. 2 [in: BISchK 2009 S. 193 ff.]). Gleichbehandlungsgründe reichen hierfür jedenfalls nicht aus. Entgegen den Schilderungen des Berufungsklägers ist die Kompetenzqualität seines Fahrzeuges nicht ersichtlich. Wie die Vorinstanz erwog, hat er die Möglichkeit zu Stosszeiten in 35 Minuten und ausserhalb der Stosszeiten in 55 Minuten mit den öffentlichen Verkehrsmitteln zur Arbeit zu gelangen. Wie der Berufungskläger selber ausführt, hat es am Morgen bereits ab 5.21 Uhr Verbindungen. Es gibt insbesondere eine solche (spätere und schnellere) um 6.25 Uhr, welche den Berufungskläger innert 35 Minuten zur Arbeit bringt. Er wäre zirka um 6.51 Uhr in J. _____. Es ist nicht weiter dargetan und nicht ersichtlich, weshalb der Berufungskläger bereits um 6.11 Uhr vor Ort sein muss resp. er behauptete Vorbereitungsarbeiten nicht am Vorabend vornehmen kann, damit er am Morgen pünktlich mit den Mitarbeitern zusammen Richtung Baustelle aufbrechen kann. Dies umso mehr, als er noch vor Vorinstanz ausführte, um 7.00 Uhr mit der Arbeit beginnen und etwas vorher im Geschäft sein zu müssen. Er nehme das für die Baustelle benötigte Material sowie einen Lehrling oder Mitarbeiter mit und fahre auf die Baustelle (Prot. Vi S. 33). Daraus ergibt sich keine Anwesenheitspflicht deutlich vor 7.00 Uhr und ebenso keine zeitaufwändigen Vorbereitungsarbeiten, welche – sollten sie denn anfallen – nicht am Abend vorher erledigt werden könnten.

Keine unumgänglichen Berufsauslagen sind Kosten für ein Auto, welches zur Ausübung der Besuchskontakte zu den Kindern benötigt wird. Auch ist zu berücksichtigen,

sichtigen, dass die Vorinstanz in der Verfügung vom 8. Februar 2021 – neben einer Ferien-/Feiertagsregelung – verbindliche Kontakte des Berufungsklägers mit seinen Söhnen an jedem zweiten Wochenende, jeweils ab Freitagabend nach Schulschluss bis Sonntagabend 18.00 Uhr festlegte. Kontakte am Donnerstagabend sind nicht geregelt (act. 4 S. 26). Der Berufungskläger hat die vorinstanzliche Kontaktregelung nicht angefochten. Vor Vorinstanz war es zwar von den Parteien angesprochen worden, dass der Berufungskläger die Kinder am Donnerstag und Freitag bei seinen Eltern resp. den Grosseltern der Kinder abhole und betreue bis die Berufungsbeklagte von der Arbeit nach Hause komme. Dies wurde von den Parteien so gehandhabt, da die Berufungsbeklagte damals donnerstags und freitags beim E. _____ bis um 18.30 Uhr arbeitete. Der Berufungskläger wohnte dazumal noch ganz in der Nähe der Berufungsklägerin und der Kinder. Ein direktes Abholen der Kinder bei den Grosseltern durch die Berufungsbeklagte hatten sich die Parteien überlegt (Prot. VI S. 8-10, 12; act. 5/50 S. 4 f.). Seit November 2020 dauert der Arbeitstag der Berufungsbeklagten im Restaurant G. _____ nur noch bis um 17.00 Uhr und per 1. Dezember 2020 zog der Berufungskläger nach I. _____. Die Notwendigkeit und Praktikabilität der Donnerstagregelung ist nicht mehr gleichermassen gegeben. Es ist zwar zu begrüßen, wenn sich die Parteien über die gerichtlich festgelegten Besuchszeiten hinaus auch auf weitere Kontakte des Berufungsklägers mit den Kindern einigen können. Solche müssen aber vor den bestehenden sowie festgelegten Gegebenheiten standhalten und die Parteien haben sich dementsprechend zu organisieren. Im Rahmen des vorsorglichen Massnahmenverfahrens rechtfertigt es sich nicht, dem Berufungskläger für die auf alle zwei Wochen festgelegten Wochenendbesuche der Kinder bei ihm, unter dem Titel "Mobilität" ein Fahrzeug einzuberechnen. Es wird im Rahmen des Hauptverfahrens zu klären sein, ob sich zusätzliche Besuche der Kinder beim Berufungskläger unter der Woche etablieren und wie die Kinder am besten sowie auf kosteneffizienteste Weise zu ihm kommen.

3.3. Steuern

a) Zur beim Berufungskläger berücksichtigten Bedarfsposition "Steuern" führte die Vorinstanz aus, dass einzig die laufenden Steuern in eine enge Bedarfsbe-

rechnung gehörten, sofern es sich nicht um einen Mankofall handle. Die Steuern der Parteien müssten geschätzt werden. Aufgrund der erwarteten Einkommensverhältnisse und Unterhaltsleistungen erscheine ein Betrag von Fr. 200.00 als angemessen (act. 4 S. 19).

b) Der Berufungskläger reicht die Schlussrechnung vom 26. November 2020 für die Staats- und Gemeindesteuern 2019 sowie die provisorische Steuerrechnung vom 1. März 2021 für die Direkte Bundessteuer 2020 ein. Er bringt dazu vor, ihm würden tatsächlich monatliche Steuern von Fr. 595.00 anfallen und nicht die von der Vorinstanz geschätzten Fr. 200.00 (act. 3/2-3).

c) Die inskünftig anfallende steuerliche Belastung ist nicht anhand einer genauen Berechnung zu ermitteln, sondern aufgrund der Natur des summarischen Verfahrens durch das Gericht in Ausübung pflichtgemässen Ermessens zu schätzen (vgl. dazu etwa OGer ZH LE130039 vom 17. Dezember 2013 E. III.3.4.b sowie LE170026 vom 6. November 2017 E. III.2.4.1.c m.w.H.). Die vom Berufungskläger in seiner Berufungsschrift angestellte konkrete Berechnung in Bezug auf den ihm im Bedarf zu berücksichtigenden Steuerbetrag von Fr. 595.00 stützt sich auf die Steuerfaktoren des Jahres 2019 (Schlussrechnung für die Steuerperiode 2019 sowie die auf der vorjährigen Steuerveranlagung basierende provisorische Steuerrechnung 2020); es wird von einem steuerbaren Einkommen des Berufungsklägers von Fr. 59'800.00 resp. Fr. 58'900.00 ausgegangen. Ein solches kann nicht mehr angenommen werden. Zum einen waren in der Steuerperiode 2019 noch liegenschaftsbedingte Einkünfte sowie Abzüge berücksichtigt, welche – nach Verkauf der Liegenschaft – nicht mehr anfallen werden (vgl. act. 5/58/1 und act. 5/39/13 S. 2 f.). Zum anderen war nur ein geringer Abzug für an die Kinder geleistete Unterhaltsbeiträge gemacht worden (siehe Steuererklärung 2019, act. 5/39/13). Das steuerbare Einkommen des Berufungsklägers wird im Vergleich zum Steuerjahr 2019 um einiges tiefer ausfallen und entsprechend zu einer deutlich tieferen Steuerbelastung führen. Dieser Umstand und insbesondere die finanziellen Verhältnisse der Parteien (vgl. act. 4 S. 20 f., Erw. 5.4) lassen keine weitere resp. um Fr. 395.00 höhere Berücksichtigung von laufenden Steuern im Bedarf des Berufungsklägers zu.

3.4. Krankenkassenkosten

- a) Die Vorinstanz erwog unter Verweis auf die eingereichten Versicherungspolice 2020, dass die Krankenkassenprämien (KVG und VVG) ausgewiesen und im Bedarf gerundet zu berücksichtigen seien. Die finanziellen Verhältnisse der Parteien würden eine Berücksichtigung der VVG-Prämien zulassen; die gerundete Prämie KVG betrage für den Berufungskläger Fr. 255.00, jene für VVG Fr. 72.00 (act. 4 S. 15).
- b) Der Berufungskläger reicht neu seine Prämienabrechnung vom 9. Februar 2021 für den Monat März 2021 ein und macht geltend, seine aktuelle monatliche Krankenkassenprämie sei für das Jahr 2021 mit Fr. 340.65 leicht höher als jene im Jahr 2020 (act. 2 S. 7 und act. 3/4).
- c) Es ist notorisch, dass Krankenkassenprämien in der Höhe von Jahr zu Jahr gewissen Schwankungen unterliegen. Der im vorsorglichen Massnahmenverfahren zur Anwendung gelangenden Berechnungsweise ist zu einem gewissen Grade immanent, dass nicht alle künftigen Schwankungen in den einzelnen Bedarfspositionen antizipiert und exakt mitberücksichtigt werden können, Schätzungen vorgenommen und Pauschalbeträge angewendet werden müssen (vgl. oben Erw. III. 1.3.). Eine leichte Prämienhöhung kann als noch im Streubereich des dem Massnahmengericht zukommenden Ermessens liegend angesehen werden und gibt keinen Anlass, die vorinstanzliche Berechnung insgesamt anzupassen. Vor allen Dingen ist vorliegend aber zu beachten, dass der Vorinstanz eine Versicherungspolice 2020 vorlag, auf welche sie sich abstützte (act. 5/39/11, act. 4 S. 15). Der Berufungskläger reichte der Kammer dahingegen einzig (neu) eine Prämienrechnung und nicht die Police für das Jahr 2021 ein. Es ist damit nicht ersichtlich, ob eine Erhöhung der Prämienrechnung für dieselben Versicherungsleistungen vorliegt oder ob er zusätzliche Versicherungsleistungen abgeschlossen hat. Eine zu berücksichtigende höhere Kostenbelastung ist damit nicht glaubhaft gemacht, womit es bei dem von der Vorinstanz angerechneten Betrag für die Krankenkassenkosten des Berufungsklägers bleibt.

4. Fazit

Zusammenfassend ist folglich festzuhalten, dass der Berufungskläger in der Berufung keine Argumente vorträgt, welche eine Anpassung der von der Vorinstanz angenommenen Einkommenszahlen der Berufungsbeklagten und/oder seiner Bedarfszahlen gebieten würde. Es bleibt bei der Berechnung der Vorinstanz und der von ihr festgelegten Unterhaltsverpflichtung des Berufungsklägers gegenüber seinen Söhnen. Damit ist die Berufung des Berufungsklägers abzuweisen, und die Dispositiv-Ziffern 3-4 der vorinstanzlichen Verfügung vom 8. Februar 2021 (FE200015-H/Z3) sind zu bestätigen.

IV.

1. Sind in einem Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsprozess lediglich finanzielle Belange zwischen den Ehegatten strittig, so berechnet sich die Entscheidgebühr nach § 4 Abs. 1-3, § 8 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG). Dabei bemisst sich die Gebühr nach Massgabe dessen, was vor der Rechtsmittelinstanz noch im Streit liegt. Dies ist vorliegend – bei einer schätzungsweisen Dauer des Scheidungsverfahrens von zwei Jahren (gerechnet ab Februar 2020) – ein Betrag von Fr. 11'185.00 (Kinderunterhaltsbeiträge gemäss vorinstanzlichem Entscheid insgesamt Fr. 43'706.00, berufsungsweise beantragte Kinderunterhaltsbeiträge total Fr. 32'521.00). In Anwendung der genannten Bestimmungen ist die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren auf Fr. 1'000.00 festzusetzen. Ausgangsgemäss sind die Kosten dem Berufungskläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

2. Der Berufungsbeklagten ist mangels relevanter Umtriebe im Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO), dem Berufungskläger nicht, weil er unterliegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Die angefochtenen Dispositiv-Ziffern 3-4 der Verfügung des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 8. Februar 2021 (FE200015-H/Z3) werden bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.00 festgesetzt.
3. Die Kosten werden dem Berufungskläger auferlegt und aus dem geleisteten Vorschuss bezogen.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage des Doppels der Berufungsschrift samt Beilagen (act. 2 und 3/1-4), sowie an das Bezirksgericht Pfäffikon, je gegen Empfangsschein, sowie an die Abteilung Rechnungswesen des Obergerichts des Kantons Zürich (mittels elektronischer Übermittlung).

Nach unbenütztem 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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 11'185.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Würsch

versandt am: