

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE110022-O/U

damit vereinigt: Geschäfts-Nr. LE110023

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, und Dr. G. Pfister
und Oberrichterin Dr. D. Scherrer sowie Gerichtsschreiberin
lic. iur. S. Subotic

Beschluss und Urteil vom 17. November 2011

in Sachen

A. _____,

Kläger, Erstberufungskläger und Zweitberufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Beklagte, Erstberufungsbeklagte und Zweitberufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____,

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

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 16. März 2011
(EE100448)**

Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 16. März 2011 (Urk. 28):

Die Einzelrichterin verfügt:

1. Das Gesuch der Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertreterin wird abgewiesen.
2. (Rechtsmittel)

Sodann verfügt die Einzelrichterin:

1. Die Parteien werden gestützt auf Art. 175 ZGB zur Aufhebung des gemeinsamen Haushalts berechtigt erklärt. Es wird vorgemerkt, dass die Parteien seit dem 1. November 2010 getrennt leben.
2. Das Kind C._____, geboren am tt.mm.2007, wird für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut des Klägers gestellt.
3. Die Beklagte ist berechtigt das Kind C._____
 - jedes zweite Wochenende von Freitagabend bis Montagmorgen
 - jeden Montagabend bis Mittwochmorgen
 - am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr (26. Dezember und 2. Januar) sowie in ungeraden Jahren von Pfingstsamstag bis und mit Pfingstmontag sowie in geraden Jahren von Ostersonntag bis und mit Ostermontag,
 - während 4 Wochen pro Jahr während der Schulferien auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.

Die Beklagte hat die Ausübung des Ferienbesuchsrechts mindestens drei Monate im Voraus anzumelden bzw. mit dem Kläger abzusprechen.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das Kind C._____ einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 900.– zuzüglich allfälliger Kinder- und Familienzulagen zu bezahlen, zahlbar im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.

5. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger persönlich einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 620.– zuzüglich allfälliger Familienzulagen zu bezahlen, zahlbar im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.
6. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger 30 Tage nach Auszahlung eines Bonus die Hälfte des Bonus zu überweisen und dem Kläger jeweils bis am 30. Januar eines jeden Jahres unaufgefordert ihren Lohnausweis des vorangehenden Jahres vorzulegen.
7. Zwischen den Parteien wird per 2. Dezember 2010 die Gütertrennung angeordnet.
8. Der Kläger wird für die Dauer des Getrenntlebens zur alleinigen Benützung des gemeinsamen Fahrzeuges berechtigt erklärt.
9. Vom Rückzug des klägerischen Massnahmebegehrens wird Vormerk genommen.
10. Der klägerische Antrag auf Zuteilung der ehelichen Wohnung wird als gegenstandslos abgeschrieben.
11. Der klägerische Antrag auf Dokumentation der beklagischen Vermögensverhältnisse sowie das klägerische Editionsbegehren werden abgewiesen.
12. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger einen Prozesskostenbeitrag in der Höhe von Fr. 4'000.– zu bezahlen.
13. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 5'000.– (Pauschalgebühr). Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
14. Die Kosten werden zu zwei Fünfteln dem Kläger und zu drei Fünfteln der Beklagten auferlegt.
15. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 1'000.– zuzüglich Mehrwertsteuer (bis 1. Januar 2011 von 7,6 %, ab 1. Januar 2011 von 8 %) zu bezahlen.
16. (Mitteilung)
17. (Rechtsmittel)

Berufungsanträge zur Erstberufung (LE110022):

Des Klägers, Erstberufungsklägers und Zweitberufungsbeklagten (Urk. 27 S. 2 f.):

- " 1. Die Ziffern 5., 12., 14. und 15. der angefochtenen Verfügung vom 16. März 2011 seien aufzuheben;
2. die Beklagte und Appellatin sei zu verpflichten, dem Kläger und Appellanten einen Unterhaltsbeitrag von CHF 1'397.– zuzüglich allfälliger Familienzulagen zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats;
3. die Beklagte und Appellatin sei zu verpflichten, dem Kläger und Appellanten für das vorinstanzliche Verfahren einen Prozesskostenbeitrag von nicht unter CHF 10'000.– zu bezahlen;
4. die Gerichtskosten des vorinstanzlichen Verfahrens seien anders zu verlegen; dem Kläger und Appellanten sei höchstens ein Viertel der Gerichtskosten aufzuerlegen;
5. eventualiter sei dem Kläger und Appellanten für das vorinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und es sei ihm in der Person des Unterzeichners eine unentgeltliche Prozessvertretung beizugeben;
6. es sei dem Kläger und Appellanten für das vorinstanzliche Verfahren eine Prozessentschädigung von nicht weniger als CHF 1'875.– zuzusprechen.

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten und Appellatin."

Prozessuale Anträge:

- " 1. Der vorliegenden Berufung sowie einer allfälligen Berufung der Beklagten und Appellatin sei die aufschiebende Wirkung zu entziehen;
2. eventualiter sei die Beklagte und Appellatin im Sinne vorsorglicher Massnahmen rückwirkend per 1. November 2010 und für die Dauer des Verfahrens zu verpflichten, dem Kläger und Appellanten einen Unterhaltsbeitrag für sich persönlich und den gemeinsamen Sohn C. _____ in der Höhe von CHF 1'520.– zuzüglich allfälliger Kinder- und Familienzulagen zu bezahlen."

Gesuch:

- " Dem Kläger und Appellanten sei für das vorliegende Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und es sei ihm in der Person des Unterzeichners eine unentgeltliche Prozessvertretung beizugeben."

Der Beklagten, Erstberufungsbeklagten und Zweitberufungsklägerin (Urk. 30 sinngemäss):

- " 1. Die Berufung des Klägers, Erstberufungsklägers und Zweitberufungsbeklagten (fortan Kläger) sei vollumfänglich abzuweisen, sofern nicht von der Beklagten, Erstberufungsbeklagten und Zweitberufungsklägerin (fortan Beklagte) anerkannt.
2. Die Beklagte anerkennt einen maximalen Unterhalt an den Kläger von Fr. 400.– ab September 2011 unter Anrechnung der aufgrund der Bewilligung der vorzeitigen Vollstreckbarkeit bereits geleisteten Unterhaltszahlungen.
3. Im Falle der Gutheissung des klägerischen Eventualantrags Ziffer 5 sei auch der Beklagten die unentgeltliche Rechtspflege für das vorinstanzliche Verfahren zu bewilligen."

Berufungsanträge zur Zweitberufung (LE110023):

Der Beklagten, Erstberufungsbeklagten und Zweitberufungsklägerin (Urk. 47/27 S. 2 f.):

- " 1. Es sei Dispositiv Ziffer 5 der angefochtenen Verfügung wie folgt zu ergänzen:

Es wird festgestellt, dass die Beklagte bis und mit August 2011 keine Unterhaltsbeiträge an den Kläger zu bezahlen hat.

Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger ab September 2011 persönlich einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 400.00 zuzüglich allfälliger Familienzulagen zu bezahlen, zahlbar im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats. Der Unterhaltsbeitrag ist ab Rechtskraft des Entscheides zu bezahlen.

Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten jeweils bis am 30. Januar eines jeden Jahres unaufgefordert seinen Lohnausweis des vorangehenden Jahres vorzulegen. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten bei Auszahlung eines jährlichen Nettoeinkommens von mehr als Fr. 37'044.00 die Hälfte des Differenzbetrages an die Beklagte zu überweisen und die Überweisung bis am 30. Januar vorzunehmen.
2. Es sei Dispositiv Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung wie folgt zu ergänzen:

Die Beklagte ist berechtigt, das Kind C._____ ab April 2011
 - jedes zweite Wochenende von Freitagabend bis Montagmorgen
 - jede zweite Woche, jeweils nach dem Wochenendbesuchsrecht, von Montagmorgen bis Mittwochmorgen
 - jeden Montagmittag bis Mittwochmorgen
 - in geraden Jahren an den Neujahrsfeiertagen, von Pfingstsamstag bis und mit Pfingstmontag sowie in den ungeraden Jahren an den Weihnachtsfeiertagen und von Ostersonntag bis und mit Ostermontag
 - während 4 Wochen pro Jahr während der Schulferienauf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten des Klägers und Berufungsbeklagten."

Der Beklagten, Erstberufungsbeklagten und Zweitberufungsklägerin (Urk. 47/33 S. 1):

" Es sei der Beklagten und Berufungsklägerin für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen, und es sei ihr in der Person der Unterzeichnenden eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen."

Der Beklagten, Erstberufungsbeklagten und Zweitberufungsklägerin (Urk. 47/36 S. 6):

" Es sei Dispositiv Ziffer 5 der angefochtenen Verfügung wie folgt zu ergänzen:

Es wird festgestellt, dass die Beklagte dem Kläger persönlich keinen Unterhalt schuldet.

Der Kläger sei zu verpflichten, der Beklagten bis am 30. Januar eines jeden Jahres unaufgefordert seinen Lohnausweis des vorangehenden Jahres, woraus ersichtlich ist, welcher Betrag als Entschädigung von Mehrarbeit geleistet wurde, vorzulegen. Sodann sei er zu verpflichten, der Beklagten die Hälfte dieses Betrages bis am 30. Januar zu überweisen.

Eventualiter, je nach dem noch tatsächlich oder zumindest hypothetisch festzustellenden Gesamteinkommens des Klägers, sei zudem Dispositiv Ziffer 4 der angefochtenen Verfügung bzw. der darin festgestellte Unterhalt für das Kind angemessen zu reduzieren."

Des Klägers, Erstberufungsklägeris und Zweitberufungsbeklagten (Urk. 31/13 S. 2):

" Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen;
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten und Appellantin."

Prozessuales Gesuch:

" Dem Kläger und Appellaten sei für das vorliegende Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und es sei ihm in der Person des Unterzeichners eine unentgeltliche Prozessvertretung beizugeben."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien standen seit dem 26. Oktober 2010 vor Erstinstanz in einem Eheschutzverfahren (vgl. Urk. 1 S. 1). Mit Zweitverfügung vom 16. März 2011 re-

gelte die Vorinstanz das Getrenntleben der Parteien (Urk. 28 S. 25 ff.). Ausserdem wies sie mit Erstverfügung vom gleichen Tag das Gesuch der Beklagten, Erstberufungsbeklagten und Zweitberufungsklägerin (fortan Beklagte) um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertreterin ab (Urk. 28 S. 25).

2.1. Mit fristgerechter Eingabe vom 4. April 2011 (vgl. Vi-Urk. 5) erhob der Kläger, Erstberufungskläger und Zweitberufungsbeklagte (fortan Kläger) rechtzeitig (vgl. Vi-Urk. 5) Berufung (Erstberufung) gegen die Zweitverfügung der Vorinstanz vom 16. März 2011 (Urk. 27 S. 2 ff.).

2.2. Gleichentags erhob auch die Beklagte - ebenfalls rechtzeitig (vgl. Vi-Urk. 5) - eine (eigene) Berufung (Zweitberufung), welche unter der Prozess-Nummer LE110023 angelegt wurde.

3.1. Mit Präsidialverfügung vom 19. April 2011 wurde über das klägerische Gesuch um vorzeitige Vollstreckbarkeit entschieden. Hierbei wurde auf den Antrag des Klägers um Bewilligung der vorzeitigen Vollstreckbarkeit in Bezug auf Dispositivziffer 2 der vorinstanzlichen Zweitverfügung vom 16. März 2011 nicht eingetreten, während in Bezug auf die Dispositivziffer 5 der genannten Verfügung die vorzeitige Vollstreckbarkeit im Rahmen von Fr. 203.- pro Monat ab sofort bis Ende August 2011 und im Rahmen von Fr. 400.- pro Monat ab 1. September 2011 bewilligt wurde.

3.2. Mit Eingabe vom 4. August 2011 (Urk. 31) ersuchte der Kläger um Abänderung der obgenannten Präsidialverfügung. Dieser Antrag wurde mit Präsidialverfügung vom 19. September 2011 (Urk. 39) abgewiesen.

4.1. Am 19. April 2011 wurde der Beklagten Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten des (Zweit-)Berufungsverfahrens einen Vorschuss zu leisten (Urk. 47/32).

4.2. Nachdem die Beklagte daraufhin mit Eingabe vom 21. April 2011 (Urk. 47/33) um unentgeltliche Rechtspflege ersucht hatte, wurde ihr besagte Frist mit Präsidialverfügung vom 1. Juni 2011 einstweilen abgenommen (Urk. 47/34).

5.1. Die Beklagte beantwortete die klägerische (Erst-)Berufung am 27. April 2011 (Urk. 30).

5.2. Die (Zweit-)Berufungsantwort des Klägers datiert vom 10. Juni 2011 (Urk. 31/13).

6.1. Im Verlaufe des Berufungsverfahrens gingen zahlreiche weitere Eingaben beider Parteien ein (Urk. 36; Urk. 40; Urk. 44; Urk. 47/38; Urk. 47/44).

6.2. Der Sachverhalt ist aufgrund der Eingaben der Parteien klar, der Prozess erweist sich als spruchreif. Auf die Einholung von weiteren Beweisen zu entscheiderelevanten Tatsachen ist somit zu verzichten.

II.

1. Da sich im vorliegenden Verfahren wie auch im Berufungsverfahren LE110023 dieselben Parteien in derselben Rechtssache gegenüberstehen und sich die Themen beider Verfahren grösstenteils überschneiden, ist das Berufungsverfahren LE110023 mit dem vorliegenden Verfahren zu vereinigen, unter der Prozessnummer LE110022 weiterzuführen und als dadurch erledigt abzuschreiben.

2. Vorab ist festzustellen, dass die Dispositiv-Ziffern 1, 2, 4, 6-11 und 13, der (Zweit-)Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 16. März 2011 nicht angefochten und somit rechtskräftig sind.

III.

A. Prozessuales

1. Per 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO; SR 272) in Kraft getreten. Gemäss Art. 405 Abs. 1 ZPO gilt für die Rechtsmittel

dasjenige Recht, welches bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist. Der vorinstanzliche Entscheid datiert vom 16. März 2011 und wurde den Parteien am 23. März 2011 (Vi-Urk. 5) schriftlich eröffnet. Demnach ist vorliegend die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) anwendbar.

2. 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.).

3. Art. 296 Abs. 3 ZPO erklärt in Kinderbelangen den Oficialgrundsatz 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).

B. Besuchsrecht

1. Die Vorinstanz übertrug die Obhut für C._____, den gemeinsamen Sohn der Parteien, für die Dauer des Getrenntlebens dem Kläger und räumte der Beklagten ein ausgedehntes Besuchsrecht gemäss oben wiedergegebenem Dispositiv (Ziffer 3) ein (Urk. 28).

2. Die Beklagte beantragt in ihrer (Zweit-)Berufung die weitere Ausdehnung dieses Besuchsrechts, da sie C._____ zufolge der Reduktion ihres Arbeitspensums auf 80% ab April 2011 jeweils am Montag- und Dienstagnachmittag persönlich betreuen könne. Sie sei daher berechtigt zu erklären, C._____ jedes zweite Wochenende von Freitagabend bis Montagmorgen, jede zweite Woche, jeweils nach dem Wochenendbesuchsrecht, von Montagmorgen bis Mittwochmorgen sowie jeden Montagmittag bis Mittwochmorgen zu sich oder mit sich zu nehmen. Hinsichtlich der Feiertage wurden vor Vorinstanz keine Anträge gestellt, weshalb diese die gerichtsübliche Regelung traf. Im vorliegenden Verfahren verlangt die Beklagte nun aber die Neuregelung der Weihnachts- und Neujahrsfeiertage, da ihre ganze Familie in D._____ (Stadt ausserhalb der Schweiz) lebe und sie die Feiertage mit C._____ dort verbringen wolle. Sie beantragt, C._____ in den ungeraden Jahren an den Weihnachtsfeiertagen und an den geraden Jahren an den Neujahrsfeiertagen zu sich oder mit sich in die Ferien nehmen zu können (Urk. 47/27 S. 2 ff.).

3. Zwar beantragt der Kläger grundsätzlich die vollumfängliche Abweisung der (Zweit-)Berufung der Beklagten, jedoch opponiert er in seiner Begründung nur gegen die von der Beklagten geforderte Feiertagsregelung, weshalb davon ausgegangen werden darf, dass er mit den übrigen, von der Beklagten beantragten Änderungen des Besuchsrechts grundsätzlich einverstanden ist bzw. keine substantiierten Einwendungen geltend machen kann. Bezüglich der Feiertagsregelung macht der Kläger geltend, die Beklagte habe bisher nie solche Wünsche geäussert, weshalb die Begründung zweifelhaft scheine. Weiter versichert er, dass er gerne bereit sei, der Beklagten entgegenzukommen, wenn tatsächlich einmal eine Reise nach D._____ geplant sein sollte. Die Regel solle aber sein, dass C._____ insbesondere über Weihnachten beide Elternteile sehen könne. Etwas anderes würde C._____ - so der Kläger weiter - an den für Kinder fast wichtigsten Tagen des Jahres wohl kaum verstehen (Urk. 47/35 S. 5).

4. Der von der Beklagten erstmals im Berufungsverfahren vorgebrachte Wunsch, die Weihnachts- und Neujahrsfeiertage blockweise aufzuteilen, taucht mit Blick auf das bisherige Verfahren in der Tat relativ unvermittelt auf. Von Feier-

tagsbesuchen mit C._____ in D._____ war vor Vorinstanz nie die Rede. Es ist dem Kläger darin zuzustimmen, dass es für C._____ - gerade auch aufgrund seiner Jugend - sinnvoller und somit dem Kindeswohl zuträglicher ist, wenn er grundsätzlich beide Elternteile an Weihnachten wie auch an den Neujahrsfeiertagen sehen und diese Feste mit ihnen beiden begehen kann. Der Kläger versichert glaubhaft, der Beklagten entgegen kommen zu wollen, wenn tatsächlich einmal eine Reise nach D._____ geplant sein sollte. Dies wird auch durch die Äusserungen der Parteien vor Vorinstanz gestützt, wonach die Besuchsregelung für C._____ zwischen den Parteien nie Anlass zu Streitereien gegeben habe und man sich diesbezüglich immer habe einigen können (Prot. I S. 10 ff.; Vi-Urk. 14 S. 2; Vi-Urk. 19 S. 1 f.). Somit ist die beklagtische Berufung in diesem Punkt abzuweisen und die vorinstanzliche Feiertagsregelung, welche der allgemeinen Praxis entspricht, zu bestätigen.

Wie noch zu zeigen sein wird, ist die Beklagte heute nicht zu verpflichten, ihr Arbeitspensum wieder auf 100% zu erhöhen. Die übrigen von der Beklagten angebotenen Anpassungen des Besuchsrechts resultieren aus dem Umstand, dass sie C._____ am Montag- und Dienstagnachmittag aufgrund des reduzierten Pensums nun persönlich betreuen kann, weshalb sich die Ausdehnung des Besuchsrechts aufdrängt - zumal es sich lediglich um eine kleine Nuance betreffend des Montagmittags handelt. Somit ist die vorinstanzliche Regelung - des einfacheren Verständnisses wegen in der Formulierung leicht modifiziert - dahingehend anzupassen, dass die Beklagte C._____ jede zweite Woche von Freitagabend bis Mittwochmorgen und jede Woche nach einem Wochenende ohne Besuchsrecht von Montagmittag bis Mittwochmorgen auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch nehmen darf.

C. Unterhalt

1. Einkommen der Beklagten

1.1. Die Beklagte hat ihr Arbeitspensum per 1. April 2011 von 100% auf 80% reduziert (Urk. 47/31/6). Als Grund für diese Reduktion gibt die Beklagte an, den Parteien sei schon im Frühjahr 2010, als sie um Aufstockung ihres Pensums auf 100% ersucht hatte, klar gewesen, dass sie selbiges wieder reduzieren würde, sobald der Kläger wieder eine Arbeit habe. Sie habe den Aufstockungsentscheid damals nur getroffen, weil der Kläger arbeitslos gewesen sei und die ALV-Zahlungen voraussichtlich im Juli 2010 geendet hätten. Der Kläger habe nun aber wieder eine Arbeitsstelle. Ausserdem sei es für die Beklagte äusserst belastend, dass sie ihren Sohn C._____ seit Aufnahme des Getrenntlebens am 1. November 2010 weit weniger sehen könne, weshalb sie den seit Juli 2010 fehlenden Betreuungstag wieder aufnehmen wolle. Wegen des Wegfallens eines Krippentages würden zudem die Fremdbetreuungskosten und somit der Bedarf der Beklagten reduziert (Urk. 47/26 S. 5 ff.).

1.2. Demgegenüber stellt sich der Kläger auf den Standpunkt, die Beklagte dürfe ihr Pensum aufgrund der angespannten finanziellen Verhältnisse der Parteien nicht ohne Not wieder auf 80% reduzieren. Die damals vorgenommene Aufstockung auf 100% habe auf einem partnerschaftlichen Entscheid basiert. Daher sei die Beklagte zu verpflichten, ihr Pensum umgehend wieder auf 100% zu erhöhen und bis zur Wiederaufnahme desselben sei ihr ein hypothetisches Einkommen im Umfang des bisherigen 100%-Lohnes von Fr. 7'100.- netto anzurechnen (Urk. 47/35 S. 4).

1.3. Die Argumentation der Beklagten, wonach sie ihr Pensum aufgrund der damaligen Arbeitslosigkeit des Klägers vorübergehend erhöht habe, erscheint schlüssig und nachvollziehbar und wird überdies auch seitens des Klägers nicht bestritten. Ihr Wunsch, wieder mehr Zeit mit ihrem Kind zu verbringen ist verständlich. Wie noch zu zeigen sein wird, lässt sich der Bedarf der Parteien vorliegend auch bei reduziertem Pensum der Beklagten (knapp) decken, weshalb von einer Verpflichtung der Beklagten, ihr Arbeitspensum wieder zu erhöhen, abzusehen ist. Ebenso wenig ist ihr ein hypothetisches Einkommen anzurechnen. Somit ist vom 1. November 2010 bis zum 31. März 2011 von einem Nettoeinkommen

der Beklagten von Fr. 7'100.– und vom 1. April 2011 an von einem solchen von Fr. 5'680.– auszugehen. Da sich der Bedarf der Beklagten gemäss nachfolgenden Erwägungen vom 1. September 2011 an deutlich reduzieren wird und sich somit eine Aufteilung der Unterhaltsberechnung auf zwei Perioden (1. November 2010 bis 31. August 2011 und ab 1. September 2011) anbietet, ist für die erste dieser Perioden ein durchschnittliches Einkommen der Beklagten von Fr. 6'390.– netto anzunehmen, um die Berechnung nicht noch weiter zu verkomplizieren.

2. Einkommen des Klägers

2.1. Bezüglich des Einkommens des Klägers kann vollumfänglich auf die nach wie vor zutreffenden Erwägungen in der Präsidialverfügung vom 19. September 2011 (Urk. 39) verwiesen werden, wonach dem Kläger ein Erwerbseinkommen von Fr. 3'380.– (inkl. 13. Monatslohn) sowie ab 1. Juli 2011 zusätzlich ein Einkommen von Fr. 700.– aus dem Untermietvertrag mit E._____ (Urk. 47/45/1) anzurechnen ist. Die Ausführungen des Klägers, dass sein Freund E._____ seine Gastfreundschaft im Mai und Juni 2011 lediglich sporadisch, insgesamt während höchstens 14 Tagen in Anspruch genommen habe, weshalb für diese Zeit auch kein Mietzins bezahlt worden sei, sind glaubhaft. Nur weil die Türe zum Gästezimmer, wie dies die Beklagte geltend macht (Urk. 40), im Mai und Juni jeweils geschlossen war, wenn sie C._____ abholte, kann nicht davon ausgegangen werden, dass Herr E._____ in dieser Zeit ständig anwesend war oder gar einen Mietzins bezahlt hat. Auch ist dem Kläger zuzugestehen, einem Freund "in Not" im Sinne eines Freundschaftsdienstes für einige Zeit Unterschlupf zu gewähren, ohne gleich vom ersten Tag an Geld dafür zu verlangen, weshalb die Regelung, dass E._____ vom 1. Juli 2011 an Miete bezahlt, angemessen ist. Ausserdem belegt der Kläger mittels Urkunde Beginn und Umfang der Untermiete (Urk. 47/45/1). Daher ist dem Kläger auch kein "hypothetisches Einkommen" aus Mietvertrag für die Monate Mai und Juni 2011 anzurechnen. Betragsmässig ist der zwischen dem Kläger und E._____ vereinbarte Mietzins von Fr. 700.– nicht zu beanstanden. Schliesslich ist der Kläger nicht verpflichtet, überhaupt einen Teil der Wohnung unterzuvermieten, und der Mietzins liegt absolut im Rahmen. Von

der Anrechnung eines Mietzinses von Fr. 935.–, wie von der Beklagten beantragt, ist daher abzusehen.

2.2. Ein weiteres Einkommen des Klägers aus selbständiger Erwerbstätigkeit wird seitens der Beklagten nicht genügend glaubhaft gemacht. Auch diesbezüglich sei auf die Erwägungen in der Präsidialverfügung vom 19. September 2011 (Urk. 39) verwiesen. Die Beklagte verlangt, dass der Kläger seine Buchhaltung edieren solle, während dieser geltend macht, bisher im Zusammenhang mit der Homepage www.....ch kein Geld verdient zu haben, weshalb er auch keine Buchhaltung erstellt habe. Er habe diese Homepage lediglich in der Hoffnung eingerichtet, später einmal als selbständiger Fotograf Geld verdienen zu können. Zu diesem Zweck habe er ein Portfolio mit Arbeiten aufgebaut, welche er allesamt unentgeltlich geschaffen habe (Urk. 44 S. 2). Gemäss Art. 957 Abs. 1 OR ist buchhaltungspflichtig, wer verpflichtet ist, seine Firma ins Handelsregister einzutragen. Art. 36 Abs. 1 HRegV schreibt vor, dass natürliche Personen, die ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben und während eines Jahres Roheinnahmen von mindestens Fr. 100'000.– (Jahresumsatz) erzielen, verpflichtet sind, ihr Einzelunternehmen ins Handelsregister eintragen zu lassen. Auf der Homepage des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister (www.zefix.ch) findet sich kein Eintrag, welcher auf den Kläger hindeutet. Mithin muss davon ausgegangen werden, dass er nicht buchhaltungspflichtig ist, weshalb seine Angabe, wonach er keine Buchhaltung erstellt habe, glaubhaft ist. Alleine aufgrund der Homepage www.....ch und der darauf präsentierten kurzen Videos kann nicht auf eine gewinnbringende Tätigkeit des Klägers geschlossen werden.

2.3. Aufgrund der oben erwähnten Aufteilung der Unterhaltsberechnung in zwei Perioden (1. November 2010 bis 31. August 2011 und ab 1. September 2011) ist auch dem Kläger für die erste Periode ein Durchschnittseinkommen anzurechnen, welches sich auf Fr. 3'520.– beläuft. Für die Zeit ab 1. September 2011 beträgt sein Gesamteinkommen Fr. 4'080.–.

2.4. Wie bereits in der Präsidialverfügung vom 19. September 2011 (Urk. 39) ausgeführt, ist glaubhaft, dass es sich bei der zusätzlichen Auszahlung von Fr. 8'832.45 netto um eine *einmalige* finanzielle Abgeltung von Überzeit gehandelt

hat. Eine weitere solche Zahlung ist aufgrund des Schreibens der Geschäftsführerin von F. _____ vom 25. Mai 2010 (Urk. 47/37/1) grundsätzlich nicht zu erwarten. Dennoch ist der Kläger zu verpflichten, der Beklagten jeweils bis am 30. Januar eines jeden Jahres unaufgefordert seinen Lohnausweis des vorangehenden Jahres vorzulegen. Er ist bei Auszahlung eines jährlichen Nettoerwerbseinkommens von mehr als Fr. 40'560.– (12 x Fr. 3'380.–, inkl. 13. Monatslohn) zu verpflichten, die Hälfte des Differenzbetrages bis zum 30. Januar an die Beklagte zu überweisen. Die Zahlungen des Untermieters E. _____ sind in diese Berechnung *nicht* miteinzubeziehen.

3. Bedarf der Beklagten

3.1.1. Der Kläger bemängelt an der vorinstanzlichen Bedarfsrechnung für die Beklagte lediglich die Wohnkosten. Er macht wie schon vor Vorinstanz geltend, die Rechtsvertreterin der Beklagten habe im Scheidungsverfahren des neuen Partners der Beklagten, G. _____, geltend gemacht, dieser müsse am neuen Wohnort zwei Drittel der Wohnkosten tragen (Urk. 27 S. 5; Vi-Urk. 22 S. 5 Ziff. 2.1. und Vi-Urk. 23 S. 5 ff.). Aus diesem Grund beantragt der Kläger, der Beklagten sei ein Mietzins von Fr. 1'700.– anzurechnen.

3.1.2. Zu diesem Vorbringen äussert sich die Vorinstanz nicht und hält lediglich festhält, der Beklagten sei aus Gleichbehandlungsgründen ein Mietzins von Fr. 2'550.– anzurechnen und überdies entspreche es der allgemeinen Lebenserfahrung, dass voll erwerbstätige Lebenspartner ihre Wohnkosten teilen würden (Urk. 28 S. 18).

3.1.3. Die Beklagte bringt vor, sie dürfe für sich einen Wohnraum beanspruchen, in dem eine adäquate Kinderbetreuung möglich sei, und sie dürfe für sich und das Kind eine 3-Zimmerwohnung beanspruchen, welche in H. _____ sehr schwer für unter Fr. 2'550.– zu finden sei. Eine Regelung, wonach ihr Lebenspartner zwei Drittel der Wohnkosten trage, bestreitet die Beklagte und behauptet, sie trage auch nach der Reduktion ihres Arbeitspensums die Hälfte der Wohnungsmiete. Ausserdem sei die Vorinstanz zu Recht nicht auf das Scheidungsverfahren G. _____ eingegangen, weil dieses für die Entscheidungsfindung im vorliegen-

den Eheschutzverfahren irrelevant sei. Der Entscheid der Vorinstanz liege im Bereich des Ermessens und entspreche der Realität (Urk. 30 S. 2 f.).

3.1.3. Der Argumentation der Beklagten kann aus verschiedenen Gründen nicht gefolgt werden. Aufgrund der vom Kläger eingereichten Unterlagen - insbesondere der Plädoyernotizen der beklaglichen Rechtsvertreterin vom 25. November 2010 im Scheidungsverfahren G._____ (Vi-Urk. 23) - gelingt es diesem glaubhaft zu machen, dass die Beklagte mit ihrem neuen Partner die gemeinsamen Wohnkosten so aufgeteilt hat, dass sie einen Drittel davon zu tragen hat. Dies umso mehr, als diese Vorbringen noch vor der vorinstanzlichen Hauptverhandlung im vorliegenden Verfahren, welche am 2. Dezember 2010 stattgefunden hat, gemacht wurden und die Beklagte diese Kostenaufteilung in ihrer Stellungnahme vor Vorinstanz vom 3. Februar 2011 (Vi-Urk. 25 S. 4) auch nicht explizit bestritten hat. In dieser Stellungnahme führte die Rechtsvertreterin der Beklagten aus, sie habe in beiden Verfahren alle Tatsachen, insbesondere auch diejenigen zur Miete, wahrheitsgemäss vorgetragen. Lediglich die Gewichtung sei unterschiedlich ausgefallen und sie würde, wenn in einem der beiden Verfahren rechtskräftig über den Bedarf und somit über den Mietanteil entschieden werde, selbstverständlich im anderen Verfahren die dannzumal feststehende Tatsache bekannt machen. Rein rechnerisch ist ausgeschlossen, dass die Tatsachen bezüglich des Mietanteiles in beiden Verfahren wahrheitsgemäss vorgetragen wurden. Entweder bezahlt die Beklagte die Hälfte oder einen Drittel der Wohnkosten. Es entsteht der Eindruck, dass in beiden Verfahren aus prozesstaktischen Gründen möglichst hoch "gepokert" wurde, um für die beiden Mandanten das Optimum herauszuholen. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Bedarfszahlen, welche dem Gericht zur Kenntnis gebracht werden, der Wahrheit und den tatsächlichen Verhältnissen zu entsprechen haben. Fest steht, dass die Version des Klägers, wonach die Beklagte einen Drittel der Wohnkosten, mithin Fr. 1'700.- zu tragen hat, deutlich glaubhafter ist als diejenige der Beklagten. Schliesslich geht es im vorliegenden Verfahren nicht um eine Gewichtung sondern um die effektiven Wohnkosten. Diese Annahme hält abgesehen davon auch vor der allgemeinen Lebenserfahrung stand, wonach bei der Aufteilung der gemeinsamen Wohnkosten eines Paares in der Regel durchaus auch auf die jeweiligen Einkommen bzw. deren

Verhältnis Rücksicht genommen wird. Schliesslich machte die Rechtsvertreterin der Beklagten im Scheidungsverfahren "G._____" selbst geltend, dass sich aufgrund der Tatsache, dass sein (des neuen Partners der Beklagten) Einkommen *erheblich* höher sei als dasjenige seiner Partnerin (der Beklagten), die Berücksichtigung von zwei Dritteln des Mietzinses in seinem Bedarf rechtfertige. Zwar wird seitens der Beklagten behauptet, die Stelle des neuen Partners der Beklagten sei gekündigt worden, jedoch liegen hierfür weder Belege vor, noch ist klar, wie seine finanziellen Verhältnisse (Unterhalt, Vermögen, ALV) genau aussehen (Vi-Urk. 23 S. 5 Ziff. 9). Dass jedoch die Beklagte beinahe die Hälfte ihres Lohnes für die Wohnkosten ausgeben soll, ist weder glaubhaft noch angemessen. Des Weiteren ist zu beachten, dass der Kläger einen Untermieter in der vormals ehelichen Wohnung beherbergt, welcher eine Miete von Fr. 700.– bezahlt, womit der Kläger selbst zusammen mit dem Sohn C._____ faktisch nur noch Wohnkosten von Fr. 2'023.– zu gewärtigen hat, weshalb die Anrechnung von Fr. 1'700.– für die Beklagte im Vergleich zum den Wohnkosten des Klägers durchaus angemessen ist. Mit dem ehelichen Standard kann die Beklagte, welche mit ihrem neuen Partner nunmehr in einer Wohnung lebt, welche knapp das doppelte der vormals ehelichen Wohnung kostet, auch nicht argumentieren. Selbst wenn die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des neuen Partners der Beklagten sehr gut sind, so sind doch vorliegend die Verhältnisse der Parteien relevant. Immerhin wird beiderseits argumentiert, es handle sich um einen Mankofall und es stehen Armenrechtsgesuche im Raum. Lediglich der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass aufgrund des geltenden Dispositionsgrundsatzes und der Tatsache, dass die Wohnkosten des Klägers seitens der Beklagten akzeptiert werden, eine Anpassung derselben nicht in Betracht kommt. Wegen der knappen finanziellen Verhältnisse der Parteien müsste ansonsten sicherlich auch der hohe Mietzins, den der Kläger mit C._____ bezahlt, einer genaueren Betrachtung unterzogen werden - zumindest wenn der Kläger keinen Untermieter (mehr) hätte.

3.2.1. Die Beklagte macht in ihrer Berufungsschrift geltend, ihr Bedarf reduziere sich hinsichtlich der Krippenkosten per 1. Mai 2011 um Fr. 272.–, da sie C._____ neu an zwei Halbtagen selbst betreuen würde. Vom 1. September 2011 an würden die fixen und variablen Krippenkosten aufgrund der Einschulung von

C._____ ganz wegfallen, sie müsse lediglich noch für rund Fr. 50.– pro Monat den Mittagshort bezahlen (Urk. 47/27 S. 7 f.). Diese Ausführungen korrigiert die Beklagte mit Eingabe vom 1. September 2011, indem sie dem Gericht mitteilt, die Krippenkosten seien ab April 2011 zufolge Verringerung des Arbeitgeberbeitrages nicht so stark gesunken, wie sie dies zunächst angenommen habe. Von April bis August 2011 hätten die Krippenkosten monatlich durchschnittlich Fr. 1'167.20 ausgemacht. Hierfür reicht die Beklagte die entsprechenden Belege ein (Urk. 38/5a-j). In einer weiteren Eingabe führt die Beklagte aus, die Kosten für den Mittagshort ab 1. September 2011 seien im Bedarf des Klägers zu berücksichtigen. Allerdings seien ihm nur zwei Mittage, nämlich Montag und Dienstag, an welchen Tagen C._____ von der Beklagten betreut werde, anzurechnen. Die Kosten hierfür würden sich gemäss der Online-Berechnung des Schulamtes auf rund Fr. 72.– pro Monat belaufen (Urk. 40 S. 4; Urk. 42/2).

3.2.2. Der Kläger bestreitet diese Angaben grundsätzlich nicht (Urk. 47/35; Urk. 44). Allerdings hat er mit Eingabe vom 12. August 2011 noch geltend gemacht, die Kosten für den Mittagshort (fünf Mittage pro Woche) würden sich auf Fr. 588.– pro Monat belaufen.

3.2.3. Der einfacheren Berechnung halber und zur Vermeidung der Unterscheidung von drei Bedarfsperioden, ist die Reduktion der Krippenkosten für die Periode seit der Trennung am 1. November 2010 bis zur Einschulung von C._____ am 1. September 2011 auf der Basis der durch die Beklagte glaubhaft gemachten Zahlen im Durchschnitt aufzuteilen, woraus Krippenkosten von Fr. 1'209.– pro Monat (Fr. 1251.– vom 1. November 2010 bis zum 31. März 2011 und Fr. 1'167.20 vom 1. April 2011 bis zum 31. August 2011) resultieren.

Die Kosten für den Mittagshort sind antragsgemäss im Bedarf des Klägers zu berücksichtigen. Allerdings ist die Anzahl der betreuten Mittage auf drei pro Woche zu beschränken. Da der Kläger 50% arbeitet, ist es ihm zuzumuten, 40% davon an den zwei Tagen (Montag und Dienstag), an welchen die Beklagte C._____ betreut, zu leisten, weshalb er zwischen Mittwoch und Freitag nur noch einen Halbttag abzudecken hat. An diesem ist ihm jedoch wie auch der Beklagten an ihren Betreuungstagen ein betreuter Mittag für C._____ zugestehen. Da die von der

Beklagten geltend gemachten Kosten von Fr. 72.– für zwei Mittagessen seitens des Klägers nicht bestritten werden (Urk. 44), ist von diesem Ansatz auszugehen, jedoch ein weiterer Mittagessen hinzuzurechnen. Somit sind nachfolgend im Bedarf des Klägers ab 1. September 2011 Fr. 108.– pro Monat für den Mittagshort zu berücksichtigen.

3.3. Die übrigen Posten der vorinstanzlichen Bedarfsrechnung werden weder von der Beklagten noch vom Kläger beanstandet, weshalb darauf abzustellen ist.

3.4. Der Notbedarf der Beklagten berechnet sich demnach folgendermassen, wobei die einzelnen Beträge praxisgemäss auf den Franken genau zu runden sind:

<u>1.11.2010 - 31.08.2011:</u>		<u>ab 1.9.2011:</u>	
Grundbetrag	1250.00	Grundbetrag	1250.00
Mietzins (inkl. NK)	1700.00	Mietzins (inkl. NK)	1700.00
Krankenkasse	200.00	Krankenkasse	200.00
Haftpflicht/Mobiliar	18.00	Haftpflicht/Mobiliar	18.00
Fahrkosten	43.00	Fahrkosten	43.00
ausw. Verpflegung	150.00	ausw. Verpflegung	150.00
Telefon/Radio/TV	119.00	Telefon/Radio/TV	119.00
Krippenkosten	1209.00		
Total	4689.00	Total	3480.00

4. Bedarf des Klägers

4.1. Die Beklagte beanstandet die vorinstanzliche Bedarfsrechnung für den Kläger nicht und hält fest, die Vorinstanz habe mit selbiger ihr Ermessen nicht überschritten (Urk. 47/27 S. 8). Auch der Kläger bringt nichts gegen die Bedarfsrechnung der Vorinstanz vor (Urk. 27), weshalb darauf abzustellen ist. Die Anrechnung des Mittagshorts für C._____ ab 1. September 2011 im Umfang von Fr. 108.– pro Monat wurde bereits erläutert.

4.2. Der Notbedarf des Klägers (mit C._____) berechnet sich demnach folgendermassen, wobei die einzelnen Beträge auch hier praxisgemäss auf den Franken genau zu runden sind:

1.11.2010 bis 31.8.2011:

Grundbetrag	1350.00
Grundbetrag C. _____	400.00
Miete (inkl. NK)	2732.00
Krankenkasse	200.00
Krankenkasse C. _____	76.00
Haftpflicht/Mobiliar	43.00
Fahrkosten	60.00
ausw. Verpflegung	250.00
Tel/TV/Billag	200.00

Total 5311.00

ab 1.11.2010:

Grundbetrag	1350.00
Grundbetrag C. _____	400.00
Miete (inkl. NK)	2732.00
Krankenkasse	200.00
Krankenkasse C. _____	76.00
Haftpflicht/Mobiliar	43.00
Fahrkosten	60.00
ausw. Verpflegung	250.00
Tel/TV/Billag	200.00
Mittagshort	108.00

Total 5419.00

5. Unterhaltsberechnung

5.1. In der ersten Periode vom 1. November 2010 bis zum 31. August 2011 stehen sich beim Kläger ein Bedarf von Fr. 5'311.– und ein Einkommen von Fr. 3'520.– gegenüber. Die Unterhaltsbeiträge der Beklagten für C. _____ von Fr. 900.– sind unbestritten. Mithin fehlen dem Kläger rund Fr. 890.– für die Bestreitung seines monatlichen Unterhalts. Die Beklagte verfügt in dieser Phase über ein Einkommen von Fr. 6'390.–, während ihr ein Bedarf von Fr. 4'689.– anzurechnen ist. Mithin stehen ihr nach Deckung ihres Bedarfs und nach Bezahlung des Unterhalts für C. _____ noch Fr. 801.– zur Verfügung. Nach dieser Rechnung würde dem Kläger ein Manko von rund Fr. 90.– verbleiben. Zwar hält die Vorinstanz richtig fest, dass in das Existenzminimum der unterhaltspflichtigen Beklagten nicht eingegriffen werden darf, jedoch verkennt sie, dass der Beklagten in der Bedarfsrechnung aufgrund der relativ ausgedehnten Betreuung von C. _____ "ausnahmsweise" ein Grundbetrag von Fr. 1'250.– statt eines solchen von Fr. 1'100.– angerechnet wurde, obwohl diese mit einer erwachsenen Person in einem Haushalt zusammenlebt (Urk. 28 S. 18). Zwar darf dieser Betrag in der Bedarfsberechnung aufgrund des geltenden Dispositionsgrundsatzes nicht geändert werden, jedoch rechtfertigt es sich vorliegend, den feststehenden Bedarf der Beklagten entsprechend zu korrigieren, da dieser höher ist als ihr betriebsrechtliches Existenzminimum gemäss Kreisschreiben "Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums" der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. September 2009.

Die Beklagte ist daher zu verpflichten, dem Kläger vom 1. November 2010 bis zum 31. August 2011 persönliche Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 890.– pro Monat zu bezahlen.

5.2. Vom 1. September 2011 an ist das Einkommen des Klägers mit Fr. 4'080.– zu beziffern, während sich sein Bedarf auf Fr. 5'419.– erhöht. Der Beklagten ist ein Einkommen von Fr. 5'680.– und ein Bedarf von Fr. 3'480.– anzurechnen. Der entstehende Freibetrag von rund Fr. 860.– ist unter den Parteien hälftig aufzuteilen, da der Kläger zwar mit dem gemeinsamen Sohn zusammenwohnt, dieser jedoch noch sehr jung ist. Ausserdem wird so der Unterdeckung der Beklagten, bzw. dem Eingriff in ihren Bedarf vom 1. November 2010 bis zum 31. August 2011 Rechnung getragen.

Somit ist die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger vom 1. September 2011 an einen persönlichen monatlichen Unterhalt von Fr. 870.– zu bezahlen.

Die Beklagte ist berechtigt zu erklären, bereits geleistete Unterhaltsbeiträge anzurechnen. Allfällige Kinder- bzw. Familienzulagen sind zusätzlich zum Kinderunterhalt geschuldet, was in Dispositiv-Ziffer 4 der angefochtenen Verfügung bereits festgehalten wurde (Urk. 28 S. 26).

5.3. Auf den Eventualantrag der Beklagten auf angemessene Reduktion des Kinderunterhalts "je nach dem noch tatsächlich oder zumindest hypothetisch festzustellenden Gesamteinkommens des Klägers" (Urk. 47/36 S. 6) ist nicht einzutreten, da Dispositiv-Ziffer 4 der angefochtenen Verfügung bereits rechtskräftig geworden ist.

6. Vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung

6.1. Die erste Instanz setzte die Gerichtsgebühr auf Fr. 5'000.– fest, auferlegte diese Verfahrenskosten zu zwei Fünfteln dem Kläger und zu drei Fünfteln der Beklagten und verpflichtete die Beklagte, dem Kläger eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 1'000.– zu bezahlen. Ausserdem wurde die Beklagte verpflichtet, dem Kläger einen Prozesskostenbeitrag von Fr. 4'000.– zu bezahlen (Urk. 28 S. 27, Dispositivziffern 12 bis 15).

6.2. Der Kläger beantragt in seiner Berufungsschrift (Urk. 27 S. 2 f.), dass die Beklagte zu verpflichten sei, ihm für das vorinstanzliche Verfahren einen Prozesskostenbeitrag von nicht unter Fr. 10'000.– zu bezahlen. Ausserdem sei dem Kläger höchstens ein Viertel der vorinstanzlichen Gerichtskosten aufzuerlegen. Eventualiter sei dem Kläger für das vorinstanzliche Verfahren das Armenrecht zu gewähren. Für das vorinstanzliche Verfahren verlangt der Kläger sodann eine Prozessentschädigung von Fr. 1'875.–.

6.3. Die Beklagte ficht in ihrer Berufungsschrift (Urk. 47/ 27) die vorinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen nicht an, verlangt jedoch in ihrer Berufungsantwort (Urk. 30 S. 4 f.) zur klägerischen Berufung für den Fall der Gutheissung des klägerischen Eventualantrages bezüglich Armenrecht, dass selbiges für das vorinstanzliche Verfahren auch ihr zu gewähren sei. Zur Begründung führte sie an, dass der Kläger, sollte ihm für das vorinstanzliche Verfahren das Armenrecht gewährt werden, im Rahmen des Güterrechts Anspruch auf die Hälfte der am 2. Dezember 2010 auf den Konten der Beklagten liegenden Errungenschaft und somit auf Guthaben habe, das die Beklagte bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung nicht mehr haben werde.

6.4.1. Die vorinstanzliche Kostenregelung erweist sich auch mit Hinblick auf das heutige Ergebnis des Berufungsverfahrens als nachvollziehbar und im Bereich des Ermessens liegend, weshalb sie zu bestätigen ist. Die Verlegung der Gerichtskosten erscheint insbesondere nicht willkürlich, wie dies der Kläger geltend macht (Urk. 27 S. 7). Zwar obsiegt er in drei von vier aufgezählten Punkten, jedoch sind diese, wie die Beklagte richtig ausgeführt hat, unterschiedlich zu gewichten (Urk. 30 S. 4). Obwohl der Kläger beispielsweise hinsichtlich des persönlichen Unterhalts obsiegt hat, geschah dies nicht vollumfänglich, da er Fr. 2'420.– beantragt, aber nur Fr. 620.– zugesprochen erhalten hat. Ausserdem merkt die Beklagte richtig an, dass die Zuteilung des Fahrzeuges an den Beklagten ihrerseits gar nie bestritten war.

6.4.2. Unter Hinweis auf die obigen Ausführungen zu den Gerichtskosten ist von einer Anpassung der Prozessentschädigung abzusehen, da der Kläger die Basis bzw. die volle Prozessentschädigung im Quantitativ nicht angefochten hat,

sondern lediglich eine der Gerichtskostenaufteilung angepasste Entschädigung verlangt. Wie der Kläger allerdings einen Betrag von Fr. 1'875.– ermittelt hat, ist nicht nachvollziehbar. Die Beklagte hat gemäss vorinstanzlicher Regelung drei Fünftel der Gerichtskosten zu tragen und der Kläger zwei Fünftel. Entsprechend diesem mehrheitlichen Obsiegen hat die Beklagte dem Kläger eine auf einen Fünftel reduzierte Prozessentschädigung zu bezahlen. Vorliegend beträgt die durch die Vorinstanz angenommene volle Prozessentschädigung folglich Fr. 5'000.–. Wenn der Kläger nun von einer angemessenen Kostenaufteilung von einem Viertel (Kläger) zu drei Vierteln (Beklagte) ausgeht, so hätte er folgerichtig eine auf zwei Viertel bzw. die Hälfte - denn soviel lägen die Parteien diesfalls auseinander - reduzierte Prozessentschädigung verlangen müssen, was Fr. 2'500.– ergeben hätte.

6.4.3. Der Kläger macht geltend, mit dem Prozesskostenbeitrag von Fr. 4'000.– und der reduzierten Prozessentschädigung von Fr. 1'000.– liessen sich die Anwaltskosten, welche aufgrund des überdurchschnittlich hohen Aufwandes des Rechtsvertreters bei rund Fr. 8'000.– liegen würden, und der Anteil der Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– nicht decken, weshalb der Prozesskostenbeitrag auf Fr. 10'000.– zu erhöhen sei. Im darauffolgenden Abschnitt argumentiert der Kläger jedoch, die Beklagte sei wohl nicht einmal im Stande, ihm auch nur den vorinstanzlich festgelegten Prozesskostenbeitrag von Fr. 4'000.– zu bezahlen. Da dem klägerischen Rechtsvertreter nicht das Inkassorisiko zugemutet werden könne, solle das Gericht selbst feststellen, ob die Beklagte überhaupt in der Lage sei, den Prozesskostenbeitrag innert nützlicher Frist zu bezahlen. Sollte dies nicht der Fall sein, was der Kläger erwarte, so sei ihm rückwirkend die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und seinem Rechtsvertreter die Möglichkeit zu geben, eine Honorarnote einzureichen.

Hinsichtlich der Voraussetzungen zur Verpflichtung eines Ehegatten zur Leistung eines Prozesskostenbeitrags sei vorab auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen (Urk. 28 S. 23 f.). Gemäss § 5 Abs. 1 AnwGebV (Verordnung über die Anwaltsgebühren) wird die Grundgebühr bei nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten nach der Verantwortung und dem notwendigen Zeitaufwand der

Anwältin oder des Anwalts und nach der Schwierigkeit des Falls festgesetzt und beträgt in der Regel zwischen Fr. 1'400.– und Fr. 16'000.–. Im summarischen Verfahren wird die Gebühr in der Regel auf zwei Drittel bis einen Fünftel ermässigt (§ 9 AnwGebV). Demzufolge liegt die Bandbreite zwischen Fr. 280.– (ein Fünftel von Fr. 1'400.–) und Fr. 10'666.– (zwei Drittel von Fr. 16'000.–). Somit sind neben dem *notwendigen* Zeitaufwand des Anwalts auch die Verantwortung und die Schwierigkeit des Falles in die Beurteilung mit einzubeziehen und aufgrund all dieser Kriterien ist festzulegen, wo in diesem Rahmen die angemessene Entschädigung anzusiedeln ist.

Beim vorinstanzlichen Verfahren handelt es sich nicht um ein kompliziertes bzw. rechtlich oder tatsächlich schwieriges Verfahren. Vor Vorinstanz standen hauptsächlich die Obhut für den gemeinsamen Sohn C. _____ wie auch Unterhaltsbeiträge im Streit. Über die Besuchsrechtsregelung bestand Einigkeit zwischen den Parteien. Die Bedarfsberechnung war einfach, da die meisten Posten beiderseits nicht bestritten waren. Der Umfang der Akten hält sich sehr in Grenzen. Somit kann dieses Eheschutzverfahren als durchschnittliches oder sogar beinahe schon leicht unterdurchschnittliches qualifiziert werden. So gehören auch die vom klägerischen Rechtsvertreter aufgeführten Arbeiten "aufwendiges Aktenstudium, Vergleichsgespräche mit der Gegenseite, Klagebegründung, schriftliche Stellungnahme zur Klageantwort, mehrmalige notwendige Besprechung mit dem Kläger, Streit um Feiertagsregelung der Obhut, Verfahren um superprov. Massnahmen etc." (Urk. 27 S. 6) zum regulären Standard in einem Eheschutzverfahren. Inwiefern jedoch das Studium der nicht umfangreichen Akten aufwendig gewesen sein sollte, ist nicht ersichtlich. Selbst wenn dem Kläger die unentgeltliche Prozessführung für das vorinstanzliche Verfahren zugestanden würde, wären die geltend gemachten Anwaltskosten von Fr. 8'000.– deutlich zu hoch.

Die Vorinstanz ging, wie bereits ausgeführt, von einer angemessenen (vollen) Prozessentschädigung von Fr. 5'000.– aus, was, wie ebenfalls bereits erläutert wurde, nicht angefochten wurde. Dieser Betrag bewegt sich ziemlich genau in der Mitte des obgenannten Rahmens und erscheint für das vorliegende Verfahren als angemessen. Mit dem Prozesskostenbeitrag der Beklagten sowie der reduzierten

Prozessentschädigung von Fr. 1'000.– vermag der Kläger somit diese Anwaltskosten zu bezahlen.

Da der Kläger unbestrittener- und ausgewiesenermassen mittellos ist und seine Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheinen, ist ihm vorliegend in Anwendung von Art. 117 ZPO für das vorinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Prozessführung bzw. die unentgeltliche Rechtspflege im Sinne von Art. 118 Abs. 1 lit. b ZPO zu gewähren. Von der Bestellung des klägerischen Rechtsvertreters als unentgeltlicher Rechtsbeistand für das Verfahren vor Vorinstanz ist abzusehen, da der Kläger diese Kosten mittels obgenannter Mittel decken kann.

Auf den Eventualantrag der Beklagten auf Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das vorinstanzliche Verfahren, falls diese dem Kläger gewährt würde, ist nicht einzutreten, da sie die vorinstanzliche Erstverfügung vom 16. März 2011 nicht angefochten hat, womit Dispositiv-Ziffer 1 derselben rechtskräftig geworden ist. Der Antrag wäre jedoch ohnehin abzuweisen, da diese ausgewiesenermassen (Urk. 47/40/1-3) (noch) nicht mittellos ist und die Gerichtskosten des vorinstanzlichen Verfahrens wie auch ihre Anwaltskosten selbst tragen kann. Die Begründung der Beklagten bezüglich des Güterrechts ist nicht nachvollziehbar und kann daher nicht berücksichtigt werden.

IV.

Beide Parteien beantragen für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege im Sinne von Art. 118 Abs. 1 lit. b und c ZPO (Urk. 27 S. 3; Urk. 47/33 S. 1).

Der Kläger ist - wie bereits ausgeführt - mittellos. Es ist zudem davon auszugehen, dass das Vermögen der Beklagten durch die vorinstanzlichen Gerichtskosten, ihre eigenen Anwaltskosten sowie den Prozesskostenbeitrag an den Kläger weitgehend aufgebraucht ist, weshalb auch sie nach Leistung dieser Verpflichtungen als mittellos einzustufen ist. Sie ist insbesondere auch nicht mehr in der Lage,

dem Kläger für das vorliegende Berufungsverfahren einen Prozesskostenbeitrag zu leisten. Der geringe Freibetrag, welcher den Parteien vom 1. September 2011 an zukommt, ist den Parteien als "Notgroschen" zu belassen und vermag an deren Mittellosigkeit nichts zu ändern. Als aussichtslos können die Rechtsbegehren der Parteien nach den vorstehenden Erwägungen nicht bezeichnet werden. Damit sind die Voraussetzungen für die Befreiung von den Gerichtskosten nach Art. 117 ZPO (in Verbindung mit Art. 29 Abs. 3 Satz 1 BV) erfüllt. Des weiteren erscheint die Bestellung einer rechtskundigen Vertretung zur gehörigen Wahrung der Rechte der Parteien im Rechtsmittelverfahren vorliegend sachlich notwendig (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO, Art. 29 Abs. 3 Satz 2 BV).

Demnach ist beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege antragsgemäss zu bewilligen. Somit ist die der Beklagten mit Präsidialverfügung vom 19. April 2011 (Urk. 47/32) angesetzte und mit Präsidialverfügung vom 1. Juni 2011 (Urk. 47/34) einstweilen abgenommene Frist für die Leistung eines Vorschusses für die Prozesskosten hinfällig.

V.

1. Das vorliegende Berufungsverfahren erweist sich für ein summarisches Verfahren insbesondere aufgrund der zahlreichen Eingaben und Anträge der Parteien als verhältnismässig eher umfangreich und aufwändig. Für das zweitinstanzliche Verfahren rechtfertigt sich daher übers Ganze gesehen – in Anwendung von § 2 lit. a, c und d sowie § 12 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 und § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 2 lit. b und § 8 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) – eine pauschale Entscheidgebühr von Fr. 5'500.–.

2. Die Prozesskosten werden grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Gemäss ständiger Rechtsprechung des Obergerichtes sind die Kosten des Verfahrens mit Bezug auf Kinderbelange - unabhängig vom Ausgang - den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Prozessentschädigungen wettzuschlagen, wenn die Parteien unter

dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses gute Gründe zur Antragstellung hatten (ZR 84 [1985] Nr. 41; Kass.-Nr. AA090045, veröffentlicht unter www.gerichte-zh.ch/Entscheide; Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO).

3. Bezüglich der Regelung des Unterhalts obsiegt der Kläger zu rund zwei Dritteln. Die Unterhaltsfrage ist mit der Hälfte der Kosten zu gewichten. Hinsichtlich der Anträge zu den Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Verfahrens und des Berufungsverfahrens unterliegt der Kläger grossmehrheitlich. Dieser Teil ist mit etwa einem Drittel der Gerichtskosten zu gewichten, während auf die Frage des Besuchsrechts ein Sechstel der Kosten fällt. In Anwendung der genannten Rechtsprechung und da kein eindeutiger Hinweis darauf vorliegt, dass eine der Parteien nicht im Kindesinteresse gehandelt hat, sind die diesbezüglichen Kosten den Parteien je hälftig aufzuerlegen.

Gesamthaft betrachtet unterliegt der Kläger im Berufungsverfahren nur geringfügig. Es rechtfertigt sich daher, die Kosten des obergerichtlichen Verfahrens den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und keine Prozessentschädigungen zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Das Berufungsverfahren LE110023 wird mit dem vorliegenden Berufungsverfahren vereinigt, unter der Prozessnummer LE110022 weitergeführt und als dadurch erledigt abgeschlossen.
2. Es wird festgestellt, dass die Dispositiv-Ziffern 1-2, 4, 6-11 und 13, der Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 16. März 2011 nicht angefochten und somit rechtskräftig sind.
3. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung der Beklagten, Erstberufungsbeklagten und Zweitberufungsklägerin wird die Dispositiv-Ziffer 3 der Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 16. März 2011 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

" Die Beklagte ist berechtigt das Kind C. _____

- jede zweite Woche von Freitagabend bis Mittwochmorgen
- jede Woche nach einem Wochenende ohne Besuchsrecht von Montagmittag bis Mittwochmorgen
- am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr (26. Dezember und 2. Januar) sowie in ungeraden Jahren von Pfingstsamstag bis und mit Pfingstmontag sowie in geraden Jahren von Ostersonntag bis und mit Ostermontag,
- während 4 Wochen pro Jahr während der Schulferien

auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen."

2. In teilweiser Gutheissung der Berufung des Klägers, Erstberufungsklägers und Zweitberufungsbeklagten wird die Dispositiv-Ziffer 5 der Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 16. März 2011 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

" Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger persönlich vom 1. November 2010 bis zum 31. August 2011 einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 890.– zu bezahlen, zahlbar im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.

Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger persönlich vom 1. September 2011 an einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 870.– zu bezahlen, zahlbar im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.

Die Beklagte ist berechtigt, bereits geleistete Unterhaltsbeiträge anzurechnen."

3. In teilweiser Gutheissung der Berufung der Beklagten, Erstberufungsbeklagten und Zweitberufungsklägerin wird der Kläger, Erstberufungskläger und Zweitberufungsbeklagte verpflichtet, der Beklagten, Erstberufungsbeklagten und Zweitberufungsklägerin jeweils bis am 30. Januar eines jeden Jahres

unaufgefordert seinen Lohnausweis des vorangehenden Jahres vorzulegen. Der Kläger, Erstberufungskläger und Zweitberufungsbeklagte wird bei Auszahlung eines jährlichen Nettoeinkommens von mehr als Fr. 40'560.– verpflichtet, die Hälfte des Differenzbetrages bis zum 30. Januar an die Beklagte, Erstberufungsbeklagte und Zweitberufungsklägerin zu überweisen.

4. Die vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung (Dispositivziffer 12 bis 15) wird bestätigt.
5. Dem Kläger, Erstberufungskläger und Zweitberufungsbeklagten wird für das vorinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege im Sinne von Art. 118 Abs. 1 lit. b ZPO (unentgeltliche Prozessführung) bewilligt. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
6. Dem Kläger, Erstberufungskläger und Zweitberufungsbeklagten wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und ab dem 4. April 2011 in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beigegeben.
7. Der Beklagten, Erstberufungsbeklagten und Zweitberufungsklägerin wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und ab dem 4. April 2011 in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin beigegeben.
8. Im Übrigen werden Erst- und Zweitberufung abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
9. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'500.– festgesetzt.
10. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch infolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege beiden Parteien unter Hinweis auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO einstweilen erlassen.
11. Für das Berufungsverfahren werden keine Entschädigungen zugesprochen.

12. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, und an die Obergerichtskasse, 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 über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 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, 17. November 2011

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic.iur. S. Subotic

versandt am:
se