

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LE110014-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin  
Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie  
Gerichtsschreiberin lic. iur. B. Demuth

## Beschluss und Urteil vom 30. September 2011

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Eheschutz (Unterhaltsbeiträge)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes am Bezirksgericht  
Zürich, 3. Abteilung, vom 10. Februar 2011 (EE100480)**

## Erwägungen:

### I.

1. Mit Eingabe vom 4. November 2010 liess die Klägerin und Rekurrentin (fortan Klägerin) beim Bezirksgericht Zürich ein Begehren um Erlass von Eheschutzmassnahmen stellen und zugleich um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ersuchen (Vi Urk. 2). Anlässlich der Verhandlung vom 17. Januar 2011 liess auch der Beklagte und Rekurrent (fortan Beklagter) die unentgeltliche Rechtspflege beantragen (Urk. 15 S. 2). Mit Verfügung vom 10. Februar 2011 schloss die Einzelrichterin am Bezirksgericht Zürich das erstinstanzliche Eheschutzverfahren ab (Vi Urk. 22 = Urk. 3). Beiden Parteien wurde die unentgeltliche Prozessführung bewilligt und je ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beigegeben (Urk. 3 S. 17 Dispositiv-Ziffer 1). Es wurde davon Vormerk genommen, dass die Parteien seit dem 1. Dezember 2010 und auf unbestimmte Zeit getrennt leben (Urk. 3 S. 17 Dispositiv-Ziffer 2). Die eheliche Wohnung wurde der Klägerin zur Benützung zugeteilt und der Beklagte wurde verpflichtet, der Klägerin die Schlüssel herauszugeben sowie seine im Keller der ehelichen Wohnung gelagerten persönlichen Gegenstände bis Ende März 2011 zu entfernen (Urk. 3 Dispositiv-Ziffern 3 - 5). Über die Unterhaltsverpflichtung des Beklagten gegenüber der Klägerin entschied die Vorinstanz wie folgt (Urk. 3 S. 17 Dispositiv-Ziffer 6):

" 6. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für die Dauer des Getrenntlebens persönliche Unterhaltsbeiträge wie folgt zu bezahlen:

- Fr. 1'350.– für die Monate Dezember 2010 bis März 2011,
- Fr. 500.– für die Monate April und Mai 2011,
- Fr. 200.– für die Monate Juni und Juli 2011,

zahlbar monatlich im Voraus, auf den Ersten eines jeden Monats. Im Übrigen wird das Begehren der Klägerin um Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen abgewiesen."

2. Hiergegen erhob die Klägerin mit Eingabe vom 25. Februar 2011 rechtzeitig Berufung und stellte folgende Anträge (Urk. 2 S. 1):

- "1. Es sei Ziffer 6 der angefochtenen Verfügung der Vorinstanz aufzuheben und es sei dem [recte: der] Berufungsgegner [recte: Beklagte] zur Zahlung von monatlichen Unterhaltsbeiträgen an seine Ehefrau für die Dauer des Getrenntlebens in der Höhe von Fr. 1'350.– zu verpflichten. Die Unterhaltsbeiträge seien monatlich und im Voraus an die Klägerin zu entrichten.
2. Es sei der Klägerin in der Person der [recte: des] Unterschreibenden ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen und ihr die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Beklagten."

In seiner unterm 10. März 2011 erstatteten Berufungsantwort schloss der Beklagte auf Abweisung der Berufung unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin und liess auch für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege beantragen (Urk. 5 S. 2). Mit Verfügung vom 5. April 2011 wurde diese Rechtsschrift der Klägerin zugestellt (Urk. 7).

3. Nach dem Verzicht der Vorinstanz auf Vernehmlassung zur Berufung der Klägerin erweist sich das Verfahren als spruchreif.

## II.

### 1. Vorbemerkungen

1.1 Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass es sich vorliegend um ein Verfahren summarischer Natur handelt, in welchem zwecks Prozessbeschleunigung eine Beweismittel- und Beweisstrengebeschränkung gilt (vgl. Lazic in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 271 N 10 mit weiteren Hinweisen). Im Sinne der Beweisstrengebeschränkung ist bei bestrittenen Tatsachen kein strikter Beweis zu führen, sondern es genügt blosses Glaubhaftmachen. Das Gericht muss nicht voll überzeugt werden; es reicht aus, wenn für das Vorhandensein der infrage kommenden Tatsachen eine grössere Wahrscheinlichkeit spricht als für das Gegenteil (a.a.O., Art. 271 N 12).

Was die Grundsätze zur Berechnung der Unterhaltsbeiträge anbelangt, ist zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz zu verweisen (Urk. 3 S. 3 und S. 4 f.). Angefügt werden kann, dass im summarischen Verfahren analog der Beweislast eine Glaubhaftmachungslast

gilt, gemäss welcher diejenige Partei, die aus einer behaupteten Tatsache Rechte ableitet, diese Tatsache glaubhaft zu machen hat.

Am 1. Januar 2011 ist die neue Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Gemäss Art. 405 ZPO gilt für Rechtsmittel das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist. Der Entscheid der Vorinstanz vom 10. Februar 2011 wurde den Parteien am 15. Februar 2011 eröffnet (vgl. Vi Urk. 23 und 24), womit für das Berufungsverfahren die Regeln der ZPO zur Anwendung kommen. Prozessuale Rügen, welche das vorinstanzliche Verfahren betreffen, wären indes weiterhin nach den kantonalen Prozessgesetzen (ZPO/ZH und GVG/ZH) zu beurteilen.

1.2 Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens bilden die von der Vorinstanz festgelegten Unterhaltsbeiträge des Beklagten an die Klägerin. Gemäss Art. 272 ZPO gilt in eherechtlichen Summarverfahren der Untersuchungsgrundsatz. Dies bedeutet, dass das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt und nicht an die Parteivorbringen gebunden ist (DIKE-Komm-ZPO, Art. 272 N 109). Betreffend die Bindung an die Parteianträge gilt für die Belange der Ehegatten untereinander indes die Dispositionsmaxime (DIKE-Komm-ZPO, Art. 272 N 105, Art. 58 Abs. 1 ZPO). Dies bedeutet, dass das Gericht – auch im Rechtsmittelverfahren – an die Parteianträge gebunden ist. Das Gericht kann mithin weder mehr zusprechen, als eine Partei verlangt, noch weniger, als eine Partei anerkannt hat.

1.3 Noven sind im Berufungsverfahren gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen zulässig.

1.4 Auf die Parteivorbringen ist im Folgenden insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist.

## 2. Einkommen der Klägerin

2.1. Die Vorinstanz errechnete auf Seiten der Klägerin für das Jahr 2009 ein durchschnittliches monatliches Nettoeinkommen von Fr. 1'864.– und für das Jahr 2010 ein solches von Fr. 2'030.– (Urk. 3 S. 5 f.). Sodann rechnete sie ihr ab

1. Juni 2011 ein hypothetisches Einkommen von Fr. 2'700.– pro Monat (für ein 80% Pensum) und ab 1. August 2011 ein solches von Fr. 3'380.– (für ein 100% Pensum) an. Diese Anrechnung wird von der Klägerin im vorliegenden Verfahren beanstandet, weshalb im Folgenden näher auf ihre Einkommensverhältnisse einzugehen beziehungsweise die Möglichkeit einer Ausdehnung ihrer Erwerbstätigkeit abzuklären sein wird.

2.2. Die Klägerin lässt in ihrer Berufungsschrift beantragen, es sei ihr überhaupt kein hypothetisches Einkommen anzurechnen. Sie arbeite stundenweise und auf Abruf. Für Putzfrauen gebe es höchst selten feste Arbeitsverträge für ein 100% Pensum. Überdies habe die Vorinstanz weder die Zeit für den (Arbeits-)weg berücksichtigt, noch etwaige Wartezeiten, welche bei Putzfrauen jedoch lang seien. 60% Lohn für eine Putzfrau bedeute 100% Zeitbeanspruchung. Die Vorinstanz habe auch nicht berücksichtigt, dass die Wirtschaftskrise in vollem Gang sei und gerade Unternehmen vor allem bei Putzfrauen und anderen externen Mitarbeitern sparen würden. Schliesslich würden Deutsch sprechende Putzfrauen bevorzugt und die Klägerin erleide als Muslima durch ihr Kopftuch weitere Nachteile bei der Arbeitssuche (Urk. 2 S. 2).

2.3. Das von der Vorinstanz errechnete durchschnittliche Einkommen der Klägerin für die Jahre 2009 und 2010 wurde weder von ihr noch vom Beklagten bestritten, weshalb auch im Berufungsverfahren weiterhin von diesen Zahlen auszugehen ist. Weder die Klägerin noch der Beklagte haben sodann eine Veränderung der Arbeitssituation der Klägerin glaubhaft dargelegt, sodass davon auszugehen ist, dass die Klägerin bis dato weiterhin bei der C.\_\_\_\_\_ AG und bei der D.\_\_\_\_\_ AG im Stundenlohn angestellt ist und monatlich im Durchschnitt netto Fr. 2'030.– verdient (vgl. Urk. 3 S. 5 f.). Die Vorinstanz hat der Klägerin ab 1. Juni 2011 resp. ab 1. August 2011 ein hypothetisches Einkommen angerechnet und ist davon ausgegangen, dass die Klägerin ihr Arbeitspensum bis dann von ungefähr 60% zunächst auf 80% und schliesslich auf 100% ausdehnen könne. Dies mit der Begründung, dass es im Reinigungsbereich viele Einsatzmöglichkeiten gäbe, die Arbeitsmarktsituation günstig sei, die Einkommen der Parteien ab April 2011 den gebührenden Unterhalt nicht mehr decken würden und die 47-jährige Klägerin

keine anderweitigen Verpflichtungen wie beispielsweise Kinderbetreuung wahrzunehmen habe. Zudem habe die Klägerin schon von sich aus eine Erhöhung ihres bisherigen Arbeitspensums ins Auge gefasst (Urk. 3 S. 7).

Im Eheschutzverfahren ist grundsätzlich von den tatsächlichen Verhältnissen auszugehen. Eine Pflicht zur Aufnahme oder Ausdehnung einer Erwerbstätigkeit ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur dann zu bejahen, wenn keine Möglichkeit besteht, auf eine während des gemeinsamen Haushalts gegebene Sparquote oder vorübergehend auf Vermögen zurückzugreifen, wenn die vorhandenen finanziellen Mittel - allenfalls unter Rückgriff auf das Vermögen - trotz zumutbarer Einschränkungen für zwei getrennte Haushalte nicht ausreichen und wenn die Aufnahme oder Ausdehnung der Erwerbstätigkeit unter den Gesichtspunkten der persönlichen Verhältnisse des betroffenen Ehegatten (Alter, Gesundheit, Ausbildung u.ä.) und des Arbeitsmarktes zumutbar ist. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein (BGE 130 III 537, 542, E. 3.2. mit weiteren Hinweisen). Im Rahmen eines Eheschutzverfahrens ist eine Pflicht eines Ehegatten zur Ausdehnung seiner Erwerbstätigkeit grundsätzlich zurückhaltender anzunehmen als im Zusammenhang mit der Festsetzung des nahehelichen Unterhalts (Maier, Aspekte bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen im Familienrecht, AJP 2007 S. 1223 ff., S. 1239). Die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens ist schliesslich regelmässig nur für die Zukunft möglich (BGer vom 5. November 2003, 5P.255/2003 E. 4.3; BGer vom 28. April 2003, 5P.95/2003 E. 2.3; Bräm/Hasenböhler, a.a.O., N 84 zu Art. 163 ZGB).

Zunächst ist somit zu prüfen, ob eine Pflicht der Klägerin zur Ausdehnung ihrer Erwerbstätigkeit zu bejahen ist. Wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen, reichen die derzeitigen Einkünfte der Parteien nicht aus, um zwei getrennte Haushalte zu finanzieren. Sodann haben die Parteien keine nennenswerten Vermögenswerte, auf die sie zur Finanzierung ihres Lebensunterhaltes vorübergehend zurückgreifen könnten. Die Klägerin ist somit angehalten, ihre Arbeitstätigkeit auszudehnen, sofern dies unter Berücksichtigung der erwähnten Kriterien und Umstände tatsächlich möglich ist, worauf im Folgenden näher einzugehen sein wird.

Die Klägerin macht im Berufungsverfahren geltend, feste Arbeitsverträge für ein 100%-Pensum seien in der Reinigungsbranche höchst selten (Urk. 2 S. 2). Der Beklagte bestreitet dies (Urk. 5 S. 3). In der Reinigungsbranche sind Arbeitsverträge zu Teilzeitpensen sowie Arbeit im Stundenlohn und auf Abruf bekanntermaßen sehr verbreitet und es erscheint nicht a priori unglaublich, dass feste Arbeitsverträge für ein 100%-Pensum wohl eher selten abgeschlossen werden. Weiter lässt die Klägerin vorbringen, es seien von der Vorinstanz weder Warte- noch Wegzeiten berücksichtigt worden. So könne sie bei 100% Zeitaufwand höchstens 60% Lohn erzielen, weil es eben häufig zu Wartezeiten komme (Urk. 2 S. 2). Die Klägerin ist derzeit bei zwei verschiedenen Arbeitgebern angestellt. Dabei entstehen zwangsläufig 'Leerzeiten', in welchen die Klägerin zwar beschäftigt ist, aber keinen Lohn verdient. Dazu gehört beispielsweise die Zeit, die sie benötigt, um von einem Arbeitsort zum anderen zu gelangen, um Arbeitskleider anzuziehen usw. Bei der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens sind diese Faktoren auch zu berücksichtigen. Die Klägerin lässt sodann vorbringen, es sei aufgrund der derzeit herrschenden Wirtschaftskrise sowie des Umstandes, dass sie nicht gut Deutsch spreche und als Muslima ein Kopftuch trage, umso schwieriger, Arbeit zu finden. Diese Umstände vermögen eine Rolle zu spielen, jedoch ist gerade die Reinigungsbranche bekannt dafür, dass dort auch Leute mit knappen Deutschkenntnissen und Angehörige unterschiedlicher Religionen Arbeit finden können. Überdies arbeitet die Klägerin ja bereits seit Längerem in der Reinigungsbranche, weshalb ihre Argumentation ins Leere führt. Die Klägerin hat denn auch nicht dargelegt, dass bzw. weshalb genau diese Umstände es ihr bislang verunmöglicht hätten, ihr Arbeitspensum auszudehnen. So ist es der Klägerin aufgrund der vorstehenden Ausführungen zumutbar und auch möglich, ihr Arbeitspensum auszudehnen. In Betracht zu ziehen wäre in diesem Zusammenhang auch die Möglichkeit, sich beispielsweise in einem privaten Haushalt anstellen zu lassen, wo die Klägerin tagsüber arbeiten könnte, im Gegensatz zur Reinigung von Büroräumlichkeiten, welche üblicherweise spät am Abend oder früh am Morgen vorgenommen wird. Nichtsdestotrotz wird die Klägerin sich unter Umständen weiterhin bei verschiedenen Arbeitgebern im Stundenlohn und auf Abruf anstellen lassen müssen und nicht bei einem einzigen Arbeitgeber eine feste An-

stellung zu 100% finden. Daraus folgt aber, dass ihr nicht das hypothetische Einkommen für ein 100% Pensum anzurechnen ist (die Vorinstanz ist ab 1. August 2011 von Fr. 3'380.– für ein 100% Pensum ausgegangen), sondern – nach einer weiteren, angemessenen Übergangszeit – das von der Vorinstanz errechnete monatliche Einkommen von Fr. 2'700.–, was einem Pensum von 80% entspricht. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass der Klägerin 'Leerzeiten' entstehen, für die sie nicht entschädigt wird. Die Klägerin weiss sodann resp. musste seit geraumer Zeit damit rechnen, dass sie gehalten sein würde, ihr Arbeitspensum auszudehnen. Der vorinstanzliche Entscheid datiert vom 10. Februar 2011. Die Klägerin hat im Berufungsverfahren nicht glaubhaft dargetan, dass sie sich in der Zwischenzeit erfolglos um eine Ausdehnung ihres Arbeitspensums bemüht habe. Es ist deshalb weiterhin davon auszugehen, dass dies innerhalb einer angemessenen Übergangsfrist möglich ist. Eine Übergangsfrist von drei Monaten scheint unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Klägerin bereits seit Februar 2011 weiss, dass sie sich um mehr Arbeit bemühen müssen, angemessen. Der Klägerin ist somit ab 1. Januar 2012 ein monatliches Einkommen von Fr. 2'700.– anzurechnen.

### 3. Einkommen des Beklagten

3.1. Die Vorinstanz bezifferte das Einkommen des Beklagten für das Jahr 2010 auf rund Fr. 4'237.– netto, unter Berücksichtigung des 13. Monatslohnes, der Sozialabzüge sowie unter Anrechnung der fixen Telefonspesen von Fr. 60.– monatlich (Urk. 3 S. 7 f., Vi Urk. 16/9/1-7).

3.2. Die Klägerin lässt in ihrer Berufungsschrift – unter Hinweis auf eine 'Beilage 1, Lohnabrechnung Januar 2010', welche sich jedoch weder in den vorinstanzlichen Akten befindet noch im Berufungsverfahren eingereicht wurde – ausführen, dem Beklagten würden Fr. 60.– an Telefonspesen 'vom Lohn abgezogen'. Die Vorinstanz habe in der Bedarfsrechnung des Beklagten jedoch bereits Fr. 120.– an Telefonkosten berücksichtigt, weshalb die erwähnten Fr. 60.– zu seinem Einkommen hinzuzurechnen seien (Urk. 2 S. 3). Der Beklagte lässt hierzu ausführen, dass ihm monatlich Telefonspesen in der Höhe von Fr. 60.– *vergütet* würden, wobei es sich um effektive Spesen handle, die auch tatsächlich anfielen.

Als Reinigungsarbeiter sei der Beklagte meistens unterwegs und müsse "hie und da" in die Firma telefonieren. Die Vorinstanz habe die Telefonspesen von Fr. 60.– deshalb zu Unrecht zum Einkommen hinzugerechnet (Urk. 5 S. 4). Die Argumentation der Klägerin ist nicht nachvollziehbar, werden dem Beklagten doch, wie dieser zu Recht ausführen lässt, die Telefonspesen von Fr. 60.– nicht vom Lohn abgezogen, sondern zusätzlich zum Bruttolohn *vergütet* (Vi Urk. 16/9/1-7). Die Vorinstanz hat diese Kosten bei der Berechnung des Einkommens des Beklagten berücksichtigt und zum Bruttolohn hinzugerechnet mit der Begründung, dass es sich dabei um pauschale Spesen handle, die versteckten Lohn darstellten (Urk. 3 S. 7). Der Beklagte lässt ausführen, dass ihm die Telefonspesen zu Unrecht zum Einkommen hinzugerechnet worden seien (Urk. 5 S. 5). Mit dem Hinweis, er müsse "hie und da" in die Firma telefonieren, vermag er jedoch nicht hinreichend glaubhaft zu machen, dass ihm tatsächlich Telefonkosten in der Höhe von Fr. 60.– monatlich entstehen und diese darum vom Bruttolohn abzuziehen wären. Der Kläger hat auch keine entsprechenden Belege eingereicht. Die Telefonspesen in der Höhe von Fr. 60.– sind deshalb zum Bruttolohn des Klägers hinzuzurechnen.

Die Klägerin lässt schliesslich – wiederum unter Verweis auf eine sich nicht in den Akten der Berufungsinstanz befindliche 'Beilage 2' – weiter ausführen, die Vorinstanz habe nicht berücksichtigt, dass der Beklagte einen 13. Monatslohn erhalte. Es sei zum Einkommen des Beklagten deshalb der monatliche Anteil des 13. Monatslohnes im Betrag von Fr. 350.– hinzuzurechnen (Urk. 2 S. 3). Der Beklagte lässt hierzu richtigerweise ausführen, dass der 13. Monatslohn bei der Berechnung seines Einkommens berücksichtigt worden sei (Urk. 5 S. 4). Der 13. Monatslohn wurde bei der Berechnung des Einkommens des Beklagten tatsächlich berücksichtigt, was sich klar aus der Verfügung der Vorinstanz vom 10. Februar 2011 ergibt (Urk. 3 S. 7 f.). Das monatliche Einkommen des Beklagten ist somit auf dem von der Vorinstanz ermittelten Betrag von Fr. 4'237.– netto zu belassen.

#### 4. Bedarf der Klägerin

Die Klägerin lässt vorbringen, ihr Notbedarf sei von der Vorinstanz korrekt ermittelt und mit Fr. 2'957.– beziffert worden (Urk. 2 S. 2 f., Urk. 3 S. 9). Der Beklagte lässt sich dazu nicht vernehmen, weshalb auch für das Berufungsverfahren auf diese Zahlen abzustellen ist. Für die Zeit vom 1. April 2011 bis 31. Dezember 2011 verbleibt den Parteien kein Freibetrag, weshalb die mutmasslichen Steuern in der Bedarfsrechnung unberücksichtigt bleiben. Der Bedarf der Klägerin beträgt in dieser Zeit Fr. 2'717.–. Ab 1. Januar 2012 ist der Klägerin sodann ein hypothetisches Einkommen von Fr. 2'700.– anzurechnen, was unter Berücksichtigung einer mutmasslichen Steuerlast von rund Fr. 190.– auf Seiten der Klägerin einen Notbedarf von rund Fr. 2'905.– ergibt.

#### 5. Bedarf des Beklagten

5.1. Die Vorinstanz hat den Bedarf des Beklagten bis Ende März 2011 mit rund Fr. 2'466.– beziffert. Ab 1. April 2011 hat sie ihm einen Mietzins von Fr. 1'400.– eingerechnet, was – ohne Berücksichtigung der Steuern, da im Ergebnis ein Manko resultiert – einen Bedarf von Fr. 3'750.– ergibt (Urk. 3 S. 12, S. 14). Die Klägerin lässt ausführen, dem Beklagten sei kein Mietzins anzurechnen, da er bis heute keinen Mietvertrag beigebracht resp. nachgewiesen habe, dass er tatsächlich Miete bezahle (Urk. 2 S. 3). Der Beklagte lässt dazu ausführen, er habe zur Zeit (März 2011) zwar noch keine Wohnung gemietet, sei aber intensiv auf Wohnungssuche (Urk. 5 S. 3).

Beide Ehegatten haben nach Aufnahme des Getrenntlebens einen grundsätzlichen Anspruch auf Fortführung der während der Ehe gelebten Lebenshaltung, bzw. bei beschränkten finanziellen Mitteln auf eine gleichwertige Lebensführung (BGE 128 III 67 E. 4a; BGer vom 12. Januar 2001, 5P.231/2000 E. 3a). Aus dem im Eheschutzverfahren zu beachtenden Gleichbehandlungsgrundsatz folgt sodann, dass einer Partei, die vorübergehend in Wohngemeinschaft mit Dritten lebt und sich insofern bezüglich des Wohnkomforts einschränkt, hypothetisch derjenige Betrag anzurechnen ist, der den angemessenen Mietkosten entspricht. Demnach steht es einer Partei insbesondere zu, den durch den eingeschränkten

Komfort ersparten Betrag anderweitig zu verwenden (ZR 87 [1988] Nr. 144; Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 1997, Rz. 02.34; Maier, Aspekte bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen im Familienrecht, AJP 2007 S. 1223 ff., S. 1232). Die Parteien haben während der Ehe zusammen in einer 2-Zimmerwohnung gewohnt (Vi Urk. 16/6). Seit der Trennung wohnt der Beklagte bei seiner Schwester. Die Klägerin hat anerkannt, dass der Beklagte irgendwann eine eigene Wohnung mieten müsse und hat einen Mietzins von Fr. 1'200.– als angemessen erachtet (Vi Prot. S. 12). Der Beklagte liess im Verfahren vor Vorinstanz geltend machen, er habe zwei voreheliche Kinder im Alter von 14 und 16 Jahren, die an zwei Wochenenden im Monat und in den Ferien sowie an Feiertagen bei ihm seien. Es sei ihnen indes nicht mehr zuzumuten, im selben Zimmer zu übernachten, wenn sie bei ihm zu Besuch seien, weshalb er sich eine 3-Zimmerwohnung suchen müsse und ihm folglich ein Mietzins von Fr. 1'600.– im Bedarf anzurechnen sei (Vi Prot. S. 7). Die Klägerin liess bestreiten, dass die Kinder des Beklagten bei ihm übernachten würden. Das sei früher so gewesen. Heute würden sie am Samstag abend jeweils wieder nach Hause fahren (Vi Prot. S. 12). Der Beklagte liess dazu ausführen, dass die Kinder nicht bei ihm übernachten würden, läge an den Wohnverhältnissen. Es sei zwei Kindern in der Pubertät nicht zuzumuten, im selben Zimmer zu schlafen, weshalb es Sinn mache, dass er eine grössere Wohnung habe (Vi Prot. S. 13). Das Argument des Beklagten vermag unter dem Gesichtspunkt zu verfangen, dass er die Ausübung des Besuchsrechts für seine Kinder möglichst komfortabel gestalten und ihnen ein eigenes Zimmer zu Verfügung stellen möchte. Indes hat er bis zur Trennung von der Klägerin mit dieser über Jahre in einer 2-Zimmerwohnung gewohnt, wo seine Kinder auch kein eigenes Zimmer zur Verfügung hatten. Es kann deshalb bei derart angespannten finanziellen Verhältnissen nicht angehen, dass dem Beklagten neuer Mietzins für eine 3-Zimmerwohnung im Bedarf angerechnet wird, nachdem der bisherige Lebensstandard eine 2-Zimmerwohnung war. Der Beklagte wohnt überdies seit geraumer Zeit bei seiner Schwester, wo die Platzverhältnisse umso einschränkender sein dürften. Sollten die Kinder des Beklagten ihn dort besuchen, haben sie möglicherweise auch kein eigenes Zimmer zur Verfügung. Weder im Verfahren vor Vorinstanz noch im Berufungsverfahren hat der Beklagte seine

Bemühungen, eine eigene Wohnung zu finden, ausreichend glaubhaft gemacht, sodass nicht ausgeschlossen werden kann, dass er sich mit der derzeitigen Wohnsituation bei seiner Schwester noch länger arrangieren dürfte, während seine Kinder dort vermutlich auch nicht in einem separaten Zimmer übernachten können. Unter diesen Umständen ist dem Beklagten aber lediglich ein Mietzins von Fr. 1'200.– im Bedarf anzurechnen. Für diesen Betrag dürfte sich sowohl in der Stadt als auch – angesichts der derzeit herrschenden Wohnungsnot in Zürich und da der Beklagte gemäss eigenen Angaben (vgl. Vi Prot. S. 7, S. 14) nicht zwingend auf eine Wohnung in der Stadt angewiesen ist – in der Umgebung von Zürich eine Wohnung finden lassen, welche dem bisherigen Lebensstandard entspricht. Der Betrag erscheint auch unter dem Gesichtspunkt angemessen, dass die eheliche Wohnung mit einem Mietzins von Fr. 1'013.– sogar noch günstiger war (vgl. Urk. 3 S. 9). Dem Beklagten ist somit ab 1. April 2011 ein Mietzins von Fr. 1'200.– anzurechnen.

5.2. Die Klägerin lässt in ihrer Berufungsschrift sodann die dem Beklagten von der Vorinstanz angerechneten Telefonkosten beanstanden. Dies mit der Begründung, es würden ihm von seinem Arbeitgeber Fr. 60.– für Telefonspesen 'vom Lohn abgezogen', weshalb dieser Betrag zum Einkommen des Beklagten hinzuzuzählen sei (Urk. 2 S. 3). Wie bereits vorstehend unter Ziff. 3.2 ausgeführt, werden dem Beklagten von seinem Arbeitgeber Fr. 60.– als pauschale Spesen zusätzlich zum Lohn vergütet. Der Beklagte liess dazu ausführen, dass ihm diese Telefonkosten tatsächlich anfallen würden, weshalb sie bei seinem Lohn nicht zu berücksichtigen seien (Vi Prot. S. 8). Die Vorinstanz hat dem Beklagten bei ihrer Berechnung seines Lohnes bereits Fr. 60.– hinzugezählt mit der Begründung, es handle sich bei diesen pauschalen Spesen um verdeckten Lohn, weshalb sie beim Einkommen des Beklagten zu berücksichtigen seien (Urk. 3 S. 7). Was die Klägerin bezüglich der Telefonspesen vorbringen lässt, wurde von der Vorinstanz bereits in der Verfügung vom 10. Februar 2011 berücksichtigt, weshalb an dieser Stelle nicht weiter darauf einzugehen ist.

5.3. Die Klägerin beanstandet die dem Beklagten von der Vorinstanz angerechnete Rückzahlung von Alimentenschulden im Betrag von Fr. 67.–, ohne dies

weiter zu begründen (Urk. 2 S. 3). Der Beklagte lässt dazu ausführen, die Vorinstanz habe ihm die Rückzahlung der Alimentenschulden im Bedarf nicht berücksichtigt (Urk. 5 S. 5). Richtig ist, dass die Rückzahlung der Alimentenschulden im Betrag von Fr. 67.– monatlich berücksichtigt und dem Beklagten in den Bedarf eingerechnet wurde. Dies entspricht dem von ihm im Jahr 2010 durchschnittlich bezahlten Betrag (Fr. 800.– / 12). Die Ausführungen der Vorinstanz hierzu sind mangels weiterführender Vorbringen der Klägerin als zutreffend zu betrachten und dem Beklagten ist der Betrag von Fr. 67.– zur Rückzahlung der Alimentenschulden im Bedarf zu belassen.

5.4. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen präsentiert sich der monatliche Bedarf des Beklagten unter Berücksichtigung der übrigen, unbestritten gebliebenen Positionen wie folgt:

	01.12.10 bis 31.03.11	01.04.11 bis 31.12.11	ab 01.01.12
Grundbetrag	Fr. 1'200.–	Fr. 1'200.–	Fr. 1'200.–
Miete	Fr. 0.–	Fr. 1'200.–	Fr. 1'200.–
Elektrisch/Gas	Fr. 40.–	Fr. 40.–	Fr. 40.–
Krankenkasse	Fr. 241.–	Fr. 241.–	Fr. 241.–
Telefon/Radio/TV	Fr. 120.–	Fr. 120.–	Fr. 120.–
Hausrat-/Haftpflichtversicherung	Fr. 25.–	Fr. 25.–	Fr. 25.–
Kinderbetreuungskosten/Alimente	Fr. 578.–	Fr. 578.–	Fr. 578.–
Mobilität öV	Fr. 79.–	Fr. 79.–	Fr. 79.–
Schulden Alimentenbevorschussung	Fr. 67.–	Fr. 67.–	Fr. 67.–
Steuern (geschätzt)	Fr. 116.–	Fr. 0.–	Fr. 255.–
<b>TOTAL Bedarf</b>	<b>Fr. 2'466.–</b>	<b>Fr. 3'550.–</b>	<b>Fr. 3'805.–</b>

## 6. Unterhaltsberechnung

6.1. Der von der Vorinstanz festgesetzte Bedarf der Klägerin wurde im Berufungsverfahren von keiner Seite beanstandet. Die Vorinstanz hat den Bedarf der Klägerin bis Ende März 2011 auf Fr. 2'957.– festgesetzt. Vom 1. April 2011 bis 31. Dezember 2011 sind analog zum Bedarf des Beklagten die mutmasslichen Steuern nicht zu berücksichtigen, da kein Freibetrag resultiert. Der Bedarf der Klägerin beträgt in dieser Zeit Fr. 2'717.–. Ab 1. Januar 2012 sind die mutmassli-

chen Steuern der Parteien wieder zu berücksichtigen, was bei der Klägerin einen Bedarf von Fr. 2'905.– ergibt.

6.2. Die Gegenüberstellung von Einkommen und Bedarf der Parteien ergibt für die verschiedenen Zeitperioden folgendes Bild:

	01.12.10 bis 31.03.11	01.04.11 bis 31.12.11	ab 01.01.12
Einkommen Klägerin	Fr. 2'030.–	Fr. 2'030.–	Fr. 2'700.–
Einkommen Beklagter	Fr. 4'237.–	Fr. 4'237.–	Fr. 4'237.–
Gesamteinkommen	Fr. 6'267.–	Fr. 6'267.–	Fr. 6'937.–
Bedarf Klägerin	Fr. 2'957.–	Fr. 2'717.–	Fr. 2'905.–
Bedarf Beklagter	Fr. 2'466.–	Fr. 3'550.–	Fr. 3'805.–
Gesamtbedarf	Fr. 5'423.–	Fr. 6'267.–	Fr. 6'710.–
<b>Freibetrag</b>	<b>Fr. 844.–</b>	<b>Fr. 0.–</b>	<b>Fr. 227.–</b>

6.3. Der Unterhaltsanspruch der Klägerin setzt sich zusammen aus ihrem Bedarf und der allfälligen Beteiligung am Freibetrag abzüglich der eigenen Einkünfte. Für eine Abweichung von der hälftigen Aufteilung des Freibetrages besteht kein Anlass. Der Unterhaltsanspruch der Klägerin berechnet sich demnach wie folgt:

	01.12.10 bis 31.03.11	01.04.11 bis 31.12.11	ab 01.01.12
Bedarf Klägerin	Fr. 2'957.–	Fr. 2'717.–	Fr. 2'905.–
Freibetragsanteil	Fr. 422.–	Fr. 0.–	Fr. 113.–
./. Einkommen Klägerin	Fr. 2'030.–	Fr. 2'030.–	Fr. 2'700.–
<b>Unterhaltsanspruch (gerundet)</b>	<b>Fr. 1'350.–</b>	<b>Fr. 685.–</b>	<b>Fr. 320.–</b>

In teilweiser Gutheissung der Berufung der Klägerin ist der Beklagte zu verpflichten, ihr ab 1. Dezember 2010 bis 31. März 2011 monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'350.–, ab 1. April bis 31. Dezember 2011 von Fr. 685.– und ab 1. Januar 2012 von Fr. 320.– zu bezahlen. Soweit die Anträge der Klägerin dar-

über hinausgehen, ist die Berufung abzuweisen und die angefochtene Verfügung zu bestätigen.

### III.

1. Beiden Parteien wurde von der Vorinstanz die unentgeltliche Prozessführung bewilligt und in der Person ihrer jeweiligen Rechtsvertreter ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt (Urk. 3 S. 17, Dispositiv Ziffer 1). Gemäss Art. 119 Abs. 5 ZPO ist die unentgeltliche Rechtspflege im Rechtsmittelverfahren neu zu beantragen. Sowohl die Klägerin als auch der Beklagte ersuchten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege auch für das Berufungsverfahren (Urk. 2 S. 1 und 3, Urk. 5 S. 2 und 5).

2. Nach Art. 117 ZPO hat eine Partei Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Bedürftig ist, wer die erforderlichen Gerichts- und Parteikosten nur bezahlen kann, indem er die Mittel heranzieht, die er eigentlich zur Deckung des Grundbedarfs für sich und seine Familie braucht (BGer 4D\_30/2009 E. 5.1, BGE 128 I 225 E. 2.5.1). Dabei sind die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Ansprechers dem Aufwand für den notwendigen Lebensunterhalt gegenüberzustellen. Massgebend sind die wirtschaftlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Gesuchstellung. Die Anrechnung fiktiver (bzw. hypothetischer) Einkommen und Vermögen ist nicht zulässig (Emmel in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 117 N 4 mit div. Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Aus den im vorliegenden Berufungsverfahren ermittelten und als massgeblich bezeichneten Einkommens- und Bedarfswerten ergibt sich, dass die Klägerin und der Beklagte mit den laufenden Einkünften nach Deckung des eigenen Existenzbedarfs weder Gerichts- noch Anwaltskosten zu bezahlen vermögen. Sodann können die Rechtsbegehren der Parteien nicht als aussichtslos bezeichnet werden. Damit sind die Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nach Art. 117 ZPO – insbesondere zur Befreiung von den Gerichtskosten nach Art. 118 Abs. 1 lit. b ZPO – erfüllt. Die

unentgeltliche Rechtspflege umfasst gemäss Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO sodann die unentgeltliche Prozessverbeiständung, sofern diese zur Wahrung der Rechte des Gesuchstellers notwendig ist. Die Bestellung einer rechtskundigen Vertretung erscheint im vorliegenden Verfahren zur gehörigen Wahrung der Rechte der Parteien sowohl aufgrund der Komplexität und des Schwierigkeitsgrades des Verfahrens als auch aufgrund der Tatsache, dass die Parteien aus einem fremden Kulturkreis stammen und der deutschen Sprache nicht mächtig sind, sachlich notwendig und angemessen. Den Parteien ist für das Berufungsverfahren demnach die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.

#### IV.

1. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen sind nach Massgabe von Ob- und Unterliegen zu regeln (Art. 106 Abs. 2 ZPO).

2. Die Höhe der Gerichtsgebühr richtet sich für das vorliegende Verfahren nach § 5 in Verbindung mit § 6 Abs. 1 und Abs. 2 lit. b der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV). Unter Berücksichtigung des tatsächlichen Streitinteresses, dem Zeitaufwand des Gerichts und der Schwierigkeit des Falles erscheint eine Gerichtsgebühr von Fr. 3'000.– angemessen. Die Klägerin verlangte Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'350.– für die gesamte Dauer des Getrenntlebens (Urk. 2 S. 1), während der Beklagte die vollumfängliche Abweisung der Berufung beantragte (Urk. 5 S. 2). Ausgehend von einer Gültigkeitsdauer der vorliegenden Eheschutzmassnahmen von zwei Jahren ab Aufnahme des Getrenntlebens verlangte die Klägerin im Berufungsverfahren Unterhaltsbeiträge ab 1. Dezember 2010 von insgesamt Fr. 32'400.– (Fr. 1'350.– x 24 Monate). Die Vorinstanz hat den Beklagten zu Unterhaltsbeiträgen im Gesamtbetrag von Fr. 6'800.– verpflichtet. Das Streitinteresse der Klägerin im Berufungsverfahren beträgt somit Fr. 25'600.– (Fr. 32'400.– ./ Fr. 6'800.–). Im Ergebnis wird die Unterhaltspflicht des Beklagten ab 1. April 2011 auf Fr. 685.– und ab 1. Januar 2012 auf Fr. 320.– festgesetzt, was über eine mutmassliche Trennungsdauer von zwei Jahren insgesamt Fr. 15'085.– ergibt. Im Ergebnis obsiegt die Klägerin somit zu

rund 32%, weshalb ihr die Gerichtskosten zu 2/3 und dem Beklagten zu 1/3 aufzuerlegen sind.

3. Die Parteientschädigung wird gemäss Art. 105 Abs. 2 ZPO vom Gericht nach den Tarifen gemäss Art. 96 ZPO zugesprochen und den Parteien in Anwendung von Art. 106 Abs. 2 ZPO auferlegt. Entsprechend der Kostenverteilung ist die Klägerin daher zu verpflichten, dem Beklagten eine auf 1/3 reduzierte Prozessentschädigung zu bezahlen. Die für die Festsetzung der Parteientschädigung massgeblichen Bestimmungen finden sich in der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV). Die volle Prozessentschädigung ist in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 3, § 9, § 11 und § 13 der AnwGebV auf Fr. 1'500.– festzusetzen. Mangels eines entsprechenden Antrages ist zur Prozessentschädigung kein Mehrwertsteuersatz zuzusprechen (vgl. das Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Zürcher Obergerichts vom 17. Mai 2006). Da die zuzusprechende Prozessentschädigung von Fr. 900.– bei der Beklagten voraussichtlich nicht einbringlich sein wird, ist diese Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_ direkt aus der Gerichtskasse auszurichten, wobei der Anspruch mit der Ausrichtung auf den Kanton übergeht (Art. 122 Abs. 2 ZPO).

**Es wird beschlossen:**

1. Beiden Parteien wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt. Der Klägerin wird Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ und dem Beklagten Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
2. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung der Klägerin wird die Dispositiv-Ziffer 6 der Verfügung des Bezirksgerichtes Zürich, 3. Abteilung vom 10. Februar 2011 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"6. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für die Dauer des Getrenntlebens persönliche Unterhaltsbeiträge wie folgt zu bezahlen:

- Fr. 1'350.– für die Monate Dezember 2010 bis März 2011,
- Fr. 685.– für die Monate April 2011 bis Dezember 2011,
- Fr. 320.– ab 1. Januar 2012,

zahlbar monatlich im Voraus, auf den Ersten eines jeden Monats. Im Übrigen wird das Begehren der Klägerin um Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen abgewiesen."

Im Übrigen wird die Berufung der Klägerin abgewiesen und die angefochtene Verfügung bestätigt.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin zu 2/3 und dem Beklagten zu 1/3 auferlegt, jedoch zufolge der beiden Parteien gewährten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.

Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

4. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für das Berufungsverfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 500.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, 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 im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert im Sinne von Art. 61 BGG beträgt mehr als Fr. 30'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 30. September 2011

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer  
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. B. Demuth

versandt am: js