

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE110015-O/U.doc, damit vereinigt RE110005

Mitwirkend: Obergerichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Ersatzoberrichter
Dr. S. Mazan und Ersatzoberrichterin lic. iur. R. Blesi Keller sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Reuss Valentini

Beschluss und Urteil vom 23. März 2012

in Sachen

A. _____,

Beklagte, Berufungsklägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Kläger, Berufungsbeklagter und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz (Obhut, Besuchsrecht, Zuweisung eheliche Wohnung, Unterhaltsbeiträge), Prozesskostenvorschuss, Höhe Gerichtskosten**

Berufung und Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung, vom 11. Februar 2011 (EE100460)

Rechtsbegehren Kläger:

(Urk. 8/1, sinngemäss)

Es sei den Parteien das Getrenntleben zu bewilligen, unter gerichtlicher Regelung der Nebenfolgen.

Rechtsbegehren Beklagte:

(Urk. 8/8)

- "1. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass beide Parteien grundsätzlich berechtigt sind, getrennt zu leben;
 2. Sohn C._____, geboren am tt.mm.1996, sei unter der gemeinsamen Obhut der Eltern zu belassen;
 3. Eventuell sei Sohn C._____ unter die Obhut der Beklagten zu stellen;
 4. Es sei davon abzusehen, ein Besuchs- und Ferienrecht festzulegen;
 5. Bis zur Aufnahme des Getrenntlebens sei der finanzielle Haushalt wie bisher weiterzuführen;
 6. Der Kläger sei zu verpflichten, der Beklagten ab Beginn der Trennung angemessene Unterhaltsbeiträge im Sinne der nachfolgenden Ausführungen zu bezahlen;
 7. Der Kläger sei zu verpflichten, die eheliche Wohnung spätestens per 30. Juni 2011 zu verlassen;
 8. Der Kläger sei zu verpflichten, der Beklagten einen Prozesskostenvorschuss in Höhe von Fr. 7'000.– zu bezahlen;
 9. Eventuell zu Ziffer 7 (recte: Ziffer 8) sei der Beklagten die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und es sei ihr in der Person von RA Dr. Z._____, ... [Adresse] ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen;
 10. Die den vorstehenden Anträgen widersprechenden Anträge des Klägers seien abzuweisen;
- alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers."

Verfügung der Einzelrichterin der 4. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 11. Februar 2011:

1. Der Antrag der Beklagten auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses wird abgewiesen.

2. Das Gesuch der Beklagten um unentgeltliche Prozessführung und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands wird abgewiesen.
3. Es wird vorgemerkt, dass die Parteien zum Getrenntleben berechtigt sind.
4. Das Kind C._____, geboren am tt.mm.1996, wird unter die Obhut des Klägers gestellt.
5. Es wird auf die Festlegung eines Besuchs- und Ferienbesuchsrechts verzichtet.
6. Die eheliche Wohnung an der D._____-Strasse ..., E._____, wird samt Hausrat und Mobiliar dem Kläger sowie den Kindern C._____ und F._____ für die Zeit des Getrenntlebens zur Benützung zugewiesen.

Die Beklagte hat die Wohnung spätestens per 30. Juni 2011 zu verlassen.

7. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für die Dauer des Getrenntlebens monatliche Kinderunterhaltsbeiträge von Fr. 1'000.-- (zuzüglich Kinderzulagen) zu bezahlen, nämlich Fr. 500.-- (zuzüglich Kinderzulagen) für F._____ und Fr. 500.-- für C._____. Die Unterhaltsbeiträge sind im Voraus zahlbar, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, beginnend mit dem Folgemonat nach dem Auszug der Beklagten aus der ehelichen Wohnung, bis zur Erreichung der Mündigkeit der Kinder, bzw. darüber hinaus sofern sich das Kind noch in Erstausbildung befindet.
8. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für die Dauer des Getrenntlebens monatliche Ehegattenunterhaltsbeiträge von Fr. 1'500.-- zu bezahlen, beginnend mit dem Folgemonat nach dem Auszug der Beklagten aus der ehelichen Wohnung, wobei ihm gestattet wird, diesen Betrag mit dem Unterhaltsbeitrag für die Kinder zu verrechnen, solange diese in seinem Haushalt leben und keinen anderen Empfänger bezeichnen.
9. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'000.-- (Pauschalgebühr), allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

10. Die Kosten werden dem Kläger zu $\frac{1}{4}$ und der Beklagten zu $\frac{3}{4}$ auferlegt.
11. Es werden weder Umtriebs- noch Prozessentschädigungen zugesprochen.
12. Schriftliche Mitteilung an die Parteien als Gerichtsurkunde.
13. Eine Berufung nach eidgenössischer Zivilprozessordnung kann innert 10 Tagen von der Zustellung dieses Entscheides an schriftlich, im Doppel und unter Beilage dieses Entscheides beim Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich, eingereicht werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind samt einem zweifach ausgefertigten Verzeichnis beizulegen.

Berufungsanträge:

Der Beklagten und Berufungsklägerin (Urk. 2 S. 2):

- "1. Es sei der Sohn C._____, geboren am tt.mm.1996, unter die Obhut der Ehefrau zu stellen.
2. Es sei ein angemessenes Besuchs- und Ferienrecht festzulegen.
3. Es sei die eheliche Wohnung der Ehefrau zusammen mit den gemeinsamen Kindern C.____ und F._____ zur alleinigen Benutzung zuzuweisen.
4. Es sei der Kläger zu verpflichten, der Ehefrau einen angemessenen Unterhaltsbeitrag zu bezahlen.
5. Es sei der Ehefrau die unentgeltliche Prozessführung mit dem Unterzeichnenden als unentgeltlichen Rechtsvertreter zu bewilligen.
6. Eventualiter sei der Ehemann zu verpflichten, der Ehefrau einen Prozesskostenvorschuss von CHF 7'000.– zu bezahlen.
7. unter o/e Kostenfolge."

Des Klägers und Berufungsbeklagten (Urk. 43 S. 2):

"Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8 % MWSt) zulasten der Beklagten und Berufungsklägerin."

Erwägungen:

I.

1. Mit Eingabe vom 2. November 2010 machte der Kläger, Berufungsbe-
klagte und Beschwerdegegner (fortan Kläger) beim Bezirksgericht Zürich ein
Eheschutzbegehren rechtshängig (Urk. 8/1). Am 17. Dezember 2010 fand die
Hauptverhandlung statt. Anschliessende Vergleichsbemühungen scheiterten. Am
18. Januar 2011 wurde der gemeinsame Sohn der Parteien, C._____, geboren
am tt.mm.1996, angehört, der erklärte, er wolle nicht, dass der Bericht über seine
Anhörung den Eltern mitgeteilt werde (Urk. 8/18; Urk. 3 S. 3). Mit Verfügung vom
11. Februar 2011 fällte die Einzelrichterin der 4. Abteilung des Bezirksgerichts Zü-
rich den eingangs wiedergegebenen Entscheid.

2. Gemäss Zuschrift vom 28. Februar 2011, hierorts eingegangen am
3. März 2011 (Datum Poststempel 1. März 2011), liess die Beklagte, Berufungs-
klägerin und Beschwerdeführerin (fortan Beklagte) Berufung mit den eingangs zi-
tierten Anträgen gegen die ihr am 16. Februar 2011 zugestellte Eheschutzverfü-
gung vom 11. Februar 2011 erheben (Urk. 2).

3. Für das Rechtsmittel gegen die Abweisung der Prozesskostenbevor-
schussung und des Armenrechtsgesuchs der Beklagten (Urk. 2 S. 13) wurde ein
separates Beschwerdeverfahren angelegt (RE110005).

4. Zunächst wurde in der Folge zur Frage der Rechtzeitigkeit der Beru-
fung und der Beschwerde ein Beweisverfahren durchgeführt (vgl. Urk. 7A [Bestä-
tigung Frau G.____ vom 28.02.2011]; Urk. 9, 10; schriftliche Auskunft Frau
G.____ vom 12.05.2011 [Urk. 17A]; Urk. 21; Urk. 23/1-2; Urk. 26/1-2, Urk. 31/1-
2; Prot. II S. 9 ff. [Zeugeneinvernahme von Frau G.____ vom 16.08.2011] sowie

Urk. 35, 36 [Auskünfte der schweizerischen Post vom 3./4.10.2011]). Nachdem einzig der Kläger innert erstreckter Frist mit Zuschrift vom 14. November 2011 zur Frage der Fristwahrung Stellung bezogen hatte (Urk. 40), wurde gemäss Präsidialverfügung vom 17. November 2011 alsdann von der Rechtzeitigkeit der Berufung und der Beschwerde ausgegangen und dem Kläger entsprechend Frist anberaumt, um die Berufung bzw. die Beschwerde zu beantworten (Urk. 42; betreffend die Beschwerde vgl. Prozess-Nr. RE110005: Urk. 14).

5. Mit Verfügung vom 6. Mai 2011 wurde das superprovisorische Massnahmebegehren des Klägers, wonach die Beklagte anzuweisen sei, per 15. Mai 2011 aus der ehelichen Wohnung aus- und in die auf dieses Datum in Aussicht stehende Wohnung einzuziehen, abgewiesen und der Beklagten Frist angesetzt, um dieses Begehren zu beantworten (Urk. 14). Gemäss Verfügung vom 10. Mai 2011 wurde der Beklagten sodann das vom Kläger nachgereichte Schreiben vom 5. Mai 2011 (betreffend die superprovisorische Ausweisung der Beklagten aus der ehelichen Wohnung) zur Beantwortung innert der laufenden Frist zugestellt (Urk. 16). Nachdem die Beklagte dazu mit Eingabe vom 16. Mai 2011 rechtzeitig Stellung bezogen hatte, wurde der klägerische Antrag um Erlass von vorsorglichen Massnahmen mit Präsidialverfügung vom 26. Mai 2011 abgewiesen (Urk. 20).

6. Die klägerische Berufungsantwort vom 5. Dezember 2011 mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen wurde fristwährend erstattet (Urk. 43). Zu den darin enthaltenen neuen Vorbringen und Unterlagen sowie dem damit gestellten Wiedererwägungsgesuch betreffend die Frage der Rechtzeitigkeit der Berufung und zu den wesentlichen Ergebnissen der erstinstanzlichen Kindsanhörung vom 18. Januar 2011 (Urk. 46; Urk. 47) bezog die Beklagte rechtzeitig - unter Beilage neuer Dokumente (Urk. 50/1-8) - mit Zuschrift vom 23. Dezember 2011 (eingegangen am 27.12.2011) Stellung (Urk. 48). Mit Eingabe vom 25. Januar 2012 äusserte sich der Kläger dazu innert Frist (Urk. 52; Urk. 53). Diese Eingabe wurde wiederum der Beklagten zur Kenntnisnahme zugestellt.

Mit Eingabe vom 22. Dezember 2011 (Datum Poststempel: 22.12.2011) hatte sodann der Kläger fristgerecht Stellung zu den wesentlichen Ergebnissen

der vorinstanzlichen Kindsanhörung bezogen (Urk. 51). Diese Eingabe wurde der Beklagten zur Kenntnis gebracht (Urk. 52).

Die Beschwerdeantwort vom 5. Dezember 2011 wurde rechtzeitig erstattet. Dazu äusserte sich die Beklagte nicht mehr (Prozess-Nr. RE110005: Urk. 15 und 16).

II.

1. Im vorliegenden Berufungsverfahren gelangt die am 1. Januar 2011 in Kraft getretene eidgenössische Zivilprozessordnung (ZPO) zur Anwendung, nachdem der angefochtene Entscheid vom 11. Februar 2011 am 17. Februar 2011 versandt wurde (Urk. 3 S. 20; Urk. 24, 25; Art. 405 Abs. 1 ZPO).

2. Hinsichtlich der Anträge auf Prozesskostenbevorschussung und unentgeltliche Rechtspflege ist die Beschwerde zulässiges Rechtsmittel, weshalb diesbezüglich - wie erwähnt - ein separates Verfahren anzulegen war (Urk. 2 S. 13, RE110005). Für den Entscheid sind die Verfahren angesichts der nämlichen sachlichen Zuständigkeit (§ 48 GOG) sowie zur Vereinfachung des Verfahrens zu vereinigen (Art. 125 lit. c ZPO i.V.m. Art. 90 ZPO). Die Akten des in das vorliegende Berufungsverfahren zu vereinigenden Beschwerdeverfahrens (RE110005) sind als Urk. 54/1-16 zu akkurieren.

3. Im Rahmen seiner Berufungs- und Beschwerdeantwort lässt der Kläger ein Wiedererwägungsgesuch stellen, mit dem Begehren, es sei auf die Berufung und die Beschwerde zufolge Verspätung nicht einzutreten. Zur Begründung verweist er einzig auf seine Ausführungen in der Stellungnahme zu den Zeugenaussagen von Frau G. _____ (Urk. 43 S. 3 mit Hinweis auf Urk. 40). Selbst wenn eine Wiedererwägung auch unter neuem Recht betreffend prozessleitende Entscheide generell zulässig wäre (vgl. Art. 256 Abs. 2 ZPO betreffend die freiwillige Gerichtsbarkeit und Art. 268 Abs. 1 ZPO betreffend die vorsorglichen Massnahmen analog; früher § 143 ZPO/ZH analog) bestünde vorliegend kein Anlass - geschweige denn ein Anspruch - darauf, die Verfügung vom 17. November 2011, so

weit sie die Frage der Rechtzeitigkeit der beklaglichen Berufung betrifft, in Wiedererwägung zu ziehen, nachdem der Kläger sein Wiedererwägungsgesuch in keiner Weise näher begründet und insbesondere auch keine Änderung der massgeblichen Verhältnisse darzutun vermag. Vielmehr kann vollumfänglich auf die entsprechenden Erwägungen in der besagten Verfügung verwiesen werden (Urk. 42), denen nichts beizufügen ist. Das klägerische Wiedererwägungsgesuch ist daher ohne weiteres abzuweisen, sofern überhaupt darauf einzutreten ist.

4. Die Beklagte liess sodann verfahrensmässig beantragen, es sei ihrem Anwalt Einsicht in die Befragung des Sohnes C. _____ zu gewähren oder zumindest auszugsweise bzw. sinngemäss Kenntnis darüber zu geben. Es sei nötig, dass ihr Anwalt die Aussagen des Sohnes C. _____ kenne, damit er sich zur Frage der Zuteilung der Obhut abschliessend äussern könne. Betreffend die Aussagen des Sohnes C. _____ sei festzuhalten, dass der Kläger seit Beginn der Trennungssituation im Gegensatz zur Beklagten, welche die Kinder um jeden Preis aus den ehelichen Problemen habe heraushalten wollen, diese instrumentalisiert habe und sie offensichtlich seit dieser Zeit mit Geschenken überhäufe und keine Gelegenheit auslasse, die Kindsmutter bei den Kindern schlecht zu machen (Urk. 2 S. 2, Antrag Ziffer 8, S. 4). Der Kläger beantragt demgegenüber Abweisung dieses Verfahrensantrages zum Schutze von C. _____. Dies umso mehr als C. _____ jetzt mit dem Einverständnis der Beklagten beim Vater lebe (Urk. 43 S. 5).

Die erste Instanz hörte C. _____ am 18. Januar 2011 an, worüber eine über vierseitige ausführliche Zusammenfassung erstellt wurde (Urk. 8/18). Nachdem die Vorderrichterin C. _____ erklärt hatte, er dürfe selber darüber entscheiden, ob der Bericht über die Anhörung den Eltern mitgeteilt werde, meinte dieser, er wolle nicht, dass der Bericht den Eltern mitgeteilt werde (Urk. 18 S. 5; Prot. I S. 24), weshalb die Vorinstanz die Parteien nicht über die Aussagen von C. _____ ins Bild setzte (Urk. 3 S. 3). Auf diese Aussagen wurde im Übrigen auch nicht abgestellt, sondern C. _____ dem Kläger zugeteilt, weil jener den Sohn umfassender persönlich betreuen könne (Urk. 3 S. 7 f.).

Mit dem Anspruch des Kindes auf Vertraulichkeit seiner Aussagen kollidiert der Anspruch der Eltern auf rechtliches Gehör. Das Bundesgericht hat dazu festgehalten, der Gehörsanspruch sei gewahrt, wenn den Eltern das Ergebnis der Anhörung, nicht aber die Einzelheiten des Gesprächsinhalts bekannt gegeben würden und sie vor dem Zuteilungsentscheid dazu Stellung nehmen könnten. Daher ist nicht erforderlich, dass über das Gespräch oder das Ergebnis der Anhörung ein formelles Protokoll unter Wahrung sämtlicher zivilprozessualer Formvorschriften erstellt wird. Gleichwohl sind die Ergebnisse schriftlich festzuhalten, zumindest dann, wenn das Gericht in seiner Entscheidung darauf abstellt. Der Gehörsanspruch der Eltern setzt ferner eine inhaltlich so konkrete schriftliche Wiedergabe der Anhörungsergebnisse voraus, dass eine substantiierte Stellungnahme möglich ist (Guy Bodenmann, Die Anhörung von Kindern aus rechtlicher und psychologischer Sicht, FamPra.ch 2003, S. 22 N 39 f.). Im Hinblick auf die Wahrung ihres rechtlichen Gehörs sind den Parteien die wesentlichen Ergebnisse der Kindsanhörung (vgl. Urk. 46) zur Stellungnahme zuzustellen, was mit Verfügung vom 9. Dezember 2011 denn auch geschehen ist (Urk. 47), zumal im Lichte des Kindeswohls sämtliche Kriterien der Kindszuteilung umfassend zu würdigen sind. Dass letztlich dann ein einzelnes Kriterium in den Vordergrund rückt, ändert daran nichts.

5. Weiter beantragte die Beklagte, der Kläger sei zu verpflichten, ihr Auskunft über die auf ihn lautenden Konten und Ersparnisse zu geben. Dies sei vorliegend vonnöten, weil der Ehemann wahrscheinlich über erhebliche finanzielle Reserven verfüge. Zudem sei damit zu rechnen, dass er im Hinblick auf die Scheidung dieses Geld versuche auf die Seite zu bringen (Urk. 2 S. 2, Antrag Ziffer 9). Demgegenüber hält der Kläger - unter Hinweis auf die vorinstanzlichen Beizugsakten - dafür, er sei seiner prozessualen Obliegenheit betreffend Auskunftserteilung über seine finanziellen Verhältnisse vollumfänglich nachgekommen (Urk. 43 S. 5 unten).

Mit Blick auf die summarische Natur des vorliegenden Verfahrens liegen bereits genügend Unterlagen im Recht, um einen Entscheid, insbesondere betreffend die umstrittenen Unterhaltsbeiträge, fällen zu können. Zudem liess selbst die

Beklagte vor Vorinstanz protokollieren, der Lebensunterhalt sei vom H._____-Konto, worauf ihr Lohn überwiesen worden sei, sowie vom I._____-Konto, worauf der Lohn des Klägers überwiesen worden sei, bezahlt worden. Es sei immer alles verbraucht worden (Prot. I S. 20; vgl. auch Urk. 8/8 S. 5 f.). Überdies hätte die Beklagte ihr Auskunfts-/Editionsbegehren vor Vorinstanz stellen müssen (die hier geltende "beschränkte" bzw. "soziale" Untersuchungsmaxime nach Art. 272 ZPO gebietet nicht, dass neue Tatsachen, Beweismittel und Anträge im Rechtsmittelverfahren uneingeschränkt zu hören wären), zumal neue Vorbringen betreffend die Finanzen des Klägers nicht ersichtlich sind, ausgenommen die zwar bloss pauschal bestrittene (Urk. 53 S. 2), allerdings durch nichts belegte und im Übrigen auch nicht relevante Behauptung, der Kläger habe mit seiner Freundin und den Kindern im Sommer sowie im Herbst zweimal umfassende Ferien verbracht und sich ein neues Cabriolet geleistet (Urk. 48 S. 3). Solches spricht im Gegenteil vielmehr für den laufenden Verbrauch der Einkünfte. Vor Erstinstanz liess die Beklagte einzig die Edition der Monatslohnabrechnungen 2010, des Lohnausweises 2009 sowie der Steuererklärung 2010 beantragen (Urk. 8/8 S. 6), wobei der Kläger von sich aus seine Lohnabrechnungen Juli 2010, August 2010, September 2010 und November 2010 beibrachte (Urk. 8/7/1-4) und die Beklagte selbst die (gemeinsame definitive bzw. provisorische) Staats- und Gemeindesteuerabrechnungen 2009 und 2010 einreichen liess (Urk. 8/9/24, 27). Vor diesem Hintergrund ist der beklagtische Editionsantrag im vorliegenden Berufungsverfahren abzuweisen.

6. Was die "modifizierten Begehren" der Beklagten in ihrer Stellungnahme vom 23. Dezember 2011 anbelangt (Urk. 48 S. 8, Anträge 1-2), wonach sie nunmehr persönliche Unterhaltsbeiträge von monatlich Fr. 1'500.– sowie eine Zahlung von Fr. 5'000.– an ihre Ausbildung vom Kläger fordert, so ist darauf nicht einzutreten. Diese Anträge hätten bereits in der Berufungsschrift gestellt werden können, nachdem schon im erstinstanzlichen Verfahren ein Budgetposten für Weiterbildung in der Höhe von Fr. 145.00 und für die Dauer von 18 Monaten verlangt wurde (Urk. 8/8 S. 8 und 12). Solche (unechte) Noven sind im Berufungsverfahren unzulässig (Art. 317 ZPO). Dies gilt nach der Kammerpraxis auch in Ver-

fahren, in denen der Sachverhalt wie im vorliegenden Fall von Amtes wegen festgestellt wird (Art. 272 ZPO; LA110019, Urteil der I. ZK vom 27. Mai 2011, E. 3d).

7. In seiner letzten Stellungnahme vom 25. Januar 2012 lässt der Kläger beantragen, vom (singemässen) Teilrückzug der beklagtischen Berufung betreffend die Obhut, das Besuchs- und Ferienbesuchsrecht, die Zuteilung der ehelichen Wohnung, den Prozesskostenvorschuss sowie das Auskunftsbegehren durch die Beklagte sei Vormerk zu nehmen (Urk. 53 S. 1 f.).

Von einem solchen allfälligen Teilrückzug auszugehen, besteht allerdings kein Anlass, zumal der neu eingereichte Entwurf "Trennungsvereinbarung" von den Parteien gerade nicht unterzeichnet wurde (Urk. 50/3; Urk. 48 S. 2). Die anwaltlich vertretene Beklagte hätte einen solchen Teilrückzug vielmehr klar gegenüber dem Gericht erklären müssen, was sie indessen in keiner Weise getan hat (Urk. 48 passim). Weiterungen erübrigen sich daher.

8. Es handelt sich beim Eheschutzverfahren um ein summarisches, weshalb blosses Glaubhaftmachen genügt. Das Gericht darf weder blosser Behauptungen genügen lassen noch einen stichhaltigen Beweis verlangen (BGE 120 II 398). Im Unterschied zu anderen summarischen Verfahren gilt im Eheschutzverfahren die Untersuchungsmaxime. Das Gericht *stellt* den Sachverhalt mithin von Amtes wegen *fest* (Art. 272 ZPO). Während das Gericht hinsichtlich der Kinderbelange gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO den Sachverhalt von Amtes wegen *erforscht*, die Untersuchungsmaxime in diesem Bereich somit nicht eingeschränkt ist, ist sie in den übrigen Punkten des Eheschutzes als eine eingeschränkte ausgestaltet. Sie greift nur zum Ausgleich eines allfälligen Machtgefälles zwischen den Parteien, weshalb sich das Gericht bei zwei anwaltlich vertretenen Parteien bei der Feststellung des Sachverhaltes wie im ordentlichen Prozess zurückzuhalten hat (Sutter-Somm/Lazic in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 272 N 12 ff.). Art. 296 Abs. 3 ZPO erklärt in Kinderbelangen den Offizialgrundsatz für anwendbar, weshalb das Gericht in diesem Bereich ohne Bindung an die Parteianträge entscheidet. In den übrigen Punkten des Eheschutzes gilt der Dispositionsgrundsatz (Art. 58 ZPO). Noven sind jedenfalls im Bereich der

Kinderbelange, wo die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime gilt, unbeschränkt zulässig (Art. 229 Abs. 3 ZPO; Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO).

III.

A. Zuteilung der elterlichen Obhut über C._____

1. Zunächst kann, um entbehrlichen Wiederholungen vorzubeugen, auf die zutreffenden erstinstanzlichen Erwägungen betreffend die rechtlichen Voraussetzungen der Zuteilung der Obhut verwiesen werden (Urk. 3 S. 4 f.). Oberste Richtschnur ist das Kindeswohl. Im Wesentlichen ist dabei Folgendes ausschlaggebend: Die Erziehungseignung der Eltern bzw. ihre Beziehung zum Kind, die bisherige Betreuung, die Möglichkeit/Bereitschaft der persönlichen Betreuung, die Stabilität der Verhältnisse, die Bereitschaft dem anderen, nicht mehr obhutsberechtigten Elternteil einen grosszügigen Kontakt mit dem Kind zu ermöglichen sowie der Zuteilungswunsch des Kindes, dem mit zunehmendem Alter grössere Bedeutung beizumessen ist. So sind Kinder ab zirka acht Jahren anzuhören. Ab etwa 14 Jahren kommt einem klar geäusserten Zuteilungswunsch vorrangige Bedeutung zu. Und schliesslich sind Geschwister nach Möglichkeit nicht zu trennen.

Wie bereits die Vorderrichterin korrekt feststellte, kommt vorliegend eine gemeinsame elterliche Obhut mit Blick auf den Paarkonflikt und das fehlende Einverständnis des Klägers nicht in Frage (Urk. 3 S. 5) und wird von der Beklagten denn auch nicht mehr beantragt (Urk. 2 S. 2). Die Vorinstanz wies die Obhut über den bald 16-jährigen Sohn C._____ dem Kläger zu. Sie erwog dabei, die Obhut solle demjenigen Elternteil anvertraut werden, der zurzeit eher imstande sei, das Kind persönlich und in der bisherigen Umgebung zu betreuen. Unerheblich sei vorliegend, wer in der Vergangenheit mehrheitlich die Betreuungsaufgabe ausgeübt und überwiegend den Haushalt geführt habe. Aufgrund des jetzigen Arbeitspensums der Beklagten schein die Vorgabe, das - sich entwicklungs-mässig in einer schwierigen Lebensphase befindende - Kind, welches auch nach Ansicht der Beklagten möglichst nicht sich selbst überlassen werden sollte, persönlich zu betreuen, beim Kläger zur Zeit klar besser erfüllt sei. Es sei unbestritten geblie-

ben, dass der Kläger als Pfarrer seine Arbeitszeit in zeitlicher und örtlicher Hinsicht freier organisieren könne als die Beklagte, die für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit das Haus stets verlassen müsse. Der Kläger könne indes über weite Strecken seine Arbeit von zuhause aus verrichten und Abwesenheiten auf Zeiten legen, in denen C._____ in der Schule sei. Daran änderten auch die einmal monatlichen Sitzungen in Kirchenpflege und CEVI, der sonntägliche Gottesdienst und der einmal pro Woche anfallende Jugendtreff nichts. Die kritischen Zeiten morgens, über Mittag und nach Schulschluss seien zuverlässig abgedeckt und ein (damals noch) 14-Jähriger könne abends und am Sonntag tagsüber auch einmal zwei Stunden alleine bleiben. Die Beklagte wäre indes darauf angewiesen, dass in den kritischen Zeiten morgens, über Mittag und zeitweise auch am Nachmittag nach der Schule ihre Mutter einen Teil der Betreuung übernehmen würde. Bereits heute scheine J._____, der Sohn aus erster Ehe der Beklagten, teilweise Betreuungsaufgaben für diese übernommen zu haben, was indes keinen gleichwertigen Ersatz für die Betreuung durch die Beklagte persönlich darstelle (Urk. 3 S. 7 f. mit Hinweisen).

2. Die Beklagte macht - unter Berufung auf eine Aufstellung der Tätigkeiten eines protestantischen Pfarrers (Urk. 6/5) - im Wesentlichen geltend (Urk. 2 S. 6), dem Kläger sei es gelungen, der Vorinstanz seine idealistisch gefärbte Version seines Tagesablaufs zu verkaufen. Alleine die Behauptung, regelmässig über Mittag kochen zu können, müsse bei einem Vollpensum als Pfarrer hinterfragt werden. Sie erinnere sich daran, während der Ehedauer jahrelang zwischen drei und fünf Abenden/teilweise halbe Nächte mehrere Wochen und Wochenenden alleine mit den Kindern zu Hause verbracht zu haben, während der Ehemann "beruflich" unterwegs gewesen sei. Weil der Kläger keine Änderungen/Anpassungen in seiner beruflichen Tätigkeit geltend mache, sei davon auszugehen, dass sich seine Abwesenheiten auch künftig im dargestellten Rahmen halten würden. Unbedacht sei von der Vorinstanz die Behauptung des Klägers übernommen worden, er sei besser in der Lage, die Betreuung der Kinder zu gewährleisten, da er von zu Hause aus arbeiten könne. Sofern eine Predigt, eine Beerdigung, eine Hochzeit etc. vorbereitet werden müsse, müsse von einem Zeitbedarf von 6 bis 12

Stunden ausgegangen werden. In dieser Zeit wäre der Ehemann voll absorbiert und die Betreuung des Kindes würde sich auf die Bereitstellung eines Zvieris, der Spielkonsole oder TV-Bedienung beschränken. Ausweichmöglichkeiten auf die Abendstunden stünden aufgrund der häufig in dieser Zeit stattfindenden ausserhäuslichen Tätigkeiten, wie Sitzungen, Besuche der Gemeindemitglieder etc. nur beschränkt zur Verfügung. Sofern der Zeitdruck über eine gewisse Zeit aufrecht erhalten würde, bestünde aufgrund der durch die Ehefrau gemachten Erfahrungen früher oder später die Gefahr, dass sich der Ehemann erneut, wie schon mehrfach geschehen, eine Auszeit nehmen müsste, weil er ansonsten gänzlich ausfallen würde. Es werde in diesem Licht daher in Frage gestellt, dass die Zuteilung der Obhut an den Kläger im Kindeswohl liege und diese Zuteilung durch die Vorinstanz im Sinne der *Offizialmaxime* ordentlich begründet worden sei. Insbesondere weil C._____, wie beide Parteien festhielten, aktuell "durch den Wind" sei und ein "gutes" Vorbild benötige. Was den Kontakt zur Schule und den Sozialpädagogen betreffe, seien ebenfalls Richtigstellungen und Präzisierungen anzubringen. So habe der Kläger viele Gespräche geführt und Handlungen vorgenommen ohne vorgängige Absprache oder sogar hinter dem Rücken der Ehefrau und diese anschliessend auch nicht informiert. Erst als die Situation mit dem Sohn C._____ eskaliert sei, weil dieser nicht mehr zur Schule gegangen respektive enorme Absenzen aufgewiesen habe und seitens der Schule Elterngespräche angesetzt worden seien, sei auch die Beklagte vollständig informiert worden und habe sich ab November 2010 als Mutter und Lehrerin auch einschalten können. Bezeichnenderweise sei der Kläger am letzten wichtigen Elterngespräch vom 11. Februar 2011 denn auch unentschuldig nicht mehr erschienen. Dies zeige auf, dass sein Engagement auf Wirkung (Erhalt der Obhut, mit den entsprechenden für ihn günstigen Konsequenzen) und nicht auf Langfristigkeit (Kindeswohl) ausgelegt sein dürfte. Dies stehe in krassem Gegensatz zu ihrem jahrelangen Beitrag als Hausmutter und Mutter. Weiter hätten sich auch wesentliche Änderungen in ihrer Beschäftigungssituation ergeben. Sie habe aus gesundheitlichen Gründen per Mitte April 2011 ihren Beruf als Lehrerin aufgeben müssen, da sie nicht mehr in der Lage gewesen sei, Schule zu geben. Dies ändere die Situation von Grund auf und müsse zwingend in eine Neu Beurteilung der Obhutzuteilung sowie der finanziel-

len Konsequenzen münden (Urk. 2 S. 6 f.). Zu ihrer neuen beruflichen Situation liess sie sodann in einer späteren Eingabe einzig ausführen, sie absolviere nunmehr ein 70 %-Pensum als Rückentrainerin in Ausbildung. Erst nach Abschluss dieser Ausbildung könne sie sich für ein Vollpensum am Rückenzentrum bewerben. Die notwendigen Ausbildungen würden voraussichtlich bis Anfang 2013 abgeschlossen sein (Urk. 48 S. 6).

3. Demgegenüber lässt der Kläger vorbringen, die Beklagte habe per 1. November 2011 eine eigene 2 ½-Zimmerwohnung in der nämlichen Baugenossenschaft K._____, in welcher er mit den beiden ehelichen Kindern wohne, bezogen. Diese Wohnung dürfe gemäss Mietvertrag nur von einer Person bewohnt werden. Damit seien die beklagischen Anträge auf Zuweisung der Obhut über C._____, Festlegung eines angemessenen Besuchs- und Ferienbesuchsrecht sowie Zuteilung der ehelichen Wohnung abzuweisen. Es stimme nicht, dass die Beklagte während der letzten 20 Jahre fast ausschliesslich für die Kinderbetreuung und Besorgung des Haushalts zuständig gewesen sei. Vielmehr hätten sich beide Parteien weitergebildet, teilzeitlich gearbeitet und Haus- und Erziehungsarbeit miteinander geteilt. Die Beklagte habe während der Ehe mehrere Aus- und Weiterbildungen unter anderem als Sonderlehrerin für Fremdsprachenkinder, als ...-Lehrerin, als ...tanz-Lehrerin, als ...-Instruktorin gemacht, und mit einem 40 bis 80 %-Pensum als Primarlehrerin gearbeitet. Es treffe sodann auch nicht zu, dass die Beklagte aus gesundheitlichen Gründen ihre Anstellung als Primarlehrerin längerfristig nicht mehr ausüben könne. Vielmehr habe sie ihre Anstellung im Frühling 2011 im gegenseitigen Einverständnis mit der Arbeitgeberin aufgegeben. Die Arztzeugnisse vermöchten nicht den Beweis einer bis heute andauernden 100 %-igen Arbeitsunfähigkeit der Beklagten zu erbringen (Urk. 43 S. 4 f.). Sodann hält der Kläger dafür, es sei für C._____ bereits anlässlich seiner Anhörung klar gewesen, ab Frühjahr 2012 mit dem Vater ins Pfarrhaus zu ziehen. Die Konfliktsituation der Eltern habe sich seit dem Wegzug der Beklagten per 1. November 2011 in ihre eigene Wohnung entschärft (Urk. 52 S. 2).

4. Aus den wesentlichen Ergebnissen der erstinstanzlichen Kindsanhörung vom 18. Januar 2011 erhellt, dass C._____ zu beiden Eltern eine gute Be-

ziehung pflegt und sich denn auch grundsätzlich eine je hälftige Betreuung durch diese wünscht (Urk. 46). Solches wird von beiden Parteien denn auch nicht in Frage gestellt. Welcher Elternteil in der Vergangenheit die Kinder überwiegend betreute, ist heute mit der Erstrichterin nicht mehr von entscheidender Bedeutung, nachdem C._____, wie gesehen, zu beiden Eltern ein gutes Verhältnis hat und vor allem heute auf eine persönliche Betreuung bzw. Anwesenheit eines Elternteils in der bisherigen Umgebung angewiesen ist (Urk. 3 S. 7 f.). Einen klaren Zuteilungswunsch hat C._____ nicht geäußert. Er würde im Frühjahr 2012 einfach gerne ins grosse Pfarrhaus an guter Lage ziehen (Urk. 46), was denn selbst die Beklagte nachvollziehen kann (Urk. 48 S. 4). Solches bedingt allerdings eine Zuteilung der Obhut an den als Pfarrer tätigen Kläger. Dass ein Elternteil den Kontakt von C._____ zum anderen Elternteil verhindern würde, ist nicht ersichtlich (demgegenüber neu: Urk. 2 S. 8). Solches ergibt sich im Übrigen auch nicht aus der Kindsanhörung (Urk. 18 und 46). Im Gegenteil erscheinen beide Parteien diesbezüglich - mit Blick auf das Alter von C._____ in nachvollziehbarer Weise - offen zu sein (vgl. auch Urk. 51 S. 2; Prot. I S. 5). Als entscheidendes Zuteilungskriterium verbleibt daher vorliegend - mit der Vorinstanz - in der Tat die Möglichkeit/Bereitschaft der aktuellen persönlichen Betreuung des pubertierenden Sohnes und zwar der Gestalt, welcher Elternteil in den sensiblen Zeiten, wie morgens, mittags, nachmittags nach der Schule und abends zu Hause anwesend sein und so dem Sohn eine gewisse Kontinuität gewährleisten kann. Dabei geht es mit Blick auf das Alter von C._____, der seine Freizeit nicht mehr mit den Eltern, sondern vornehmlich mit Freunden/Kollegen verbringt (vgl. Prot. I S. 15), nicht darum, C._____ permanent persönlich zu betreuen bzw. sich ständig mit ihm zu beschäftigen. Vielmehr soll ein Elternteil für ihn da sein, um ihm das Essen bereit zu stellen und im Idealfall gemeinsam einzunehmen sowie dafür besorgt zu sein, dass er morgens rechtzeitig zur Schule kommt und ihm bei Bedarf bei den Hausaufgaben behilflich sein. Es geht mithin darum, C._____ einen strukturierten Rahmen zu bieten.

Als der vorinstanzliche Entscheid vom 11. Februar 2011 erging, arbeitete die Beklagte ab Januar 2011 40 % im Rückenzentrum, 20 % als Primarschullehrerin

und zirka 10 % als selbstständig Erwerbende (...-Kurse an der ... und ... Stunden in ihrem eigenen Praxiszimmer [Urk. 8 S. 6 f. ; Prot. I S. 14 f.; Urk. 8/6/25]), also stets ausserhuslich. Ausgenommen am Dienstag konnte sie mit C._____ das Frühstück einnehmen und ihn zur Schule schicken. Was das Mittagessen angeht, war sie am Montag (Rückenzentrum: Von 9.00 bis 15.00 Uhr), Dienstag (Primarschule: Ganzer Tag bis zirka 16.30 Uhr) und Mittwoch (Rückenzentrum: Von 9.00 bis 14.00 Uhr) sowie teilweise am Samstag (Rückenzentrum: Von 10.00 bis 13.00 Uhr) beruflich abwesend. Zum Abendessen (zwischen 18.00 und 19.00 Uhr) war sie am Dienstag, Donnerstag und Freitag nicht zugegen (Eigener Sport, ...stunde sowie am Freitag von 14.00 bis 19.00 Uhr im Rückenzentrum [Prot. I S. 15-18]). Demgegenüber vermochte der Kläger vor Vorinstanz glaubhaft darzutun, dass er im Regelfall während der ganzen Woche mit C._____ frühstücken, ihn zur Schule schicken sowie je das Mittag- und Abendessen kochen und gemeinsam einnehmen kann. Er führte glaubhaft aus, dass er als Pfarrer privilegiert sei und keinen Verantwortlichen habe, der ihn zeitlich kontrolliere. Er müsse einfach gewährleisten, dass die Arbeit erledigt sei. Drei Mal monatlich sei er am Abend abwesend (Kirchenpflegesitzung, Cevi-Sitzung sowie Jugendtreff [Urk. 6; Prot. I S. 21 f.]). Damals liess im Ubri-gen auch die (noch durch einen anderen Anwalt vertretene) Beklagte einräumen, dass der Kläger als Pfarrer flexibel sei. So sei er denn auch während der Zeit des ehelichen Zusammenlebens über Mittag jeweils zu Hause gewesen (Prot. I S. 12). Im Ubri-gen besucht C._____, wie er anlässlich der Anhörung vom 18. Januar 2011 selber ausführte, nunmehr dienstags und donnerstags über den Mittag den Hort (Urk. 46). Seit Mitte August 2011 geht er schliesslich in E._____ in die Privatschule L._____, wo er sich auswärts verpflegt (Urk. 43 S. 6).

Zusammengefasst war insbesondere ab Januar 2011 der Kläger klar besser in der Lage, für C._____ während der sensiblen Zeiten anwesend zu sein und ihn nicht sich selbst zu überlassen. Dies betrifft vor allem auch das Frühstück, nachdem C._____ Mühe hat, am Morgen aufzustehen (Prot. I S. 5). Daran ändern auch die neuen Einwände der Beklagten im Berufungsverfahren nichts. Mit Blick auf die in Kinderbelangen herrschende Offizial- und Untersuchungsmaxime (Art.

296 ZPO) ist zwar die seitens der Beklagten neu beigebrachte Aufstellung betreffend den Arbeitsaufwand eines protestantischen Pfarrers zuzulassen (Urk. 6/5; Art. 229 Abs. 3 ZPO), allerdings lässt sich daraus nichts betreffend den konkreten Arbeitsaufwand des Klägers ableiten. So dürfte einerseits die Vorbereitungszeit für eine Predigt individuell äusserst verschieden und zudem von zu Hause aus zu erledigen sein. Ausserdem ist der Kläger, wie gesehen, in der Einteilung seiner Termine sehr flexibel, wenngleich namentlich Bestattungen selbstverständlich nicht gross planbar sind und hier denn auch vorübergehend erhöhter Arbeitsaufwand anfallen dürfte. Auch Hausbesuche im Rahmen der Seelsorge (Urk. 2 S. 7) dürften für den Kläger frei terminierbar sein. Objektive Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger dem Zeitdruck nicht gewachsen wäre und sich - wie in der Vergangenheit während des Zusammenlebens offenbar vorgekommen - eine Auszeit bei seiner Mutter in M._____ nehmen könnte (Urk. 2 S. 7), sind keine ersichtlich, nicht zuletzt weil die ehelichen, wohl sehr belastenden Konflikte seit dem Getrenntleben weggefallen sind.

Dass es C._____ beim Vater nicht gut gehen soll bzw. sich seine schulischen Probleme verschärft haben sollten, macht die Beklagte nicht geltend (Urk. 2 S. 6-8; Urk. 48 passim) und ist denn auch nicht ersichtlich. Im Gegenteil (vgl. Urk. 46; Urk. 51), seit dem Auszug der Beklagten aus der ehelichen Wohnung in eine andere Wohnung in der nämlichen Genossenschaft hat sich, wie erwähnt, naturgemäss auch die Konfliktsituation der Eltern entschärft (Urk. 51 S. 2), was sich selbstredend positiv auf das Kindeswohl auswirkt.

Die Beklagte hat zwar, wie bereits vor Vorinstanz in Aussicht gestellt (Prot. I S. 15; Urk. 8/8 S. 7 unten), ihr Arbeitsverhältnis als Lehrerin an der Primarschule N._____ im gegenseitigen Einvernehmen mit der Kreisschulpflege O._____ am 16. Februar 2011 per 15. April 2011 aufgelöst (Urk. 6/6). Damit entfallen die diesbezüglichen 20 % ihrer Erwerbstätigkeit bzw. es entfällt der ganze Dienstag. Allerdings absolviert die Beklagte nunmehr ein 70 %-Pensum als Rückentrainerin in Ausbildung, wobei diese Ausbildung voraussichtlich bis Anfang 2013 abgeschlossen sein sollte (Urk. 48 S. 6; Urk. 50/6; Art. 229 Abs. 3 ZPO). Offenbar visiert die Beklagte auf lange Sicht denn auch eine Vollzeitanstellung als Rücken-

/Bewegungs-therapeutin im Rückenzentrum an (Urk. 8/8 S. 6 f.; Urk. 48 S. 3). Nachdem die Beklagte keine weiteren Veränderungen geltend machte, ist zudem davon auszugehen, dass sie weiterhin ihre drei wöchentlichen ...-Stunden (Donnerstag Morgen von 9.30 bis 10.30 Uhr, Donnerstag Abend von 19.15 bis 20.15 Uhr sowie am Sonntag von 11.00 bis 12.00 Uhr; Prot. I S. 15-18) erteilt und auch den Chor am Montagabend (von 20.00 bis 22.00 Uhr) besucht sowie selber noch Sport treibt (so am Donnerstag um 17.00 Uhr und am Dienstagabend von 18.30 bis 20.45 Uhr, Prot. I S. 16 f.). Wie sich die neue Arbeitssituation auf die Betreuungsmöglichkeiten gegenüber C._____ auswirken soll, substantiiert die Beklagte allerdings in keiner Art und Weise. Sie legt namentlich nicht dar, dass und wann sie nun für C._____ in den sensiblen Zeiten allenfalls vermehrt präsent sein will bzw. könnte (Urk. 2 S. 8 und passim; Urk. 48 passim). Im Übrigen weiss sie nicht einmal, an welchem Wochentag ihr Sohn C._____ seinen zweiten ...kurs besucht (Prot. I S. 19). Die hier herrschende Untersuchungsmaxime ändert bekanntlich nichts an der Substantiierungslast der Parteien. Mangels hinreichender Substantiierung von konkreten und besseren Betreuungsmöglichkeiten sowie nachdem sich auch den Akten - insbesondere mit Blick auf das nach wie vor hohe 70 %-ige ausserhäusliche Arbeitspensum der Beklagten und ihre ...stunden und Hobbies - keine objektiven Anhaltspunkte für eine wesentlich verbesserte Präsenz der Beklagten in den sensiblen Zeiten entnehmen lassen, ist C._____ unter der elterlichen Obhut des Klägers in der vertrauten Umgebung zu belassen und denn auch seinem künftigen Wunsch nach einem Umzug ins Pfarrhaus im Frühjahr 2012 (mit dem Vater) Nachachtung zu verschaffen. Nur so besteht Gewähr für eine für C._____ notwendige weitere Stabilisierung der Verhältnisse.

B. Regelung Besuchsrecht

Vor Vorinstanz beantragten beide Parteien übereinstimmend, es sei von der Festlegung eines Besuchs- und Ferienbesuchsrechts für C._____ abzusehen (Prot. I S. 5; Urk. 8/8 S. 1 i.V.m. Prot. I S. 11 f.). In Anbetracht des Alters von C._____ erachtete die Vorinstanz Solches für sachgerecht und im Sinne des Kindeswohls, umso mehr als aus den Akten keinerlei Hinweise erkennbar seien, dass der Kläger der Beklagten das Kind vorenthalten möchte. Entsprechend wur-

de auf die Regelung eines Besuchs- und Ferienbesuchsrechts verzichtet (Urk. 3 S. 9).

Im Berufungsverfahren lässt die Beklagte nunmehr neu beantragen, das Besuchsrecht sei minimal zu regeln und ein angemessenes Besuchs- und Ferienrecht festzulegen. Schon allein die Aussage des Ehemannes, er wolle nicht, dass die Kinder eine Mutter hätten, die mit Drogen durchs Leben gehe, lasse darauf schliessen, dass der Ehemann "seine" Kinder vom angeblich behaupteten, widerlegten und im Übrigen bestrittenen schlechten Einfluss der Ehefrau fernhalten wolle. Erwähnenswert sei auch, dass der Kläger regelmässig die gemeinsamen Kinder zu seinen Gunsten zu beeinflussen versuche, indem er sie mit Geschenken/teuren Ferien und Zuneigung kurzzeitig überhäufe. Er vergesse dabei nicht zu erwähnen, welchen amoralischen Lebenswandel die Beklagte angeblich pflege und wie viel besser es bei ihm sei. Es sei daher notwendig, dass trotz des fortgeschrittenen Alters der gemeinsamen Kinder das Besuchsrecht zu regeln sei (Urk. 2 S. 2, Antrag 2, S. 8; Prot. I S. 4). Der Kläger beantragt die Abweisung dieses Antrages (Urk. 43 S. 2, 5).

Zwar deponierte der Kläger vor Vorinstanz in der Tat, er wolle nicht, dass die Kinder eine Mutter hätten, die mit Drogen durchs Leben gehe (Prot. I S. 4), allerdings liess er dort auch protokollieren, er wolle seiner Frau die Kinder nicht verweigern. Die Kinder könnten frei wählen und sie so viel besuchen, wie sie wollten. Er möchte einfach die Obhut, aber die Kinder seien frei (Prot. I S. 5). Objektive Anhaltspunkte, wonach der Kläger den Kontakt von C._____ zur Beklagten aktiv behindern bzw. gar verhindern würde, sind in keiner Weise ersichtlich und lassen sich im Übrigen auch nicht der Kindsanhörung entnehmen (Urk. 18 und 46). Dass sich ein bald 16-jähriger Junge diesbezüglich manipulieren liesse, ist denn auch wenig wahrscheinlich. C._____ fühlt sich, wie bereits erwähnt, schliesslich denn auch bei beiden Eltern gleich gut aufgehoben (Ur. 46). Vor diesem Hintergrund sowie mit Blick auf das Alter von C._____ ist daher praxisgemäss nach wie vor von der Festlegung eines Besuchs- und Ferienbesuchsrechts der Beklagten betreffend C._____ abzusehen und entsprechend der neue Antrag der Beklagten abzuweisen. Betreffend den bereits mündigen gemeinsamen Sohn F._____ (ge-

boren tt.mm.1992) wäre diesbezüglich ohnehin nichts zu regeln (Art. 273 Abs. 1 ZGB).

C. Zuteilung der ehelichen Wohnung

Dass die eheliche Wohnung an der D.____-Strasse ..., E.____, demjenigen Elternteil zugewiesen werden soll, welcher die Obhut über C.____ zugeteilt erhält, mithin dem Kläger, versteht sich und wird denn auch von den Parteien so gesehen (vgl. Urk. 3 S. 9 f. mit Hinweisen; Urk. 2 S. 8 f.; Urk. 43 S. 4). Die eheliche Wohnung ist daher in Übereinstimmung mit der Vorinstanz für die weitere Dauer des Getrenntlebens - samt Hausrat und Mobiliar - dem Kläger zuzuweisen. Daran ändert nichts, dass dieser mit den Kindern im Frühjahr 2012 voraussichtlich ein Pfarrhaus beziehen wird, zumal die Genossenschafts-Wohnung der Beklagten allein - trotz Besuchsrecht - einerseits zufolge Unterbelegung andererseits mangels Finanzierbarkeit (Miete: rund Fr. 3'000.-, Urk. 8/7/8) ohnehin nicht zugewiesen werden könnte, wobei sie solches denn auch nicht anstrebt. Dass offenbar der Kläger zu Beginn der Ehe in diese Genossenschaftswohnung zur Beklagten einzog und die Anteilscheine durch die Beklagte gestellt wurden, ist mit Blick auf die blosse Nutzungsregelung während des Getrenntlebens und das entscheidende Zuteilungskriterium der Obhut über C.____ nicht von Belang. Solches beschlägt vielmehr die güterrechtliche Auseinandersetzung im Scheidungsfall.

Ein Auszugstermin ist der Beklagten nicht mehr anzusetzen, vielmehr ist vorzumerken, dass sie die Wohnung per 1. November 2011 bereits verlassen hat.

Im Übrigen hätte die bereits vor Vorinstanz anwaltlich vertretene Beklagte damals ein Herausgabebegehren betreffend einen Teil des Hausrats und Mobiliars stellen können und müssen (vgl. demgegenüber: Urk. 2 S. 9). Solches hat sie nicht getan, weshalb die erste Instanz zu Recht keine entsprechende Anordnung traf (Urk. 3 S. 10 unten; Urk. 8/8 S. 1 f.). Insbesondere liegt mit Blick auf die anwaltliche Vertretung der Beklagten auch keine Verletzung der richterlichen Fragepflicht (Art. 56 ZPO) vor. Im Berufungsverfahren wäre solches angesichts der

diesbezüglich herrschenden Dispositionsmaxime und des eingeschränkten Novenrechts (Art. 317 ZPO) indessen ohnehin verspätet.

D. Unterhaltsbeiträge

1. Allgemeines

a) Vorweg ist den Erörterungen über die Berechnung der Unterhaltsbeiträge vorzuschicken, dass dieser Entscheid nach Recht und Billigkeit getroffen werden muss und nicht das Ergebnis exakter Berechnungen auf genauen Grundlagen darstellen kann (Meier-Hayoz, Berner Kommentar, N 71-73 zu Art. 4 ZGB). Vielmehr ist der gebührende Unterhaltsbeitrag unter Beachtung der konkreten Umstände – insbesondere der wirtschaftlichen Verhältnisse der Ehegatten und der Bedürfnisse der Familie – festzusetzen (Hausheer/Reusser/Geiser, Kommentar zum Eherecht, N 21 f. zu Art. 163 ZGB; Bühler/Spühler, Berner Kommentar, N 166 ff. zu Art. 145a ZGB).

b) Unterhaltsbeiträge für die Beklagte persönlich

In der neurechtlichen Berufung sind die Berufungsanträge in der Berufungsschrift zu stellen und zu begründen. Die Berufungsanträge sind sodann zu beziffern; eine Bezifferung bloss in der Berufungsbegründung ist an sich nicht ausreichend (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., N 34 zu Art. 311 ZPO), kann aber dann genügen, wenn sie völlig eindeutig ist (vgl. auch BGE 137 III 617 ff. Nach neuem Recht hat schliesslich auch keine Ansetzung einer Nachfrist für die Bezifferung zu erfolgen, sondern ist diesbezüglich auf die Berufung nicht einzutreten (a.a.O., N 35 zu Art. 311 ZPO). Die von der Beklagten gestellten Berufungsanträge hinsichtlich der persönlichen Unterhaltsbeiträge (welche der Dispositionsmaxime unterstehen) sind nicht beziffert (Urk. 2 S. 2, Ziffer 4). Auch aus der Berufungsbegründung geht ein bezifferter Unterhaltsbeitrag nicht eindeutig hervor (vgl. Urk. 2 S. 10 ff.). Betreffend die der Beklagten persönlich geschuldeten Unterhaltsbeiträge ist daher auf die Berufung nicht einzu-

treten und es bleibt bei den gemäss der Vorinstanz zugesprochenen persönlichen Unterhaltsbeiträgen von Fr. 1'500.– pro Monat, beginnend mit dem Auszug der Beklagten aus der ehelichen Wohnung per 1. November 2011. Solches entspricht im Übrigen auch der nachträglichen, allerdings verspäteten Bezifferung in der späteren Stellungnahme der Beklagten bzw. ihrem "modifizierten Begehren", wonach sie unter anderem persönliche monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'500.– fordert (Urk. 48 S. 8, Ziffer 1). Dabei fällt insbesondere auch eine Herabsetzung der vorinstanzlich der Beklagten zugesprochenen persönlichen Unterhaltsbeiträge über Fr. 1'500.– ausser Betracht, weil der Kläger selbst keine (Zweit-)Berufung erhoben hat und eine Anschlussberufung im summarischen Verfahren ausgeschlossen ist (Art. 314 Abs. 2 ZPO).

c) Kinderunterhaltsbeiträge

Was die Kinderalimente anbelangt, liess die Beklagte für den Eventualfall (dass sie die Obhut über C._____ nicht erhält) jedenfalls sinngemäss die gänzliche Aufhebung der Unterhaltsbeiträge an die Kosten und Erziehung von C._____ und F._____ gemäss Vorinstanz beantragen (Urk. 2 S. 12). Im Zusammenhang mit den angefochtenen Kinderunterhaltsbeiträgen ist daher aufgrund der Einkommens- und Bedarfsverhältnisse der Parteien die vorinstanzliche Unterhaltsregelung für die Kinder zu überprüfen.

2. a) Einkommen Kläger

Die erste Instanz legte ihrem Entscheid ein klägerisches Monatsnettoeinkommen von Fr. 11'126.– zu Grunde (Fr. 9'826.– netto inklusive Anteil 13. Monatslohn und Mietzuschuss von Fr. 1'300.–; Urk. 3 S. 11 mit Hinweisen). Im Berufungsverfahren geht auch die Beklagte von diesem Einkommen aus (Urk. 2 S. 11). Der Kläger äussert sich nicht mehr zu seinem Lohn (Urk. 43 S. 5 f., Urk. 51). Es ist daher von diesen Einkünften auszugehen.

b) Einkommen Beklagte

Die Beklagte war während der Ehe stets arbeitstätig, zuletzt offenbar im Umfang von 80 %, womit sie Fr. 3'904.– netto verdiente und wovon ein 20 % Pensum oder ein Anteil von Fr. 1'625.– netto (inkl. 13. Monatslohn) auf ihre Primarschultätigkeit an der Primarschule in N._____ entfiel. Von diesem Einkommen ging die erste Instanz denn auch aus (Urk. 3 S. 11 E. 3). Im Berufungsverfahren will sich die Beklagte seit Mai 2011 jedoch nur noch ein Nettomonatseinkommen von rund Fr. 2'206.– anrechnen lassen, nachdem sie ihr 20 % Pensum an der Primarschule N._____ im Einvernehmen mit der Schulleitung aufgelöst hat und sich stattdessen im Umfang von 70 % einer voraussichtlich Ende 2012 abgeschlossenen Ausbildung im Rückenzentrum widmen will (Fr. 1'799.– Rückenzentrum [70 %], Fr. 180.– .../... und Fr. 227.– ...; Urk. 6/6; Urk. 2 S. 11; Urk. 6/10; Urk. 48 S. 5 f. i.V.m. Art. 229 Abs. 3 ZPO; Art. 296 Abs. 1 ZPO).

Solches geht indessen nicht an. Einerseits versah die Beklagte während der gelebten Ehe und auch in der Trennungsphase noch ein 80 % Pensum und war damals noch obhutsberechtigter Elternteil. Nach der Trennung ist sie nicht mehr obhutsberechtigt und muss jedenfalls das bisherige 80 % Arbeitspensum leisten. Andererseits kann nicht von einer medizinisch indizierten Teilarbeitsunfähigkeit gesprochen werden. Fraglich ist zunächst, ob die Beklagte in Bezug auf die 20 % Lehrtätigkeit an einer Primarschule arbeitsunfähig ist; dies wird ihr zwar in einem Zeugnis der eigenen Ärztin bescheinigt (Urk. 50/1 und 50/2), doch ist in der Verfügung des Schulamtes von einer einvernehmlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses - nicht jedoch von gesundheitlichen Problemen - die Rede (Urk. 6/6). Wie es sich genau mit der Lehrtätigkeit als Primarlehrerin verhält, kann aber im vorliegenden Eheschutzverfahren offen bleiben. Es steht nämlich ausdrücklich fest und wird von der Beklagten denn auch anerkannt, dass sie in anderen Bereichen als der Lehrtätigkeit voll arbeitsfähig ist (Urk. 48 S. 5 unten und Urk. 50/2). Diese Arbeitskraft hat die Beklagte im bisherigen Umfang - das heisst mit einem 80 % Pensum - auch voll auszuschöpfen. Es ist ihr daher zuzumuten, ihre anderen Tätigkeiten entsprechend auszudehnen, damit sie den bisherigen Lohn von

Fr. 3'904.– weiterhin erreicht. Zudem ist die Auffassung der Beklagten verfehlt, es sei ihr eine (reduziert vergütete) Ausbildung im Umfang von 70 % im Rückenzentrum zu ermöglichen, damit sie später ihren eigenen Unterhalt bestreiten könne. Wenn nämlich ein Unterhaltsschuldner sich mit dem Ausbildungsargument vor der Unterhaltspflicht gegenüber Frau und Kindern "drücken" möchte, dürfte er kaum auf richterliches Verständnis stossen. Nichts anderes kann gelten, wenn die nicht mehr obhutspflichtige Frau vom obhuts- und unterhaltspflichtigen Mann verlangt, er habe ihr eine Ausbildung zu finanzieren. Verfehlt ist schliesslich auch der Einwand, die Beklagte könne ihren späteren Unterhalt nicht finanzieren; wenn sie mit einem 80 % Pensum Fr. 4'000.– verdienen kann, kann sie mit einem Vollpensum Fr. 5'000.– verdienen, mithin genau gleich viel wie mit der Ausbildung, die sie gedenkt zu absolvieren.

Die Beklagte ist gesund und von jeglichen Betreuungspflichten befreit. Zudem dürften mit ihrem Auszug aus der ehelichen Wohnung im November 2011 auch die sie gesundheitlich belastenden ehelichen Spannungen nunmehr weggefallen sein (vgl. auch Urk. 50/2). Als ausgebildete Primarlehrerin ist es ihr sodann ohne weiteres möglich, auch in einem Büroberuf unterzukommen, weshalb sie auf eine ihr genehme Zweitausbildung im tendenziell schlechter bezahlten sportlich/gesundheitlichen Bereich nicht angewiesen ist. Es geht nicht an, dass sie ihre beruflichen Wünsche auf Kosten der seit der Trennung mit Mehrauslagen belasteten Familie verwirklicht. Aus all diesen Gründen ist bei der Beklagten ein andauerndes Einkommen von Fr. 3'904.– einzusetzen. Ob der Beklagten mittelfristig ein höheres hypothetisches Einkommen anzurechnen sein wird, wie dies der Kläger verlangt (Urk. 43 S. 4, 6), ist demgegenüber nicht im vorliegenden Eheschutzverfahren zu klären.

c) Bedarf Kläger

Die Vorinstanz berechnete einen klägerischen Bedarf von rund Fr. 7'790.– (mit F._____ und C._____; Urk. 3 S. 12-14), wovon auch die Beklagte ausgeht (Urk. 2 S. 11). Auch der Kläger anerkennt diesen Gesamtbedarf grundsätzlich,

macht allerdings neu einen zusätzlichen Bedarf von C._____ über Fr. 2'474.05 geltend, vorwiegend aufgrund der notwendigen Privatschulung (Urk. 43 S. 6 f.).

Der Grundbedarf von C._____ über Fr. 600.– ist im vorinstanzlichen Bedarf bereits enthalten (vgl. Urk. 3 S.12).

Für Krankenkassenprämien betreffend C._____ wurden dem Kläger Fr. 66.85 (Grundversicherung) eingesetzt (Urk. 3 S. 12; Urk. 8/7/7; Urk. 8/9/19). Neu listet der Kläger unter diesem Titel einen Betrag von Fr. 250.– auf (Urk. 43 S. 6), indessen ohne Solches zu belegen (Urk. 45/1-3), obschon dies ohne weiteres möglich und zumutbar gewesen wäre. Es bleibt daher beim vorinstanzlichen Befund, insbesondere nachdem C._____ noch nicht mündig ist und daher grundsätzlich auch nicht höhere Prämien, wie beispielsweise sein mündiger Bruder F._____ (vgl. Fr. 246.40, Urk. 8/7/6), zu bezahlen hat. Dass die Beklagte diesen Betrag nicht substantiiert bestreiten liess (Urk. 48 passim) ändert daran nichts, nachdem die Untersuchungsmaxime auch zugunsten der unterhaltspflichtigen Beklagten gilt.

Bezüglich C._____ macht der Kläger neu Natelkosten über Fr. 45.– geltend (Urk. 43 S. 6). Auch hierzu werden keine Belege beigebracht und es wird auch nicht dargetan, weshalb C._____ nunmehr ein Natel braucht, insbesondere zumal eine solche Position auch betreffend den mündigen, sich in Erstausbildung befindenden Sohn F._____ nicht im klägerischen Bedarf angerechnet wurde. Andererseits wurden dem Kläger bereits von der Vorderrichterin für einen Haushalt mit mehreren Personen Fr. 150.– Telefonkosten angerechnet, während bei der Beklagten bloss Fr. 120.– veranschlagt wurden (Urk. 3 S. 12 f.). Die neu geltend gemachten Natelkosten können daher keine Berücksichtigung finden. Der Kläger ist diesbezüglich vielmehr auf seinen Freibetrag zu verweisen.

Hingegen erscheint glaubhaft, dass C._____ nunmehr einen ZVV-Netz-Pass für die Zone ... (E._____) benötigt, nachdem er die Privatschule L._____ (... [Adresse] [Urk. 45/2]) und nicht mehr das bloss fünf Minuten von zu Hause entfernte Schulhaus P._____ besucht (Prot. I S. 6). Auch der Betrag von Fr. 56.– monatlich

ist ausgewiesen (vgl. www.stadt-zuerich.ch/vbz/de/index.html: Ticket, Sortiment & Preise, ZVV-Netz-Pass, Monatsabo, persönlich, Jugendliche).

Unter dem Titel "Privatschule L. _____ seit 16.08.2011" führt der Kläger neu einen monatlichen Betrag von Fr. 1'321.05 auf. Die Beklagte sei informiert und damit einverstanden (Urk. 43 S. 6). Solchem hält die Beklagte entgegen, für die aufgeführte Privatschule habe sie nie ihr Einverständnis gegeben. Vielmehr habe sie aufgrund der finanziellen Situation für C. _____ ein landwirtschaftliches Lehrjahr vorgeschlagen. Über diesen Wunsch habe sich der Kläger wie immer hinweggesetzt und in eigener Verantwortung C. _____ in die Privatschule angemeldet (Urk. 48 S. 7). Bereits anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung vom 17. Dezember 2010 war Thema, was C. _____ nach der 3. Sekundarschule machen würde. Der Kläger äusserte bereits damals seinen Wunsch, dass C. _____ eventuell eine Privatschule besuchen werde. Sie seien Verschiedenes am abklären. C. _____ möchte eine Lehre machen, verwerfe den Plan aber jeweils wieder (Prot. I S. 6). Offenbar hat C. _____ sich nun für die Privatschule L. _____ entschieden, welche er seit Sommer 2011 denn auch besucht. Laut eingereicherter Rechnung vom 8. November 2011 wurden dem Kläger Fr. 1'321.– für die Mittelschulvorbereitung 2011-12 22.08.2011 - 17.02.2012 in Rechnung gestellt. Die (Gesamt-)Summe Zahlungsplan inklusive Mehrwertsteuer beläuft sich laut dieser Rechnung auf Fr. 5'284.05 (Urk. 45/2), mithin umgerechnet auf ein Jahr auf rund Fr. 440.– pro Monat. Mit Blick auf die im Kindeswohl liegende Erstausbildung und nachdem C. _____ die Privatschule L. _____ offenbar bereits seit August 2011 (im Sinne einer vollendeten Tatsache) besucht, sind diese Kosten dem Kläger anzurechnen, jedenfalls im Rahmen des vorliegenden Eheschutzverfahrens, worin in erster Linie den tatsächlichen Verhältnissen Rechnung zu tragen ist.

Die weiter geltend gemachten Fr. 240.– jährlich bzw. Fr. 20.– monatlich für (nicht eingeschlossene) Schulbücher blieben einerseits unbelegt (Urk. 43 S. 6; Urk. 45/1-3), andererseits kann dieser geringfügige Betrag als in dem, dem Kläger angerechneten Grundbetrag für C. _____ von Fr. 600.– eingeschlossen gelten oder aus dem Freibetrag finanziert werden (vgl. bereits Urk. 3 S. 13). Das Näml-

che gilt für die neu aufgeführten Hobby-Kosten von Fr. 109.– (Fr. 67.– ... und Fr. 42.– Klettern).

Hingegen ist nachvollziehbar, dass C._____ zusätzliche Kosten für die auswärtige Verpflegung anfallen. Die aufgeführten Kosten über Fr. 73.– im Monat (Urk. 43 S. 6) erscheinen diesbezüglich angemessen.

Zusammengefasst sind zum erstinstanzlich ermittelten klägerischen Bedarf von rund Fr. 7'790.– mithin Fr. 56.– ZVV-Netz-Pass Per, Fr. 440.– Kosten Privatschule L._____ sowie Fr. 73.– für auswärtige Verpflegung hinzuzurechnen, womit neu ein klägerischer Bedarf von gerundet Fr. 8'360.– resultiert.

d) Bedarf Beklagte

Die Vorderrichterin ging von einem beklagtischen Bedarf von rund Fr. 4'168.– aus (Urk. 3 S. 12-14).

Die Beklagte kritisiert, dass ihr vor Vorinstanz kein Betrag für zusätzliche Gesundheitskosten (Franchisen und Arztbesuche) in Anrechnung gebracht wurde. So habe sie regelmässige Arztkonsultationen (Gesprächstherapie) zu gewährleisten. Es sei von wöchentlichen Sitzungen auszugehen, wobei pro Sitzung zirka Fr. 100.– einzusetzen seien. Weil sie mit der Gesprächstherapie erst neu angefangen habe, lägen zur Zeit der Berufungsbegründung vom 28. Februar 2011 noch keine Belege vor (Urk. 2 S. 11). Demgegenüber hält der Kläger an der erstinstanzlichen Auffassung fest und bestreitet die im Mehrbetrag geltend gemachten Bedarfspositionen (Urk. 43 S. 7). Was die Gesundheitskosten anbelangt, ist grundsätzlich von den tatsächlich bezahlten Krankenkassenprämien auszugehen. Darüber hinaus sind Kosten für nicht gedeckte Gesundheitskosten wie Selbstbehalte und Franchisen sowie Zahnarztbehandlungen in der Bedarfsberechnung nur dann zu berücksichtigen, wenn sie gegenwärtig oder in naher Zukunft tatsächlich anfallen, so z.B. bei chronischen Erkrankungen. Nur im Rahmen der üblichen

Selbstmedikation sind die Kosten bereits im Grundbetrag inbegriffen (vgl. BGE 129 III 242). Die erste Instanz vertrat die Auffassung, die Ausführungen der Beklagten zum Vorliegen einer längeren Behandlungsdauer oder eines chronischen Leidens, welche die Berücksichtigung der entsprechenden Kosten rechtfertigten, seien vage und sehr generell geblieben und würden die Anforderungen an eine minimale Substantiierungspflicht nicht erfüllen, weshalb diese Aufwendungen in der Bedarfsberechnung der Beklagten nicht zu berücksichtigen seien (Urk. 3 S. 13). Vor Vorinstanz hatte die Beklagte noch einen monatlichen Betrag von Fr. 100.– für Franchisen (Fr. 400.– pro Jahr) und Arztbesuche geltend gemacht (Urk. 8/8 S. 8, 10). Belege wurden keine eingereicht. Laut nunmehr im Berufungsverfahren vorliegenden Fach-Arztzeugnissen vom 28. Juni 2011 und 5. Oktober 2011 steht die Beklagte auf Zuweisung ihrer Hausärztin seit dem 21. Februar 2011 in ambulanter Behandlung bei einer Fachärztin für Psychiatrie und Psychotherapie. Die Beklagte leide seit mehreren Monaten unter einem körperlich-seelischen Erschöpfungszustand. Sie leide seelisch stark unter der belastenden Scheidungssituation (Urk. 50/1, 2). Damit vermag die Beklagte hinreichend glaubhaft zu machen, dass sie in regelmässiger ärztlicher Behandlung steht, weshalb ihr jedenfalls die vor Vorinstanz verlangten Fr. 100.– pro Monat im Bedarf zu veranschlagen sind (für Franchise und maximalen jährlichen Selbstbehalt). Betreffend die neu geltend gemachten wöchentlichen Gesprächstherapien à Fr. 100.– liegen hingegen keinerlei Belege im Recht und es werden auch keine Ausführungen dazu gemacht, weshalb die Beklagte diese Beträge gänzlich selbst sollte bezahlen müssen, geschweige denn zur Höhe ihrer aktuellen Franchise. Die Untersuchungsmaxime befreit die (insbesondere anwaltlich vertretenen) Parteien indes nicht von ihrer Substantiierungsobliegenheit. Gesundheitskosten in der Höhe von Fr. 400.– pro Monat können daher nicht veranschlagt werden.

Sodann bemängelt die Beklagte die von der Erstrichterin einberechneten Steuern von geschätzt Fr. 400.–. Dies sei etwas gar tief. Erfahrungsgemäss liege der monatliche Betrag für die laufenden Steuern eher bei Fr. 600.–, vor allem wenn von einem Einzelhaushalt ohne Betreuungsabzüge ausgegangen werden müsse (Urk. 2 S. 11). Der Kläger hält an der erstinstanzlichen Berechnung fest

(Urk. 43 S. 7). Im summarischen Eheschutzverfahren sind die Steuern lediglich pflichtgemäss zu schätzen. Eine exakte Berechnung der zu bezahlenden Steuern scheidet bereits daran, dass diese von den festzulegenden Unterhaltsbeiträgen abhängen. Mit Blick auf das 80 % Pensum der Beklagten und die mutmasslichen Unterhaltsbeiträge erweisen sich die angerechneten Fr. 400.– für laufende Steuern - trotz dem Getrenntentarif - als angemessen.

Unter dem Titel "Weiterbildung" machte die Beklagte vor Vorinstanz einen Betrag von Fr. 145.– im Monat (total Ausbildungskosten von Fr. 2'620.– für 18 Monate) geltend (Urk. 8/8 S. 8, 12), ebenso im Berufungsverfahren (Urk. 2 S. 12). Der Kläger bestreitet solches pauschal (Urk. 43 S. 7) bzw. hält dafür, die medizinisch indizierte Umschulung sei nicht auf seine Kosten, sondern auf jene der Sozialversicherungen zu finanzieren (Urk. 53 S. 3). Die erste Instanz äusserte sich dazu nicht (Urk. 3 S. 13). Weil die von der Beklagten begonnene Ausbildung nebst einer 80 % Beschäftigung nicht denkbar ist, sind ihr auch keine diesbezüglichen Kosten in Anrechnung zu bringen. Daran ändert nichts, dass sie im Jahr 2010 offenbar tatsächlich insgesamt Fr. 1'408.– an die Q._____ AG überwiesen hat (Urk. 6/9) und ein Darlehen bei ihrer Schwester aufnehmen musste (Urk. 50/7).

In Anbetracht des Umstands, dass die Beklagte in der Lage sein sollte, ihre beiden Kinder C._____ und F._____ bei sich auch für Übernachtungen unter zu bringen, ging die erste Instanz von einem angemessenen (hypothetischen) Mietzins für eine 3-Zimmerwohnung mit einem Mietzins von Fr. 1'800.– aus (Urk. 3 S. 12). Der Kläger will demgegenüber lediglich die aktuellen Wohnkosten von Fr. 1'200.– für die von der Beklagten per November 2011 gemietete 2 ½-Zimmerwohnung in Anrechnung bringen (Urk. 48 S. 4; Urk. 43 S. 6 f.; Urk. 48 S. 4). Aus dem im Eheschutzverfahren geltenden Gleichbehandlungsgrundsatz folgt, dass einer Partei, die sich bezüglich des Wohnkomforts einschränkt, hypothetisch derjenige (höhere) Betrag anzurechnen ist, der den angemessenen Mietkosten entspricht. So hat eine Partei Anspruch darauf, den durch den eingeschränkten Komfort ersparten Betrag anderweitig zu verwenden (ZR 87 Nr. 114; Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 1997, S. 79, Rz 02.34); dies

gilt ohne weiteres auch rückwirkend. Die Beklagte hat demnach, mit Blick auf den Besuch der Kinder sowie den ehelichen Standard insbesondere im Vergleich zum Kläger, wie die Vorinstanz richtig feststellte, mindestens Anspruch auf eine 3-Zimmerwohnung zum (üblichen) Mietpreis von Fr. 1'800.–. Daran ändert nichts, dass sie nun - im Rahmen einer schnellen Notlösung (vgl. Urk. 48 S. 1 f., 4 ; Urk. 50/2) - eine 2 ½-Zimmerwohnung in der gleichen Genossenschaft, wo sich auch die nach wie vor vom Kläger und den Kindern bewohnte eheliche Wohnung befindet, angemietet hat.

Für auswärtige Mahlzeiten veranschlagte die Erstrichterin der Beklagten Fr. 100.– bei einer Erwerbstätigkeit von zirka 50 % (Urk. 3 S. 13; Urk. 8/8 S. 8, 10). Solches blieb unbestritten (Urk. 2 S. 11; Urk. 43 S. 7). Ausgehend von einem 80 % Pensum rechtfertigen sich unter diesem Titel hingegen weitere Fr. 100.– (vgl. ZR 84 Nr. 68).

Zusammengefasst ist der von der ersten Instanz ermittelte beklagtische Bedarf von rund Fr. 4'168.– mithin um Fr. 100.– Gesundheitskosten und Fr. 100.– erhöhte Verpflegungskosten auf Fr. 4'368.– zu erhöhen.

e) Unterhaltsberechnung

Dem Gesamteinkommen von Fr. 15'030.– (Fr. 11'126.– Einkommen Kläger + Fr. 3'904.– Einkommen Beklagte) steht ein Gesamtbedarf von Fr. 12'728.– (Fr. 8'360.– Bedarf Kläger mit C. _____ und F. _____ + Fr. 4'368.– Bedarf Beklagte) gegenüber, so dass ein Überschuss von Fr. 2'302.– resultiert. Die Vorinstanz teilte dem Kläger, welcher mit C. _____ und F. _____ zusammen lebt und beiden gegenüber unterhaltspflichtig ist, den Freibetrag im Umfang von 60 % und der allein lebenden Beklagten zu 40 % zu (Urk. 3 S. 14). Dies entspricht der Praxis und ist - entgegen der beklagtischen Meinung (vgl. Urk. 2 S. 11) - auch vorliegend zu übernehmen. Somit sind aus dem Freibetrag Fr. 1'381.– dem Kläger mit den beiden Söhnen und Fr. 921.– der Beklagten zuzuweisen. Die Beklagte hat daher grundsätzlich Anspruch auf verfügbare Mittel in der Höhe von Fr. 5'289.– (Fr. 4'368.– Bedarf + Fr. 921.– Anteil Freibetrag), wovon sie Fr. 3'904.– selbst verdienen kann. Die ihr persönlich geschuldeten Unterhaltsbeiträge wären daher

auf Fr. 1'385.– bzw. gerundet Fr. 1'400.– festzusetzen. Da der Kläger jedoch, wie bereits erwähnt, selbst keine Berufung erhoben hat und auf die diesbezügliche Berufung der Beklagten mangels Bezifferung nicht einzutreten ist, bleibt es bei den erstinstanzlichen Unterhaltsbeiträgen von monatlich Fr. 1'500.–.

Umgekehrt hat die Beklagte dem Kläger indessen - entgegen der erstinstanzlichen Auffassung (Urk. 3 S. 14) - keine Kinderunterhaltsbeiträge zu bezahlen. Die Kosten der Kinder sind bereits im Bedarf des Klägers (Grundbetrag, Krankenkasse, Anteil Wohnkosten etc.) enthalten, weshalb er nicht zusätzlich zur Berücksichtigung der Kosten in seinem Bedarf noch Unterhaltsbeiträge für die Kinder geltend machen kann, ansonsten das finanzielle Gleichgewicht der Familie gestört wäre. Grundsätzlich ist zwar der nicht obhutsberechtigte Elternteil zur Bezahlung von Kinderunterhaltsbeiträgen an den obhuts-inhabenden Elternteil verpflichtet, allerdings nur nach Massgabe der Leistungsfähigkeit beider Parteien. Verdient der obhutsberechtigte Elternteil, wie vorliegend, ein Vielfaches mehr als der nicht obhutsberechtigte, sind entsprechend keine Kinderunterhaltsbeiträge zuzusprechen.

E. Prozesskostenvorschuss/Armenrecht

1. Die Vorderrichterin wies den Antrag der Beklagten, wonach der Kläger zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 7'000.– zu verpflichten sei, (Urk. 8/8 S. 1) sowie ihr Armenrechtsgesuch mangels Mittellosigkeit der Beklagten ab (Urk. 3 S. 15-18). Dies wurde seitens der anwaltlich vertretenen Beklagten nicht explizit angefochten (vgl. Urk. 54/2 S. 2, 13), weshalb sich Weiterungen erübrigen.

2. Für das zweitinstanzliche Verfahren sind die Gesuche abzuweisen (Urk. 2 S. 2), weil die Beklagte nicht bedürftig ist.

- a) Für die Beurteilung der Bedürftigkeit sind die finanziellen Verhältnisse im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs massgebend (BGE 120 Ia 179 E. 3a S. 181). Die Beklagte stellte ihr Armenrechtsgesuch am 28. Februar 2011 (Urk. 2). Damals war sie unbestritten im Umfang ei-

nes 80%-Pensums arbeitstätig und erzielte ein Einkommen von Fr. 3'904.00; zudem lebte sie damals und bis am 31. Oktober 2011 im ehelichen Haushalt. Es wird weder behauptet noch ist es ersichtlich, dass die Beklagte bei den Einkommens- und Bedarfsverhältnissen am Stichtag (28. Februar 2011) prozessarm gewesen sein soll.

- b) Selbst wenn man für die Prüfung der Bedürftigkeit auf die aktuellen Verhältnisse abstellen würde, wäre keine Bedürftigkeit der Beklagten ersichtlich, da sie bei einem erweiterten Bedarf von Fr. 4'368.00 und verfügbaren Mitteln aus Einkommen und Unterhaltszahlungen von Fr. 5'404.00 über freie Mittel von Fr. 1'036.00 verfügen würde, die ihr die Finanzierung des Verfahrens ohne weiteres erlauben würden.
- c) Selbst wenn man vom behaupteten aktuellen Einkommen ausgehen würde, obwohl die Beklagte absichtlich und auf Kosten der Familie ihr Einkommen auf Fr. 2'206.00 vermindert haben will, könnte nicht von Prozessarmut ausgegangen werden. Selbst unter dieser Annahme stünden den verfügbaren Mitteln aus Einkommen unter Unterhaltsbeitrag von ca. Fr. 3'700.00 ein Bedarf von Fr. 4'368.00 gegenüber, wobei diesfalls nur die effektiven Mietkosten (Fr. 1'200.00 anstatt Fr. 1'800.00) und keine Mehrkosten für auswärtige Verpflegung (minus Fr. 100.00) anzurechnen wäre, weshalb sich der effektive Bedarf auf Fr. 3'668.00 reduzieren würde. Da die Beklagte bei ihrer Verwandtschaft offenbar kreditwürdig ist (Urk. 50/7 und 50/8) und da die Beklagte ihr Beschäftigungspensum absichtlich und zum Nachteil der Familie während dem hängigen Verfahren einschränkte und das Pensum jederzeit wieder mühelos ausdehnen könnte, kann sie selbst unter diesen nicht massgebenden Annahmen (vgl. oben lit. a) nicht als prozessarm gelten.
- d) Da die Beklagte unter keinen Titeln bedürftig ist, ist sowohl ihr Gesuch um Prozesskostenvorschuss als auch ihr Armenrechtsgesuch für das Berufungsverfahren abzuweisen.

F. Erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung

1. Die Erstrichterin setzte die Gerichtsgebühr auf Fr. 3'000.– fest. Dabei ging sie von einem Streitwert betreffend die Kinder- und Ehegattenunterhaltsbeiträge von insgesamt Fr. 90'000.– aus. Die daraus resultierende Gerichtsgebühr von Fr. 8'350.– wurde aufgrund der summarischen Natur des Verfahrens und des Verfahrensaufwandes und weil im Zusammenhang mit Unterhaltsbeiträgen keine überrissenen Gebühren auferlegt werden sollten, angemessen reduziert (Urk. 3 S. 19).

2. Die Beklagte rügt im Rahmen der Begründung ihrer Berufung, allerdings ohne diesbezüglich einen konkreten Antrag zu stellen (vgl. Urk. 2 S. 2), die erste Instanz habe die Streitsumme zu grosszügig bemessen, indem sie die angeordneten Kinderunterhaltsbeiträge für sechs respektive vier Jahre zugrunde gelegt habe, obschon die Trennungsregelung wohl kaum länger als maximal zwei Jahre Bestand haben werde. Die Streitsumme und somit die Verfahrenskosten der Vorinstanz seien angemessen zu reduzieren (Urk. 2 S. 13).

3. Zumindest sinngemäss wird damit zwar die vorinstanzliche Gerichtsgebühr angefochten, allerdings gebriecht es auch hier an der notwendigen Bezifferung der (verlangten) Gerichtsgebühr (Urk. 2 S. 13). Hingegen kann offen bleiben, ob dies zu einem Nichteintreten führt. Denn selbst wenn auf den Antrag einzutreten wäre, dann wäre er, wie darzutun sein wird, abzuweisen.

Ein (originäres) Eheschutzverfahren, wie das vorliegende, ist praxisgemäss eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit. Die Grundgebühr beträgt daher in der Regel Fr. 300.– bis Fr. 13'000.– (§ 5 Abs. 1 GerGebV). In Eheschutzsachen kann die Gebühr bis zur Hälfte der ordentlichen Gebühr ermässigt werden (§ 6 Abs. 1 und 2 lit. b GerGebV). Vorliegend handelt es sich von der Sache her um einen durchschnittlichen Fall. Die von der Vorinstanz festgelegte Gerichtsgebühr von Fr. 3'000.– erscheint daher angemessen, wobei sie sich eher am unteren Rand bewegt.

4. Die Vorderrichterin auferlegte die Kosten dem Kläger zu einem Viertel und der Beklagten zu drei Vierteln (Urk. 3 S. 19, Dispositivziffer 10). Zu den Berufungsanträgen gehören auch entsprechende Anträge im Kostenpunkt betreffend die Neuverlegung der Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens. Von Amtes wegen dürfen diese Kosten selbst bei Gutheissung der Berufung infolge der in Art. 315 Abs. 1 ZPO enthaltenen Regel über die Teilrechtskraft nicht neu verlegt werden (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 311 N 35 und Art. 315 N 17). Daran ändert auch Art. 318 Abs. 3 ZPO nichts, weil diese Bestimmung lediglich der Klarstellung dient, dass die Berufungsinstanz bei einer neuen Entscheidung im Sinne von Art. 318 Abs. 1 Bst. b ZPO, vorausgesetzt, auch der erstinstanzliche Kostenpunkt ist angefochten worden und daher noch nicht in Teilrechtskraft erwachsen, nicht nur die Kosten des Berufungsverfahrens, sondern auch die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens neu festsetzen und/oder verlegen darf, und zwar entsprechend dem Ausgang des Berufungsverfahrens, welches insofern auf das erstinstanzliche Verfahren durchschlägt (vgl. Reetz/Hilber, in: Sutter/Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 315 N 17).

Die Beklagte verlangt unter Ziffer 7 ihres Rechtsbegehrens lediglich "unter o/e Kostenfolge" (Urk. 2 S. 2). Damit sind wohl nach alter baslerstädtischer Prozessordnung die ordentlichen ("ordinaria") und ausserordentlichen ("extraordinaria") Prozesskosten gemeint. Die neue ZPO kennt keine solche Unterscheidung mehr (Art. 106 Abs. 1 ZPO und Art. 95 ZPO). Eine Neuverlegung der erstinstanzlichen Prozesskosten wird damit jedenfalls nicht verlangt. Aus der Begründung geht denn auch nicht hervor, inwiefern die Kosten neu verlegt werden sollen. Es bleibt daher unabhängig vom vorliegenden Verfahrensausgang bei der erstinstanzlichen Kostenverlegung. Das Nämliche gilt im Übrigen betreffend die Regelung der Vorinstanz, wonach weder Umtriebs- noch Prozessentschädigung zugesprochen wurden (Urk. 3 S. 19, Dispositivziffer 11).

IV.

Die Verfahrenskosten werden von Amtes wegen festgesetzt und verteilt (Art. 105 Abs. 1 ZPO).

Im Berufungs- und Beschwerdeverfahren wird die Gebühr grundsätzlich nach den für die Vorinstanz geltenden Bestimmungen bemessen. Mit Blick auf den von der Sache her zwar eher einfachen Fall, der im Zusammenhang mit dem Beweisverfahren betreffend die Rechtzeitigkeit der erhobenen Rechtsmittel allerdings einen gewissen Mehraufwand verursachte, rechtfertigt sich für das zweitinstanzliche, vereinigte Verfahren eine Gerichtsgebühr von Fr. 3'000.– (§ 12 Abs. 1 GerGebV i.V.m. § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und 2 lit. b GerGebV).

Die Kosten werden in der Regel nach dem Ausmass des Unterliegens auferlegt (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Sie können aber auch nach Ermessen auferlegt werden, namentlich wenn eine Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst war und in familienrechtlichen Verfahren (Art. 107 Abs. 1 lit. b und c ZPO). Praxisgemäss sind den Parteien in diesem Licht auch unter der neuen eidgenössischen Zivilprozessordnung die Kosten der Kinderbelange je hälftig aufzuerlegen, zumal der Beklagten gute Gründe für ihre Anträge insbesondere betreffend die Obhutszuteilung zuzubilligen sind. Was die Unterhaltsbeiträge anbelangt obsiegt die Beklagte betreffend ihren Antrag auf Aufhebung der Kinderunterhaltsbeiträge. Hingegen unterliegt sie insoweit auf ihre Berufung betreffend die ihr persönlich geschuldeten Unterhaltsbeiträge nicht eingetreten wird. Der übrige Aufwand, insbesondere im Zusammenhang mit Prozesskostenvorschuss und Armenrecht, fällt sodann nicht massgeblich ins Gewicht.

Insgesamt rechtfertigt es sich, die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens dem Kläger zu einem Drittel und der Beklagten zu zwei Dritteln aufzuerlegen. Entsprechend ist die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger eine auf einen Drittel reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 1'500.– zu bezahlen (vgl. § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 3, § 11 Abs. 1, 2 und 3 AnwGebV und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Dazu

ist, wie beantragt (vgl. Urk. 43 S. 2), ein Mehrwertsteuerzuschlag von 8 % mithin Fr. 120.– zu machen.

Es wird beschlossen:

1. Das Beschwerdeverfahren Geschäfts-Nr. RE110005 wird mit dem vorliegenden Berufungsverfahren Geschäfts-Nr. LE110015 vereinigt und unter dieser Nummer weitergeführt.
2. Das Beschwerdeverfahren Geschäfts-Nr. RE110005 wird als dadurch erledigt abgeschrieben.
3. Das Wiedererwägungsgesuch des Klägers betreffend die Frage der Rechtzeitigkeit der Berufung wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
4. Das Gesuch der Beklagten um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
5. Der Antrag der Beklagten auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
6. Schriftliche Mitteilung gemäss nachfolgendem Erkenntnis.
7. 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 (betreffend Vereinigung und Wiedererwägungsgesuch) bzw. ein Zwischenentscheid (betreffend Abweisung unentgeltliche Rechtspflege) im Sinne von Art 90 ff. BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

und sodann erkannt:

1. Das Kind C._____, geboren tt.mm.1996, wird unter die Obhut des Klägers gestellt.
2. Es wird auf die Festlegung eines Besuchs- und Ferienbesuchsrechts verzichtet.
3. Die eheliche Wohnung an der D._____-Strasse ..., E._____, wird samt Hausrat und Mobiliar dem Kläger sowie den Kindern C._____ und F._____ für die Zeit des Getrenntlebens zur Benützung zugewiesen.
Es wird vorgemerkt, dass die Beklagte die Wohnung per 1. November 2011 verlassen hat.
4. Dem Kläger werden keine Kinderunterhaltsbeiträge zugesprochen.
5. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für die Dauer des Getrenntlebens monatliche Ehegattenunterhaltsbeiträge von Fr. 1'500.– zu bezahlen, mit Wirkung ab 1. November 2011.
6. Die erstinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
7. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden dem Kläger zu einem Viertel und der Beklagten zu drei Vierteln auferlegt.
8. Es werden für das erstinstanzliche Verfahren weder Umtriebs- noch Prozessentschädigung zugesprochen.
9. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
10. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger zu einem Drittel und der Beklagten zu zwei Dritteln auferlegt.

11. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das zweitinstanzliche Verfahren eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 1'620.– zu bezahlen.
12. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Einzelrichterin der 4. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

13. 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 nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 23. März 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. M. Reuss Valentini

versandt am:
se