

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LE110040-O/U.doc

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Dr. G. Pfister und  
Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie der Gerichtsschreiber  
lic. iur. G. Kenny

## Beschluss und Urteil vom 20. Dezember 2012

in Sachen

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

Klägerin und Berufungsklägerin

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

gegen

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

Beklagter und Berufungsbeklagter

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

betreffend **Eheschutz (Unterhaltsbeiträge)**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren  
am Bezirksgericht Pfäffikon vom 16. Mai 2011 (EE110013)**

### **Rechtsbegehren:**

"- der Klägerin (Urk. 1):

1. Es sei festzustellen, dass die Klägerin zum Getrenntleben i.S.v. Art. 75 ZGB berechtigt ist;
  2. es sei die eheliche Liegenschaft an der ...strasse ..., ... C.\_\_\_\_\_, der Klägerin zur alleinigen Benützung zuzuweisen;
  3. es sei dem Beklagten eine kurze Frist zum Auszug aus der ehelichen Liegenschaft unter Mitnahme seiner persönlichen Effekten anzusetzen;
  4. es sei die Tochter D.\_\_\_\_\_ der Parteien, geb. tt.mm.1998, unter die Obhut der Klägerin zu stellen;
  5. es sei dem Beklagten ein angemessenes Besuchsrecht einzuräumen;
- unter Kosten und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWST zulasten des Beklagten.

- (Urk. 10):

Es sei superprovisorisch und hernach i.S. einer vorsorglichen Massnahme:

- Die Tochter D.\_\_\_\_\_ der Parteien, geb. tt.mm.1998, unter die Obhut der Klägerin zu stellen;
- die eheliche Liegenschaft ...strasse ... in ... C.\_\_\_\_\_ der Klägerin zur alleinigen Benützung für sich und die Tochter der Parteien zuzuweisen;
- dem Beklagten eine Frist von höchstens 48 Stunden zum Auszug aus der ehelichen Liegenschaft unter Mitnahme seiner persönlichen Effekten anzusetzen;
- das Gemeindeammannamt C1.\_\_\_\_\_ anzuweisen, den Beklagten nach erfolglosem Fristablauf mittels Zwangsgewalt aus der ehelichen Liegenschaft auszuweisen;

unter Kosten und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWST zulasten des Beklagten.

- anlässlich der Hauptverhandlung (Urk. 23):

1. Es seien die Rechtsbegehren gemäss Eingabe vom 23. Februar 2011 (act. 1) vollumfänglich gutzuheissen;
2. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin für sich und die Tochter D.\_\_\_\_\_ der Parteien angemessene Unterhaltsbeiträge zu bezahlen;
3. Es sei zwischen den Parteien mit Wirkung per heute (30. März 2011) die Gütertrennung anzuordnen;
4. Es sei über die mit Eingabe vom 7. März 2011 beantragten vorsorglichen Massnahmen gemäss den gestellten Anträgen (Urk. 10) zu entscheiden;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWST zulasten des Beklagten.

Sollte das Gericht im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen die Obhutzuteilung nicht bereits regeln können oder wollen, beantrage ich eventualiter sei der Beklagte zu verpflichten, die ursprünglichen Schlosszylinder wieder einzusetzen und der

Klägerin ungehinderten Zugang zum ehelichen Einfamilienhaus an der ...strasse ... in ... C.\_\_\_\_\_ zu gewähren. Dies unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Widerhandlungsfall (act. 23 S. 2).

- anlässlich der Stellungnahme zur Kinderanhörung (act. 33):

1. Es sei dem Beklagten die Frist zur Stellungnahme zur Aktennotiz über die Kinderanhörung nicht mehr als einmal um 5 Tage zu erstrecken;
2. es sei ohne weiterer Verzug ein Kinderzuteilungsbericht einzuholen;
3. es sei die Tochter D.\_\_\_\_\_ der Parteien, geb. tt.mm.1998, als vorsorgliche Massnahme unter die Obhut der Klägerin zu stellen;

unter Kosten und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWST zulasten des Beklagten.

- des Beklagten (Prot. I S. 3 f.):

- Es seien sämtliche klägerischen Rechtsbegehren (act. 1, 10 und 23) abzuweisen, sowohl im Hauptverfahren wie auch bezüglich der vorsorglichen Massnahmen. Ebenfalls abzuweisen sei das Eventualbegehren betreffend Wiedereinsetzung der Schlosszylinder im Einfamilienhaus an der ...strasse ... in ... C.\_\_\_\_\_.
- Es sei festzustellen, dass die Parteien getrennt leben.
- Es sei die Tochter D.\_\_\_\_\_ unter die Obhut des Beklagten zu stellen.
- Es sei vorzumerken, dass der Beklagte sämtliche Kosten für D.\_\_\_\_\_ übernimmt und auf die Geltendmachung eines Kinderunterhaltsbeitrags verzichtet.
- Es sei festzustellen, dass die Klägerin keinen persönlichen Unterhaltsbeitrag zu Gute hat.
- Es sei mit Wirkung ab heute (30. März 2011) die Gütertrennung anzuordnen."

**Verfügung und Urteil der Vorinstanz (Urk. 43 S. 29 f.):**

**Es wird verfügt:**

1. Das Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen für die Dauer des Eheschutzverfahrens wird abgewiesen.
2. (Abweisung Fristverkürzung)
3. (Verzicht Kinderzuteilungsbericht)
4. (Schriftliche Mitteilung)

5. (Rechtsmittel Beschwerde)

**Es wird erkannt:**

1. (Bevilligung Getrenntleben).
2. Das Kind D.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.1998, wird für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut des Beklagten gestellt.
3. Die Klägerin wird berechtigt erklärt, das Kind D.\_\_\_\_\_ jeweils von Dienstag Nachmittag nach Schulschluss bis am Mittwoch Morgen, von Donnerstag Nachmittag nach Schulschluss bis am Donnerstag Abend, am ersten Wochenende eines jeden Monats von Freitag Abend bis Sonntag Abend und am 2. Weihnachtsfeiertag sowie in Jahren mit gerader Jahreszahl über Ostern und in solchen mit ungerader Jahreszahl über Pfingsten zu sich oder mit sich auf eigene Kosten auf Besuch zu nehmen.  
  
Ferner wird die Klägerin berechtigt erklärt, das Kind jährlich während 3 Wochen in den Schulferien zu sich oder mit sich auf eigene Kosten in die Ferien zu nehmen. Sie teilt dem Beklagten 2 Monate im Voraus mit, wann sie das Ferienbesuchsrecht ausüben will.  
  
Ein weitergehendes Besuchsrecht regeln die Parteien untereinander und im Einverständnis mit dem Kind.
4. Die eheliche Wohnung, ...strasse ..., ... C.\_\_\_\_\_, wird für die Dauer des Getrenntlebens dem Beklagten zur alleinigen Benutzung zugewiesen.
5. Es werden keine Unterhaltsbeiträge zugesprochen.
6. (Anordnung Gütertrennung)
7. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 7'500.–.
8. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt.
9. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 6'000.– zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer zu bezahlen, zahlbar an dessen Rechtsvertreter Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_.

10. (Schriftliche Mitteilung)

11. (Rechtsmittel Berufung).

### **Berufungsanträge:**

der Klägerin und Berufungsklägerin (Urk. 42 S. 2):

- " 1. Es seien in Abänderung von Dispositiv Ziff. 5 des angefochtenen Urteils der Klägerin und Appellantin monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'620.-- zuzusprechen, zahlbar monatlich im Voraus ab Beginn des Mietverhältnisses der Klägerin gemäss dem von ihr noch abzuschliessenden Mietvertrages;
  2. es sei in Abänderung von Dispositiv Ziff. 7 die Gerichtsgebühr herabzusetzen;
  3. in Abänderung von Dispositiv Ziff. 8 seien die Kosten der Parteien je hälftig aufzuerlegen;
  4. in Abänderung von Dispositiv Ziff. 9 seien die Prozessentschädigungen gegenseitig wegzuschlagen;
- unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWST zulasten des Beklagten und Appellanten."

des Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 47 S. 1):

- " 1. Sämtliche Berufungsanträge seien vollumfänglich abzuweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 8 % MWSt zulasten der Berufungsklägerin."

### **Erwägungen:**

#### **I. Parteien, Streitgegenstand und Prozessgeschichte**

1. Die Parteien sind Eheleute, leben getrennt und stehen zur Zeit in einem Eheschutzverfahren. Die Klägerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Klägerin) arbeitet als Wirtin im Restaurant E.\_\_\_\_\_ in ..., das sie von ihrem Mann, dem Beklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend Beklagter) gepachtet hat. Der Beklagte ist Versicherungsbroker; weitere Einkünfte erzielt er durch die Ver-

pachtung seines Restaurants und einer Wohnung. Die Parteien haben eine gemeinsame Tochter, D.\_\_\_\_\_, die am tt.mm.1998 geboren wurde. Die Obhut wurde von der Vorinstanz dem Kläger zugeteilt, was unangefochten blieb. Der Kläger wohnt mit D.\_\_\_\_\_ in der ehemaligen Familienwohnung, einem in seinem Eigentum stehenden Einfamilienhaus, von wo aus der Kläger auch arbeitet.

2. Die Zuteilung der Obhut und der ehemaligen Familienwohnung sind vorliegend nicht mehr umstritten. Uneinigkeit besteht aber vor allem über die Unterhaltsbeiträge an die Klägerin. Insbesondere ist umstritten, ob der Klägerin ein Beitrag an die Miete einer Wohnung zuzugestehen ist, oder ihr zugemutet werden kann, in der Wirtewohnung des Restaurants E.\_\_\_\_\_ zu logieren. Die Klägerin rügt überdies die Höhe der Gerichtsgebühr und die Verlegung der erstinstanzlichen Kosten.

3. Mit Eingabe vom 23. Februar 2011 machte die Klägerin ein Eheschutzverfahren mit obengenannten Begehren bei der Vorinstanz anhängig (Urk. 1). Im Rahmen ihres Plädoyers bezifferte sie Ihren Antrag auf Unterhaltsbeiträge für sich und D.\_\_\_\_\_ auf Fr. 4'000.– pro Monat (Urk. 23 S. 8 unten). Am 16. Mai 2011 fällte die Vorinstanz den Endentscheid, dessen Dispositiv hiervor wiedergegeben wurde. Über den detaillierten Verlauf des Verfahrens gibt der angefochtene Entscheid Auskunft (Urk. 43).

4. Am 26. Mai 2011 erhob die Klägerin Berufung mit dem eingangs aufgeführten Rechtsbegehren (Urk. 42). Am 11. Juli 2011 erstattete der Beklagte die Berufungsantwort und beantragte die Abweisung der Berufung (Urk. 47). Am 24. Oktober 2011 reichte der Beklagte eine Ergänzung zu seiner Berufungsantwort ein (Urk. 50). Mit Datum vom 17. November 2011 ging die entsprechende Stellungnahme der Klägerin ein (Urk. 53).

5. Am 28. November 2008 ersuchte die Staatsanwaltschaft See / Oberland um Akteneinsicht im Rahmen einer Strafuntersuchung (Urk. 56). Die Akten wurden in der Folge nach Konsultation der Parteien der Staatsanwaltschaft zur Einsicht zugestellt (Urk. 57 f.; Prot. S. 7).

6. Am 23. Februar 2012 wurde eine Vergleichsverhandlung durchgeführt, an der aber kein Vergleich erzielt werden konnte (Urk. 59, Prot. S. 8).

7. In der Folge reichte die Klägerin am 6. März 2012 eine weitere Rechtschrift nebst Beilagen ein (Urk. 60 ff.). Mit Datum vom 28. März 2012 nahm der Beklagte diesbezüglich Stellung und reichte ebenfalls neue Urkunden ein (Urk. 65 ff.). Dazu nahm am 12. April 2012 wiederum die Klägerin Stellung und reichte erneut weitere Beilagen ins Recht (Urk. 71 ff.). Diese Eingabe wurde dem Beklagten samt Beilagen zur Kenntnis gebracht (Prot. II S. 10).

## **II. Prozessuale Grundlagen**

1. Vorliegend handelt es sich um ein Verfahren summarischer Natur, in dem die tatsächlichen Verhältnisse grundsätzlich nicht bis in alle Einzelheiten zu klären sind, sondern deren Glaubhaftmachung genügt. Dies bedeutet, dass das Gericht nicht von der Richtigkeit der aufgestellten Behauptungen überzeugt zu sein braucht. Vielmehr genügt es, dass aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die fraglichen Tatsachen besteht (immer noch: Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, § 110 N 5).

Weiter ist zu beachten, dass im summarischen Verfahren zwangsläufig mit Schätzungen und Pauschalen gearbeitet werden muss. Dies bewirkt eine gewisse Unschärfe; Berechnungen können nicht auf den Rappen genau durchgeführt werden, die tatsächlichen Kosten können von den Entscheidungsgrundlagen abweichen.

Da die Regelung nur während einer begrenzten Dauer gelten soll und auf nicht bewiesenen sondern nur glaubhaft gemachten Tatsachen basiert, können keine fein ziselierten und bis ins letzte Detail ausgearbeiteten Regelungen getroffen werden. Vielmehr gilt es, die wichtigsten Punkte in praktikabler Weise zu regeln; definitive und differenzierte Lösungen sind hernach in einem allfälligen Scheidungsverfahren zu erarbeiten.

2.1. Für das Eheschutzverfahren gilt der Untersuchungsgrundsatz gemäss Art. 272 ZPO. Dieser geht aber weniger weit als beispielsweise der Untersuchungsgrundsatz gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO in Bezug auf Kinderbelange, es wird daher auch vom "eingeschränkten Untersuchungsgrundsatz" gesprochen. Diese Differenzierung fliesst aus einer unterschiedlichen Gewichtung der Ziele, die in den verschiedenen Verfahren durch den Untersuchungsgrundsatz verfolgt werden. Während bei Kinderbelangen die Ermittlung der materiellen Wahrheit im Vordergrund steht, um die bestmögliche Lösung für das Kind zu treffen, zielt im Eheschutzverfahren der Untersuchungsgrundsatz eher darauf ab, unbeholfene oder unerfahrene Parteien zu unterstützen und zu schützen. Dementsprechend wird auch die Bezeichnung "sozialer Untersuchungsgrundsatz" verwendet (StaeHELIN/StaeHELIN/Grolimund, Zivilprozessrecht, Zürich 2008, S. 121 Rz. 27 m. H. auf BGE 125 III 238). Die Tragweite des eingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes gemäss Art. 272 ZPO wird durch den Umstand, dass – mit Ausnahme bezüglich vorliegend nicht streitiger Kinderbelange – das Eheschutzverfahren vom Dispositionsgrundsatz beherrscht ist, begrenzt (Art. 57 ZPO): Der Verfahrensgegenstand wird von den Parteien bestimmt. In diesem Rahmen muss das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen feststellen; darüber hinaus ist es weder verpflichtet, noch berechtigt, den Sachverhalt abzuklären. Mit anderen Worten bestimmt die Parteidisposition die Tragweite des Untersuchungsgrundsatzes. Insbesondere ist es dem Gericht in Verfahren, bei welchen der eingeschränkte Untersuchungsgrundsatz gilt, verwehrt, Tatsachen gegen den Willen der Parteien zu berücksichtigen (Hohl F., Procédure civile, Tome II, Compétence, délais, procédures et voies de recours, N 1169 und 1171).

2.2. Konkret bedeutet der soziale Untersuchungsgrundsatz, dass das Gericht den Parteien bei der Sammlung des Prozessstoffes durch Befragung und genaues Aktenstudium behilflich ist; es ist aber nach wie vor Sache der Parteien, die entscheiderelevanten Tatsachen in das Verfahren einzubringen. Das Gericht erforscht den Sachverhalt in diesem Sinne nicht, sondern stellt ihn fest (vgl. zum Ganzen Sutter-Somm/Lazic, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 272 N 6 ff. insbesondere N 12 - 14; StaeHELIN/StaeHELIN/Grolimund, a.a.O. S. 121 Rz. 26). Zu Handen der Klägerin sei an dieser Stelle vermerkt, dass

die Protokollierung der Kindesanhörung durchaus korrekt vorgenommen wurde. Es ist nicht erforderlich, dass ein formelles Protokoll unter Wahrung sämtlicher zivilprozessualer Vorschriften erstellt wird (vgl. Bodenmann/Rumo-Jungo, Die Anhörung von Kindern, in FAMPra 2003, S. 39 f.). Wesentlich ist, dass das Ergebnis festgehalten und den Parteien mitgeteilt wird (BGE 122 I 53).

3. Neue Vorbringen sind nur zulässig, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und überdies trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Diese Regelung gilt nach der Rechtsprechung auch im vereinfachten bzw. summarischen Verfahren mit beschränkter Untersuchungsmaxime (zur Publikation bestimmter BGE 4A\_228/2012 vom 28.08.2012, E.2.2).

4. An dieser Stelle ist daran zu erinnern, dass das Novenrecht nur Tatsachenbehauptungen betrifft. Neue rechtliche Behauptung sind stets zulässig, da das Gericht das Recht von Amtes wegen richtig anwenden muss.

### **III. Unterhaltsbeiträge**

1. Zentraler Streitpunkt ist vorliegend die Unterhaltspflicht des Beklagten gegenüber der Klägerin.

Die Vorinstanz legte die rechtlichen Grundlagen zur Bemessung der Unterhaltsbeiträge grundsätzlich richtig dar, auf diese Erwägungen kann verwiesen werden (Urk. 43 S. 19 Ziff. 5.1).

Da der Beklagte für sich selber keine Unterhaltsbeiträge verlangte und auf solche für die gemeinsame Tochter D.\_\_\_\_\_ verzichtete (Prot. I S. 3 unten), prüfte die Vorinstanz, ob der Unterhalt von D.\_\_\_\_\_ gewährleistet sei. Hierzu berechnete sie die Existenzminima der Parteien und ermittelte deren Einkommen. Sie ging von folgenden Zahlen aus (Urk. 43 S. 24 und S. 26 f.):

<b>Klägerin [Fr.]</b>		<b>Beklagter [Fr.]</b>
1'200.00	Grundbetrag	1'350.00
	Zuschlag D. _____	600.00
600.00	Wohnkosten	1'451.65
342.45	Krankenkasse	271.35
	Krankenkasse D. _____	113.85
30.00	Hausrat / Privathaftpflicht	100.00
138.50	Telefon, Radio, TV	158.50
	Reitsport D. _____	200.00
	Hund	12.50
392.40	Steuern	1043.50
<b>2'703.35</b>	<b>Total</b>	<b>5'301.15</b>
<b>4'400.00</b>	<b>Einkommen</b>	<b>8'919.50</b>

Auf dieser Grundlage kam sie zum Schluss, dass der Beklagte den Unterhalt von D. \_\_\_\_\_ auch ohne Unterstützung bewältigen könne. Der Verzicht auf Unterhaltsbeiträge für D. \_\_\_\_\_ sei daher zulässig. Beide Parteien hätten einen Überschuss zur Verfügung, der es ihnen erlaube, ihren bisherigen Lebensstandard zu finanzieren. Es seien daher keine persönlichen Unterhaltsbeiträge für die Klägerin festzulegen (Urk. 43 S. 27 Ziff. 5.5). Weite Teile dieser Unterhaltsberechnung blieben unbestritten und können daher auch den nachfolgenden Erwägungen zu Grunde gelegt werden.

2.1.1. Bereits vor der Vorinstanz hatte die Klägerin vorgebracht, dass die Wirtewohnung alt, klein und nicht für zwei Personen geeignet sei sowie, dass es kein eigenes Zimmer für D. \_\_\_\_\_ gäbe (Urk. 23 S. 4 oben). Die Wohnung sei zum Wohnen völlig ungeeignet, da sie direkt an der Hauptstrasse liege, wo morgens ab 5 Uhr starker Schwerverkehr herrsche (Urk. 33 S. 4). Weiter fügte die Klägerin in der persönlichen Befragung an, die Wohnung bestehe aus einem grossen Schlafzimmer, einem ziemlich grossen Wohnzimmer, einer kleinen Küche sowie einem WC mit Badewanne (Urk. 26 S. 5).

2.1.2. Neu brachte die Klägerin nun vor, die Wohnung befände sich in einer Altliegenschaft und sei nie renoviert worden. Sie habe einen ringhörigen Holzboden und aufgrund des Lärms könne nachts kein Fenster geöffnet werden. Sie benötige eine räumlich entferntere Wohnung, da sie sonst immer vom Personal gerufen werde und nicht zur Ruhe komme sowie, dass das Wohnzimmer nur

beschränkt zum Wohnen genutzt werden könne, da es auch als Büro für den Betrieb des Restaurants diene. Schliesslich sei die Wirtewohnung nicht geeignet, das Besuchsrecht auszuüben. (Urk. 42 S. 6 f.).

2.1.3. Alle neu angeführten Umstände hätten ohne Weiteres schon vor der Vorinstanz eingebracht werden können. Diese Behauptungen sind daher gemäss Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO (vgl. Ziff. II. 3.1. f. hiervor) verspätet und können nicht mehr berücksichtigt werden.

2.2.1. Vor der Vorinstanz hatte der Kläger bestätigt, dass die Wohnung ein grosses Wohn- und Esszimmer, ein Schlafzimmer und eine Küche habe. Die Wohnung sei zumutbar, da früher dort eine Familie mit Kind gelebt habe (Prot. I S. 7 und S. 8). Das Haus, in dem die Parteien zusammen gewohnt hätten, umfasse etwa 1'400 bis 1'500 Quadratmeter (gemeint ist wohl die Fläche des Grundstücks) inkl. einen grossen Garten (Prot. I S. 12).

2.2.2. Neu hielt der Beklagte den Vorbringen der Klägerin entgegen, es handle sich nicht um eine 2.5-Zimmerwohnung, sondern um eine 3-Zimmerwohnung mit einer Fläche von 115 m<sup>2</sup>. Diese Wohnung sei während 20 Jahren von einer Familie mit einer Tochter genutzt worden, die Wohnung könne daher nicht unzumutbar sein. Im Jahre 2002 seien vollkommen neue Isolierfenster installiert worden, weshalb die Klägerin während der Nacht das Wohnzimmerfenster offen lassen könne, was sie auch häufig tue. Das Wohnzimmer und das Elternschlafzimmer seien flächenmässig gleich gross wie das Restaurant und die Buffetanlage zusammen. Die Klägerin habe überdies noch drei Zimmer vermietet. Die Wohnung könne auch ohne Umbauten auf mehrere Räume ausgedehnt werden. Ob die Klägerin Ruhe vor dem Personal habe, sei eine Frage der richtigen Instruktion. Das Büro in der Wohnung sei maximal 2 m<sup>2</sup> gross. (Urk. 47 S. 1 - 3).

2.2.3. Vor der *ersten* Instanz können gemäss Art. 229 Abs. 3 ZPO in vom Untersuchungsgrundsatz beherrschten Verfahren Noven bis zur Urteilsberatung vorgebracht werden (Leuenberger in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., N 15 zu Art. 229 ZPO). Alle klägerischen Behauptungen sowie die Ausführungen von D.\_\_\_\_\_ anlässlich der Kinderanhörung waren dem Be-

klagen bekannt. Ihm wurde von der Vorinstanz mit Verfügung vom 11. April 2011 Frist angesetzt, um zur Kinderanhörung Stellung zu nehmen (Urk. 31). In der Folge verzichtete er mit Schreiben vom 11. Mai 2011 auf eine Stellungnahme (Urk. 38). In dieser Zeitspanne, während der die Vorinstanz nicht mit der Urteilsberatung beginnen konnte, hätte er ohne weiteres mit einer unaufgeforderten Eingabe an die Vorinstanz gelangen und die gerade hiervoor zusammengefassten Behauptungen anbringen können. Diese sind daher im Sinne von Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO verspätet (vgl. Ziff. II. 3.1. f. hiervoor).

Da die neuen Vorbringen der Klägerin bei der Urteilsfindung ebenfalls nicht zu beachten sind (vgl. Ziff. III. 2.1.1 ff. hiervoor), sind auch keine beklagtsche Noven zur diesbezüglichen Bestreitung zuzulassen.

2.3. Soweit die Parteien im weiteren Verlauf des Berufungsverfahrens neue Bestreitungen und Behauptungen zur Zumutbarkeit vorbrachten, die sich auf Umstände beziehen, welche bereits vor dem Zeitpunkt des vorinstanzlichen Entscheides bestanden (vgl. Urk. 53 S. 2 f.; Urk. 60 S. 2 f.; Urk. 65 S. 1 Ziff. 4), gilt für diese sinngemäss das Gleiche wie soeben unter den Ziff. III. 2.1.1. ff. hiervoor ausgeführt.

Auf Vorbringen, die sich auf Ereignisse, die sich zeitlich nach dem vorinstanzlichen Urteil zugetragen haben und daher bei der Vorinstanz nicht vorgebracht werden konnten, wird nachfolgend, soweit zur Urteilsfindung nötig, eingegangen.

3.1. Die Vorinstanz behandelte die Zumutbarkeit der Wirtewohnung nicht, ging aber stillschweigend von dieser aus.

3.2. Aufgrund der Vorbringen der Parteien vor der Vorinstanz, die mit den Aussagen von D. \_\_\_\_\_ in Einklang stehen (Urk. 30 S. 3), ist glaubhaft gemacht, dass die streitgegenständliche Wohnung eine 2.5-Zimmerwohnung von normaler Grösse ist, die an einer vielbefahrenen Strasse liegt. Ebenso ist erstellt, dass es sich bei der Familienwohnung der Parteien um ein Einfamilienhaus mit grossem Umschwung und Garten handelt.

3.3. Die Zumutbarkeit einer Wohnung kann nicht mathematisch exakt berechnet werden, es handelt sich vielmehr um einen ausgeprägten Ermessensentscheid. Auch ist die Zumutbarkeit individuell, diese ist im Einzelfall unter Berücksichtigung aller konkreten Umstände der Parteien zu prüfen; dass für andere Personen eine Wohnung zumutbar war, bedeutet daher entgegen der Ansicht des Beklagten nicht zwingend, dass diese auch in vorliegendem Verfahren als angemessen qualifiziert werden kann.

Im vorliegenden Fall blieb unbestritten, dass die Eheleute gemeinsam in einem Einfamilienhaus mit Garten auf einem grossen Grundstück gelebt hatten. Zwar wurde nichts zum Haus als solches vorgebracht, es kann aber im summarischen Eheschutzverfahren ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass die Wohnqualität im Einfamilienhaus nur schon aufgrund der Grössenverhältnisse und des Gartens deutlich höher war, als in der Wirtewohnung. Ebenso ist ohne weiteres eingänglich, dass es angenehmer ist, in einem Einfamilienhaus mit Umschwung und Garten zu leben, als in einer direkt an der Strasse gelegenen 2.5-Zimmerwohnung oberhalb einer Gastwirtschaft.

Soweit die Vorinstanz also die Zumutbarkeit der Wirtewohnung stillschweigend voraussetzte, kann ihr nicht gefolgt werden; insbesondere unter Berücksichtigung der bisherigen Wohnsituation erscheint die Wirtewohnung nicht als angemessen. Der Klägerin sind daher im Bedarf die Mittel zur Miete einer angemessenen Wohnung, die einen ähnlichen Wohnstandard wie ein Einfamilienhaus bietet, anzurechnen. Dies bedeutet natürlich nicht, dass nur ein Einfamilienhaus mit grossem Umschwung als angemessen betrachtet werden kann, schliesslich bewohnte die Beklagte die Familienwohnung nicht alleine, sondern zusammen mit ihrer Tochter und dem Beklagten. Ihr ist vielmehr – im Rahmen der finanziellen Möglichkeiten – eine Wohnung mit genügend Platz und auch einem Zimmer, das von D. \_\_\_\_\_ während der Besuchszeiten bewohnt werden kann, zuzugestehen.

3.4.1. Zur Bemessung der Miete reichte die Klägerin die von ihr am 21./23. März 2012 abgeschlossenen Mietverträge über eine 4.5-Zimmerwohnung und zwei Abstellplätze am 13. April 2012 ins Recht (Urk. 72/1 f.). Sie macht gel-

tend, ihr seien die entsprechenden Kosten in der Höhe von Fr. 2'241.– pro Monat im Bedarf anzurechnen (Urk. 71 S. 3 Ziff. 4).

Der Mietvertrag wurde nach dem Entscheid der Vorinstanz abgeschlossen und umgehend dem Gericht eingereicht, es handelt sich daher um ein im Sinne von Ziff. II. 3.1. f. hiervor gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässiges neues Vorbringen.

3.4.2. Es fällt dabei auf, dass die Klägerin selber zunächst ausführte, ein angemessener Mietzins betrage Fr. 2'000.– (Urk. 42 S. 7) sowie, dass sie dem Beklagten für den Fall, dass er aus der ehelichen Wohnung hätte ausziehen müssen, nur Fr. 1'500.– pro Monat an Wohnkosten zugestehen wollte (Urk. 23 S. 7). Dabei ist von Bedeutung, dass der Beklagte von zu Hause aus arbeitet und im Gegensatz zur Klägerin nicht über Logis bzw. Lager- und Büroraum am Arbeitsplatz verfügt (Urk. 27 S. 2). Hätte der Beklagte ausziehen müssen, wäre er in einer vergleichbaren Situation gewesen, wie die Klägerin nun ist. Er hätte eine dem bisher bewohnten Einfamilienhaus vergleichbare Wohnung benötigt, in der auch genügend Platz für D.\_\_\_\_\_ ist. Die Argumentation der Klägerin, dass sie Fr. 2'241.– pro Monat benötige, um angemessen zu wohnen, dem Beklagten dazu aber nur Fr. 1'500.– reichen sollten, ist insofern widersprüchlich.

Sodann können – besondere vorliegend nicht geltend gemachte Umstände vorbehalten – im Rahmen der Berechnung des familienrechtlichen Existenzminimums Parkplatzkosten für die Besuche von erwachsenen Kindern zum Vornherein nicht berücksichtigt werden. Derartige Kosten sind aus einem allfälligen Überschuss zu bezahlen oder den Verursachern zu überbinden; das gleiche gilt sinngemäss für die Möglichkeit, gelegentlich den Arbeitsweg mit dem Velo zurückzulegen. Auch das Argument, die Klägerin benötige einen direkten Zugang von der Tiefgarage in ihre Wohnung, da sie häufig frühmorgens nach Hause komme und Bargeld mit sich führe, dringt nicht durch. Zum einen ist nicht dargetan, dass in der Familienwohnung die Sicherheitssituation besser war sowie, dass keine Alternativen (Tresor im Restaurant, Nachttresor bei einer Bank oder ähnliches) bestehen.

Weiter ist nicht dargetan, dass die Gesuchstellerin eine 4.5-Zimmerwohnung benötigt. Auch unter Berücksichtigung eines Zimmers für D.\_\_\_\_\_ scheint eine 3 bis 3.5-Zimmerwohnung angemessen, steht doch der Klägerin auch die Wirt-wohnung im Restaurant E.\_\_\_\_\_ zur Verfügung.

Dem Beklagten werden im vorinstanzlichen Entscheid für sich und D.\_\_\_\_\_ Wohnkosten von rund Fr. 1'500.– pro Monat zugestanden (Urk. 43 S. 24). Relativierend muss in diesem Zusammenhang berücksichtigt werden, dass sich die Hypothekarzinsen auf einem historischen Tiefstand befinden, während die Mieten nach wie vor hoch sind. Ein Hauseigentümer hat daher im Moment in der Regel einen geringeren finanziellen Aufwand für das Wohnen als ein Mieter eines vergleichbaren Mietobjektes. Andererseits muss auch der Billigkeit wegen versucht werden, den Parteien Kosten für das Wohnen in ähnlicher Höhe zuzugestehen. Nicht vollends zutreffend ist die Argumentation der Klägerin, die Wohnkosten des Klägers seien irrelevant, sondern es sei auf den Mietwert abzustellen (Urk. 60 S. 2 unten). Der Klägerin ist beizupflichten, dass der Hypozins unter Umständen recht tief sein kann für ein sehr schönes Wohnobjekt, sei es weil viel Eigenkapital aufgewendet wurde, sei es wegen tiefer Zinsen oder ähnlichem, und dass für diese Kosten keine vergleichbare Wohnung gemietet werden kann. Die tatsächlichen Wohnkosten der Parteien müssen aber auch, wie schon erwähnt, unter dem Blickwinkel der Billigkeit betrachtet werden, überdies müssen sie im Verhältnis zu den vorhandenen Mitteln stehen und indizieren zudem auch in gewissem Umfang, wie viel Geld zum Wohnen während der ungetrennten Ehe aufgewendet wurde. Die Wohnungskosten des Beklagten sind daher durchaus zu beachten, aber nicht als allein ausschlaggebendes Kriterium, sondern als eines unter mehreren.

Weiter ist zu berücksichtigen, dass, wenn es finanziell möglich ist, auch der nicht obhutsberechtigten Partei eine Wohnung zugestanden werden soll, in welcher das Besuchsrecht (inkl. Übernachtung) gut ausgeübt werden kann. Andererseits darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass die Kinder in der Regel den deutlich grösseren Teil der Zeit bei der obhutsberechtigten Person verbringen, was bei dieser auch einen höheren Platzbedarf verursacht.

3.4.3. Insgesamt, unter Berücksichtigung des angespannten Wohnungsmarktes im Kanton Zürich, den hiervor dargelegten Kriterien und den Erfahrungswerten der Kammer ist der Klägerin ein Mietzins von Fr. 1'750.– pro Monat als angemessen anzurechnen.

3.4.4. Abschliessend ist anzumerken, dass der Bedarf der Parteien zwar anhand der einzelnen Positionen berechnet wird, aber keine Verpflichtung besteht, die Mittel genau für diese Positionen einzusetzen. Dies bedeutet, dass die Klägerin nicht verpflichtet ist für Fr. 1'750.– im Monat eine ruhige Gartenwohnung zu mieten. Dementsprechend müssen die Lärmbelastung und die sonstigen Eigenschaften der von der Klägerin gemieteten Wohnung nicht behandelt werden; diese sind für die Entscheidungsfindung irrelevant (vgl. Urk. 65 S. 1 Ziff. 4.1).

4.1.1. Der Beklagte bringt vor, der Klägerin seien höhere Mietzinseinnahmen als von der Vorinstanz anzurechnen, da nicht alle Mietzinseinnahmen in der Erfolgsrechnung ausgewiesen seien. Auch sei aufgrund von Investitionen in das Restaurant mit um Fr. 5'000.– tieferen Betriebskosten zu rechnen. Zudem betrage der Nettolohn der Gesuchstellerin nicht Fr. 4'400.– wie von der Vorinstanz angenommen, sondern Fr. 5'000.– (Urk. 47 S. 3 Ziff. 7). Im Weiteren habe die Klägerin einen Mercedes ... aus dem Cashflow des Restaurants gekauft (Urk. 50).

4.1.2. Für die höheren Mietzinseinnahmen werden keine Belege genannt, ausserdem blieb unbestritten, dass zwei Mieter ausgezogen sind (Urk. 53 S. 2 unten). Ein höheres Einkommen der Gesuchstellerin konnte somit nicht glaubhaft gemacht werden. Ähnliches gilt für die Betriebskosten, deren Senkung nicht belegt ist. Dem Beklagten ist zuzustimmen, dass die Klägerin tatsächlich Fr. 5'000.– pro Monat ausbezahlt erhält bzw. sich selber auszahlt. Sie hat aber keine Pensionskasse. Ihr wurde daher von der Vorinstanz ein monatlicher Betrag von Fr. 600.– für die private Vorsorge zugestanden (Urk. 43 S. 25 unten). Dieses Vorgehen ist nicht zu beanstanden, zumal die Höhe des Betrages vom Beklagten anerkannt wurde (Prot. I S. 9). Inwiefern die Anschaffung des Autos, die finanzielle Situation verändert, führt der Beklagte nicht aus, zumal für den Betrieb einer

Gastwirtschaft der Besitz eines Autos, insbesondere eines Kombis, durchaus sinnvoll scheint.

4.2. Der Beklagte kritisierte die vorinstanzliche Berechnung der Wohnkosten der Klägerin (Urk. 47 S. 3 Ziff. 7). Die Klägerin verlangt aber einen persönlichen Unterhaltsbeitrag erst ab Bezug einer Mietwohnung, vorliegend also ab dem 1. Mai 2012 (Urk. 42 S. 2). Aus diesem Antrag folgt, dass sie bis zum Zeitpunkt des Wohnungsbezuges den vorinstanzlichen Entscheid, gemäss welchem sie keine Unterhaltszahlungen erhält, akzeptiert. Es kann daher offen gelassen werden, ob die Wohnkosten der Klägerin für die Zeit, während der sie in der Wirtwohnung logierte, korrekt ist, da diese Zeitspanne nicht im Streit steht und für diese Zeit gemäss dem vorinstanzlichen Urteil auch kein Unterhalt bezahlt werden muss.

4.3.1. Die Beklagte macht geltend, ihre Prämie für die obligatorische Krankenversicherung sei von Fr. 283.95 (Urk. 24/13) auf Fr. 302.50 gestiegen (Urk. 60 S. 3 Ziff. 2). Dies wurde vom Beklagten anerkannt (Urk. 65 S. 1 Ziff. 2) und ist belegt (Urk. 62/2). Dementsprechend sind bei der Klägerin ab dem 1. Januar 2012 Fr. 361.– (inkl. Versicherung gemäss VVG) für die Krankenkasse anzurechnen.

4.3.2. Weiter argumentiert die Klägerin, ihr entstünden Fr. 97.– pro Monat an bisher unberücksichtigten Krankheitskosten und verwies dabei auf die Steuerbescheinigung ihrer Krankenkasse (Urk. 60 S. 3 Ziff. 2, Urk. 62/3 S. 1).

Der Beklagte anerkannte die Franchise von Fr. 300.–, weitere Mehrkosten bestritt er aber (Urk. 65 S. 1 Ziff. 3).

Der erwähnten Steuerbescheinigung kann entnommen werden, dass die Klägerin Fr. 1'767.60 an Gesundheitskosten hatte, wovon die Krankenkasse Fr. 904.85 übernahm. Die verbleibenden Kosten setzten sich aus der Franchise (Fr. 300.–), dem Selbstbehalt (Fr. 39.85) und einem nicht versicherten Anteil von Fr. 522.90 zusammen.

Bei der Existenzminimumberechnung sind nur die notwendigen Gesundheitskosten im Existenzminimum zu berücksichtigen. Darüber hinausgehende Gesundheitskosten, sind aus einem allfälligen Überschuss zu bezahlen. Im summarischen Eheschutzverfahren rechtfertigt es sich, davon auszugehen, dass die notwendigen Kosten von der Krankenkasse – insbesondere wenn im Existenzminimum auch Prämien für nicht obligatorische Versicherungen berücksichtigt werden – übernommen werden. Werden Gesundheitskosten von der Krankenkasse nicht übernommen, sind diese somit als nicht notwendig zu betrachten und daher aus dem Überschuss zu bezahlen.

Im Ergebnis sind der Klägerin die Kosten für die Franchise und der Selbstbehalt anzurechnen, insgesamt Fr. 339.85 pro Jahr oder rund Fr. 30.– pro Monat. Ein Betrag in dieser Höhe erscheint normal; Gesundheitskosten in dieser Höhe dürften bei praktisch jeder Person anfallen und müssten daher eigentlich aus dem Grundbetrag beglichen werden. Aufgrund der ausreichenden finanziellen Mittel rechtfertigt es sich aber, gewisse Individualisierungen an der Berechnung zuzulassen und den Betrag zu berücksichtigen.

5.1. Auch der Beklagte macht geltend, sein Bedarf habe sich geändert. Er habe im Einverständnis mit der Klägerin für D.\_\_\_\_s Pferd F.\_\_\_\_ einen Pensionsvertrag abgeschlossen, der Fr. 1'333.– pro Monat koste. Diese Kosten seien in seinem Existenzminimum zu berücksichtigen (Urk. 65 S. 1 f. Ziff. 4.2). Als Beleg nannte er einen Lohnausweis 2011 (wohl irrtümlich als Beilage 6 zitiert, es handelt sich aber um Beilage 5 bzw. Urk. 67/5). Dem betreffenden Lohnausweis lässt sich bezüglich Pferde pensionskosten nichts entnehmen, auch den weiteren Beilagen zur Noveneingabe lässt sich nichts zu den Kosten für F.\_\_\_\_ entnehmen (Urk.66/1-6). Die Kosten werden von der Klägerin bestritten (Urk. 71 S. 5 oben). Sie können daher nicht als glaubhaft gemacht gelten und sind deshalb nicht weiter zu behandeln.

5.2. Weiter trage D.\_\_\_\_ eine Spange, deren Kosten nicht vollumfänglich von der Krankenkasse übernommen werden. Er habe im Jahr 2011 für diese Spange Fr. 6'091.– bezahlen müssen. Er verwies hierzu auf eine Kostenübersicht der ... [Krankenkasse] (wohl irrtümlich zitiert als Beilage 5, es handelt sich aber eher um

Beilage 4 bzw. Urk. 67/4). Die Klägerin anerkennt zwar, dass D.\_\_\_\_\_ eine Spange trägt, bestreitet aber die Höhe der Kosten (Urk. 71 S. 5 Ziff. 6).

Der erwähnten Kostenübersicht kann nur entnommen werden, dass für D.\_\_\_\_\_ Gesundheitskosten in der Höhe von Fr. 332.85 übernommen werden mussten (Franchise und Selbstbehalt), mithin rund Fr. 28.– im Monat (Urk. 67/4). Die Kostenübersicht macht daher zusätzliche Gesundheitskosten von D.\_\_\_\_\_ in der Höhe von rund Fr. 500.– pro Monat nicht glaubhaft. Die Kosten können daher nicht berücksichtigt werden.

Aus den gleichen Gründen wie der Klägerin Fr. 30.– an zusätzlichen Gesundheitskosten pro Monat angerechnet werden können (vgl. Ziff. III. 4.3.2. hier- vor), können auch für D.\_\_\_\_\_ gerundet Fr. 30.– an Gesundheitskosten ange- rechnet werden. Konsequenterweise sind dann auch die Gesundheitskosten des Beklagte in der Höhe von gerundet Fr. 25.– im Monat einzeln zu berücksichtigen und anzurechnen (Urk. 67/6).

5.3.1. Weiter begehrt der Beklagte die Edition der Buchhaltung des Res- taurants E.\_\_\_\_\_, um die Mietzinseinnahmen der Klägerin zu überprüfen. Er merkt an, diese würden gemäss Angaben von D.\_\_\_\_\_ Fr. 1'550.– betragen (Urk. 65 S. 2 Ziff. 4.4). Die Einnahmen sind bestritten (Urk. 71 S. 5 Ziff. 7). Dem beklag- tischen Beleg, einem Bild des Briefkastens des Restaurants E.\_\_\_\_\_, kann nichts sachdienliches entnommen werden: Es ist zwar sichtbar, dass neben der Angabe "Restaurant E.\_\_\_\_\_ A.\_\_\_\_\_" weitere Anschriften am Briefkasten vorhanden sind, diese sind aber unleserlich, über ihre Aktualität ist nichts bekannt und sie lassen überdies keinen direkten Schluss auf Mietzinseinnahmen zu (Urk. 66/3). Weiter ist nicht nachvollziehbar, wie D.\_\_\_\_\_ Kenntnis der Buchhaltung des Res- taurant E.\_\_\_\_\_ haben und diese Geschäftsinterna an ihren Vater weitergeleitet haben soll.

Insgesamt gelingt es dem Beklagten somit nicht, ein höheres Einkommen der Klägerin glaubhaft zu machen, weshalb dem Antrag auf Edition der Buchhal- tung des Restaurants E.\_\_\_\_\_ in vorliegendem Verfahren nicht statt zu geben ist.

5.3.2. Die Vorbringen, dass D.\_\_\_\_\_ dem Beklagten Auskunft über die Buchhaltung der Klägerin gegeben hat, sowie das persönliche Schreiben von D.\_\_\_\_\_ (Urk. 67/1) geben zu Bedenken Anlass. Es kann nicht genau eruiert werden, wie D.\_\_\_\_\_ in den vorliegenden Prozess einbezogen wird und wurde, fest steht aber, dass sie konkrete Kenntnisse über den Inhalt des Verfahrens hat.

Die Parteien sind daher ganz grundsätzlich auf ihre Loyalitätspflichten hinzuweisen und zu ermahnen, D.\_\_\_\_\_ nicht aktiv in ihre Streitigkeiten zu involvieren. Dabei handelt es sich nicht nur um ein Gebot des Anstandes und der Vernunft, sondern um eine positivrechtliche Pflicht: Die in Art. 274 Abs. 1 ZGB statuierte Loyalitätspflicht beinhaltet, dass Vater und Mutter alles zu unterlassen haben, was das Verhältnis des Kindes zum anderen Elternteil beeinträchtigt oder die Aufgabe der erziehenden Person erschwert. Art. 274 ZGB verpflichtet die Eltern zu einem Mindestmass an Loyalität und Kooperation. Ein Elternteil darf nicht durch Äusserungen – Behauptungen, Fragen, Wertungen, Vermutungen, Verdächtigungen, Voraussagen – in Hörweite des Kindes dessen Gefühle für den anderen verletzen. Auch darf kein Elternteil dem Kind verwehren, sich eine eigene Meinung über den anderen zu bilden oder zu versuchen, es zum Bundesgenossen zu machen, indem er ihm ausgewählte Prozessakten oder Auszüge aus diesen zu lesen gibt oder Äusserungen aus den Verhandlungen offenbart. Zulässig und angezeigt ist dagegen objektive Information über das Verfahren (BK-Hegnauer, N 6 ff. zu Art. 274 ZGB).

6. Die weiteren Positionen der Unterhaltsberechnung sind zweitinstanzlich nicht mehr umstritten. Die Steuerlast ändert sich jedoch, da der Beklagte die Unterhaltsbeiträge von den Steuern absetzen kann, die Klägerin diese aber versteuern muss. Im Rahmen des summarischen Eheschutzverfahrens ist eine genaue Berechnung der Steuern nicht möglich, vielmehr muss das Gericht diese schätzen. Ausgehend von den dem vorinstanzlichen Entscheid zu Grunde gelegten Zahlen (Urk. 43 S. 24 und S. 26 ff.), ist von einer monatlichen Steuerbelastung von Fr. 900.– beim Beklagten und Fr. 550.– bei der Klägerin auszugehen; allfällige Mehrkosten müssen für die Dauer des Verfahrens aus dem Überschuss bezahlt werden.

7. Die Vorinstanz wählte zur Berechnung der Unterhaltsbeiträge die sogenannte zweistufige Methode. Diese basiert auf der Berechnung des familienrechtlichen Existenzminimums und der anschliessenden Verteilung eines allfälligen Überschusses. Diese Methode kommt vor allem bei "normalen" finanziellen Verhältnissen zur Anwendung und hat den Vorteil, dass der gemeinsame Lebensstandard nicht konkret berechnet werden muss. Es wird vielmehr vermutet, dass nach Verteilung der verfügbaren Mittel, der gemeinsame Lebensstandard im Rahmen des Möglichen gewährleistet ist.

Wird in guten bis sehr guten finanziellen Verhältnissen hingegen die sogenannte einstufige Methode angewendet, muss der gemeinsame Lebensstandard konkret berechnet werden und bildet in der Folge die Obergrenze für Unterhaltszahlungen.

Die Anwendung der zweistufigen Methode ist vorliegend aufgrund der Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Parteien noch angebracht, zumal aus den Vorbringen der Parteien klar hervorgeht, dass auch sie von dieser Berechnungsmethode ausgehen. Ein Verzicht auf eine Teilung ist aber nur zulässig, wenn der gemeinsame Lebensstandard bekannt ist und dessen Deckung aus eigener Kraft der Parteien sichergestellt ist. Da die Vorinstanz jedoch weder den gemeinsamen Lebensstandard konkret berechnet hatte, noch die Parteien diesbezügliche Behauptungen vorbrachten, ist der gemeinsame Lebensstandard nicht bekannt. Das Vorgehen der Vorinstanz ist daher methodisch nicht korrekt. Vielmehr ist der Überschuss zu teilen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Beklagte die Obhut über D.\_\_\_\_\_ hat und die gesamten finanziellen Lasten für sie trägt; die Klägerin muss keine Kinderunterhaltsbeiträge entrichten. Es ist daher angemessen, dem Kläger 2/3 des Überschusses zuzusprechen.

8. Die Klägerin verlangt einen persönlichen Unterhaltsbeitrag ab Bezug einer Mietwohnung, vorliegend also ab dem 1. Mai 2012 (Urk. 42 S. 2). Bis zu diesem Zeitpunkt akzeptiert sie den vorinstanzlichen Entscheid, gemäss welchem sie keine Unterhaltszahlungen erhält. Im Ergebnis präsentiert sich die finanzielle Situation der Parteien daher ab dem 1. Mai 2012 wie folgt:

<b>Klägerin [Fr.]</b>		<b>Beklagter [Fr.]</b>
1'200.00	Grundbetrag	1'350.00
	Zuschlag D. _____	600.00
1'750.00	Wohnkosten	1'451.65
361.00	Krankenkasse	271.35
	Krankenkasse D. _____	113.85
30.00	Gesundheitskosten (inkl. D. _____)	55.00
30.00	Hausrat / Privathaftpflicht	100.00
138.50	Telefon, Radio, TV	158.50
	Reitsport D. _____	200.00
	Hund	12.50
550.00	Steuern	900.00
<b>4'059.50</b>	<b>Total</b>	<b>5'212.85</b>
<b>4'400.00</b>	<b>Einkommen</b>	<b>8'919.50</b>
340.50	<b>Überschuss</b>	3'706.65

Unter Ziff. III. 7. hiervor wurde dargelegt, dass der Überschuss im Verhältnis 1/3 zu 2/3 zwischen der Klägerin und dem Beklagten zu verteilen ist. Der gesamte Überschuss beträgt rund Fr. 4'000.–. Die Klägerin hat Anspruch auf 1/3 dieses Überschusses, was der Summe von rund Fr. 1'333.– entspricht. Da die Klägerin selber einen Überschuss von rund Fr. 340.– erwirtschaften kann, ist es angebracht, den Beklagten zu Unterhaltszahlungen von Fr. 1'000.– im Monat zu verpflichten. Diesfalls steht der Klägerin ein Überschuss von rund Fr. 1'340.– und dem Beklagten ein solcher in der Höhe von rund Fr. 2'700.– zur Verfügung, was gerundet dem Verhältnis von 1:2 entspricht.

#### **IV. Kosten und Entschädigung im vorinstanzliche Verfahren**

1.1. Die Klägerin rügt die vorinstanzliche Gerichtsgebühr als ungebührlich hoch. Die Bemühungen des Gerichts hätten sich im üblichen Rahmen gehalten, es habe nur eine Verhandlung stattgefunden und der Aufwand des Gerichts für die Begründung des Massnahmenentscheides und des Endentscheides dürften sich aufgrund deren Oberflächlichkeit sehr im Rahmen gehalten haben (Urk. 42 S. 9).

Der Beklagte äusserte sich zur Höhe der vorinstanzlichen Gerichtsgebühr nicht (Urk. 47 S. 4).

Die Vorinstanz qualifizierte das Eheschutzverfahren in Anwendung von § 5 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) als grundsätzlich nicht vermögensrechtliche Streitigkeit. Sie ging aber aufgrund der geforderten Unterhaltsbeiträge von Fr. 4'000.–, die sie unter Hinweis auf Art. 114 ZGB mit Fr. 96'000.– kapitalisierte, davon aus, dass gemäss § 5 Abs. 2 GebV OG dennoch auf den Streitwert im Sinne von § 4 Abs. 1 GebV OG abzustellen sei. Es habe ein Entscheid über superprovisorische Massnahmen gefällt, eine Kinderanhörung und eine voll durchplädierte Verhandlung durchgeführt, zahlreiche Eingaben entgegengenommen und schliesslich ein begründetes Urteil erlassen werden müssen. Die Gerichtsgebühr sei daher auf Fr. 7'500.– festzulegen (Urk. 43 S. 28 Ziff. IV. 2.).

1.2. Ein Eheschutzverfahren ist vor den kantonalen Instanzen als nicht vermögensrechtlich im Sinne von § 5 Abs. 1 GebV OG zu qualifizieren. Diese Bestimmung legt in Verbindung mit § 6 Abs. 2 lit. b GebV OG einen Gebührenrahmen von Fr. 150.– bis Fr. 13'000.– fest. § 5 Abs. 2 GebV OG kommt zur Anwendung, wenn im Rahmen einer nicht vermögensrechtlichen Angelegenheit über vermögensrechtliche Ansprüche entschieden werden muss, die das Verfahren aufwendig gestalten. Vorliegend war durchaus auch über Unterhaltsbeiträge zu befinden, mithin über vermögensrechtliche Belange. Die finanzielle Situation der Parteien war aber nicht übermässig komplex. So übt die Klägerin zwar eine selbstständige Tätigkeit aus, ihre wirtschaftliche Situation und auch ihre Unternehmung, eine Gastwirtschaft, ist aber nichts aussergewöhnliches. Die Dokumentation der finanziellen Belange ist nicht unübersichtlich, es waren keine anspruchsvollen wirtschaftlichen Fragen zu klären, komplexe Buchhaltungen zu sichten oder ähnliches. Die vorliegend zu klärenden vermögensrechtlichen Belange gestalteten das Verfahren daher nicht aufwendig im Sinne von § 5 Abs. 2 GebV OG, diese Bestimmung kommt somit nicht zur Anwendung. Innerhalb des hiervoor dargelegten Rahmens ist die Gebühr daher gemäss § 5 Abs. 1 GebV OG

nach dem tatsächlichen Streitinteresse, dem Zeitaufwand des Gerichts und der Schwierigkeit des Falles zu bemessen.

Die vorliegend Problematik ist vergleichbar mit jener bei der Überprüfung eines vorinstanzlichen Entscheides über die Entschädigung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters. Dabei wird der vorinstanzliche Entscheid mit freiem Ermessen auch auf Angemessenheit geprüft, jedoch wird aufgrund der grösseren Sachnähe der Vorinstanz nur mit einer gewissen Zurückhaltung in einen vertretbaren Ermessensentscheid eingegriffen (vgl. dazu Blickenstorfer, in DIKE Kommentar, N 5 zu Art. 310 ZPO; Reetz/Afheldt, N 4 zu Art. 320 ZPO sowie ZR 111/2012 S. 161, Nr. 53).

Da vor der Vorinstanz ein gewichtiger Streitpunkt die Obhutsregelung der gemeinsamen Tochter war, ist von einem hohen Streitinteresse der Parteien auszugehen, was erhöhend auf die Gerichtsgebühr wirkt. Zum Zeitaufwand des Gerichtes ist zunächst grundsätzlich anzumerken, dass der Klägerin nicht gefolgt werden kann, der angefochtene Entscheid sei oberflächlich (Urk. 42 S. 9). Zu beachten ist, dass es sich um ein summarisches Verfahren handelt, in welchem naturgemäss nicht umfassendste Urteile redigiert werden können. Die Vorinstanz ging weiter zu Recht von einem höheren Zeitaufwand aus, musste doch tatsächlich über superprovisorische Massnahmen befunden, eine Kinderanhörung durchgeführt, die Hauptverhandlung voll durchplädiert und mehrere, zum Teil ausführliche Eingaben entgegengenommen werden. Der Fall kann andererseits nicht als besonders komplex qualifiziert werden, es waren keine aussergewöhnlichen Rechtsfragen zu klären, die Sachlage war weitgehend überschaubar und schliesslich war auch nicht über zahlreiche streitige Punkte zu befinden, vielmehr beschränkten sich die streitigen Punkte neben der Obhutzuteilung auf die Zuteilung der Familienwohnung und Unterhaltsfragen. Alle diese Fragen sind üblicherweise in Eheschutzverfahren zu klären.

1.3. Unter Berücksichtigung dieser hiavor dargelegten Umstände und im Vergleich mit den durchschnittlichen Gerichtsgebühren sowie dem Kostenrahmen von Fr. 150.– bis Fr. 13'000.– in Eheschutzverfahren (vgl. Ziff. IV. 1.2. hiavor), erscheint eine Gerichtsgebühr von Fr. 7'500.– auch bei zurückhaltender Ermes-

sensausübung als zu hoch. Es rechtfertigt sich, die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens auf Fr. 5'000.– festzusetzen.

2. Die Höhe der Parteientschädigung von Fr. 6'000.– für das vorinstanzliche Verfahren wurde nicht gerügt. Sie gibt zu keinen weiteren Bemerkungen Anlass und ist angemessen.

3.1. Grundsätzlich werden die Kosten gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO nach Obsiegen und Unterliegen verlegt. Gemäss bisheriger Rechtsprechung des Obergerichtes waren aber die Kosten des Verfahrens mit Bezug auf Kinderbelange unabhängig vom Ausgang den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses gute Gründe zur Antragstellung hatten. Diesfalls wurden auch keine Prozessentschädigungen ausgerichtet (ZR 84 Nr. 41).

Diese Rechtsprechung ist auch unter dem eidgenössischen Zivilprozessrecht sachgerecht. Dies insbesondere, da Art. 107 Abs. 1 lit. b und c ZPO ausdrücklich vorsieht, dass das Gericht in Fällen, in denen eine Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst war, sowie in familienrechtlichen Verfahren von den üblichen Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen kann (vgl. auch Beschluss und Urteil vom 25. Januar 2012, Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, Geschäft Nr. LE110049, abzurufen unter <http://www.gerichte-zh.ch/entscheide/entscheide-suchen.html>). Dabei ist unter Kinderbelangen die elterliche Sorge (früher elterliche Gewalt), die Obhut und das Besuchsrecht zu verstehen. Obwohl Entscheidungen in diesen Punkten sehr häufig die Entscheidung in anderen Punkten beeinflussen (insbesondere die Kinderunterhaltsbeiträge), gilt die Praxis der hälftigen Kostenauflage für weitere Streitpunkte zumindest dann nicht, wenn diesen eigenständige Bedeutung zukommt.

Wenn wie vorliegend sowohl Kinderbelange (Obhut) als auch andere Belange (Ehegattenunterhalt, Zuweisung der Familienwohnung) zu regeln sind, muss abgeschätzt werden, in welchem Umfang die Kosten auf die Kinderbelange und die restlichen Belange entfallen. Gegebenenfalls sind die Kosten betreffend Kin-

derbelange hälftig aufzuerlegen, die weiteren Kosten aber gemäss Obsiegen und Unterliegen zu verteilen.

3.2. Dass die Parteien durchaus achtenswerte Gründe für ihre Anträge bezüglich der Obhut über D.\_\_\_\_\_ hatten, ist ohne weiteres zu bejahen. Ebenso offensichtlich ist, dass die Obhutzuteilung der gewichtigste Streitpunkt war. Andererseits war auch die finanzielle Situation der Parteien zu klären und zudem über superprovisorische Massnahmen zu befinden, da der Beklagte der Klägerin den Zugang zu Familienwohnung verunmöglicht hatte.

Insgesamt ist davon auszugehen, dass rund die Hälfte der Kosten auf die Kinderbelange entfällt. Diese Kosten sind den Parteien entsprechend je zur Hälfte aufzuerlegen.

Die andere Hälfte entfällt auf die Zuteilung der Familienwohnung, wobei die Klägerin vollumfänglich unterliegt, sowie auf die beantragten Unterhaltszahlungen von Fr. 4'000.– pro Monat, wobei die Klägerin zu 3/4 unterliegt. Diese Kosten sind der Klägerin daher zu 7/8 aufzuerlegen.

Im Ergebnis – in gesamthafter Betrachtung aller Umstände – sind die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens der Klägerin zu 7/10 aufzuerlegen und dem Beklagten zu 3/10. Dementsprechend ist die Klägerin in Anwendung von Art. 106 Abs. 2 ZPO zu verpflichten, dem Kläger eine auf 4/10 reduzierte Prozessentschädigung in der Höhe von Fr. 2'400.– zuzüglich 8% Mehrwertsteuer (Fr. 192.–), mithin insgesamt Fr. 2'592.– zu bezahlen.

## **V. Kosten und Entschädigung im Berufungsverfahren**

1. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 2 lit. a, c und d sowie § 12 Abs. 1 und 2, § 5 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 3'200.– festzusetzen.

2.1. Gemäss Art. 105 Abs. 2 ZPO spricht das Gericht nach den Tarifen im Sinne von Art. 96 ZPO eine Parteientschädigung zu und verlegt diese in Anwen-

dung von Art. 106 Abs. 2 ZPO. Gemäss §1 Abs. 2 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV; LS 215.3) i.V.m. § 11 AnwGebV setzt sich die Entschädigung aus einer Grundgebühr und allfälligen Zuschlägen sowie den nötigen Auslagen zusammen. Im Eheschutzprozess beträgt die Grundgebühr gemäss § 6 Abs. 1 - 3 AnwGebV i.V.m. § 5 Abs. 1 AnwGebV rund Fr. 470.– bis Fr. 16'000.–. In diesem Rahmen ist sie unter Berücksichtigung der Verantwortung, der Schwierigkeit des Falls und des Zeitaufwandes im Sinne von § 5 Abs. 1 AnwGebV festzulegen. Für das Rechtsmittelverfahren ist gemäss § 13 Abs. 1 AnwGebV nur noch darauf abzustellen, was vor der Rechtsmittelinstanz noch streitig war.

2.2. Vorliegend war nur noch die vorinstanzliche Gerichtsgebühr und die persönlichen Unterhaltsbeiträge für die Klägerin streitig. Die Anwälte trugen im vorliegenden Verfahren nicht überdurchschnittlich viel Verantwortung; unterhaltsrechtliche Fragen weisen zwar durchaus eine gewisse Komplexität auf, müssen aber sehr häufig entschieden werden, es kann daher auch nicht von einer besonderen Schwierigkeit ausgegangen werden, das gleiche gilt entsprechend für den Zeitaufwand. Es kam aber zu mehreren Schriftenwechseln und die Parteien mussten zu einer Vergleichsverhandlung am Gericht erscheinen (Prot. S. 8). Der dadurch entstandene Aufwand rechtfertigt einen Zuschlag gemäss § 2 Abs. 2 AnwGebV.

2.3. Insgesamt ist damit von einer vollen Parteientschädigung von Fr. 3'000.– auszugehen.

3. Die Klägerin verlangte vor Obergericht die Zusprechung von persönlichen Unterhaltsbeiträgen in der Höhe von Fr. 1'620.–, die Herabsetzung der Gerichtsgebühr, die hälftige Kostenaufgabe auf die Parteien und den Verzicht auf Zusprechung von Parteientschädigungen (Urk. 42 S. 2). Der Beklagte verlangte die Abweisung der Berufung (Urk. 47 S. 1). Im Ergebnis werden der Klägerin persönliche Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 1'000.– zugesprochen, die Gerichtsgebühr wird um Fr. 2'500.– gesenkt und die Kosten der Vorinstanz werden der Klägerin zu 7/10 auferlegt. Ihrem ersten Antrag wird zu rund 5/8 entsprochen, mit dem zweiten Antrag dringt sie durch und mit dem dritten und vierten Antrag ob-

siegt sie zum grösseren Teil. Die Verlegung der Kosten lässt sich dabei aber nicht einfach mathematisch berechnen, da die Anträge der Klägerin unterschiedlich zu gewichten sind. Insbesondere kommt dem Antrag auf Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen hervorragende Bedeutung zu. Insgesamt sind daher dem Beklagten  $\frac{3}{4}$  der Kosten aufzuerlegen und  $\frac{1}{4}$  der Kosten der Klägerin. Dem entsprechend ist der Beklagte zu verurteilen, der Klägerin eine auf  $\frac{1}{2}$  reduzierte Prozessentschädigung in der Höhe von Fr. 1'500.– zuzüglich 8% Mehrwertsteuer (Fr. 120.–) zu bezahlen.

### **Es wird beschlossen:**

1. Es wird vorgemerkt, dass die Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Pfäffikon vom 16. Mai 2011 im folgenden Umfang am 30. Mai 2011 in Rechtskraft erwachsen ist:
  - " 1. Das Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen für die Dauer des Eheschutzverfahrens wird abgewiesen.
  2. Das Begehren, dem Beklagten die Frist zur Stellungnahme zur Aktennotiz über die Kindesanhörung nicht mehr als einmal um 5 Tage zu erstrecken, wird in Folge Gegenstandslosigkeit als erledigt abgeschrieben.
  3. Es wird kein Kinderzuteilungsbericht eingeholt.
  
2. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Pfäffikon vom 16. Mai 2011 im folgenden Umfang am 30. Mai 2011 in Rechtskraft erwachsen ist:
  - " 1. Es wird festgestellt, dass die Parteien bereits getrennt leben, und es wird ihnen das Getrenntleben auf unbestimmte Zeit bewilligt.
  2. Das Kind D.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.1998, wird für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut des Beklagten gestellt.

3. Die Klägerin wird berechtigt erklärt, das Kind D.\_\_\_\_\_ jeweils von Dienstag Nachmittag nach Schulschluss bis am Mittwoch Morgen, von Donnerstag Nachmittag nach Schulschluss bis am Donnerstag Abend, am ersten Wochenende eines jeden Monats von Freitag Abend bis Sonntag Abend und am 2. Weihnachtsfeiertag sowie in Jahren mit gerader Jahreszahl über Ostern und in solchen mit ungerader Jahreszahl über Pfingsten zu sich oder mit sich auf eigene Kosten auf Besuch zu nehmen.

Ferner wird die Klägerin berechtigt erklärt, das Kind jährlich während 3 Wochen in den Schulferien zu sich oder mit sich auf eigene Kosten in die Ferien zu nehmen. Sie teilt dem Beklagten 2 Monate im Voraus mit, wann sie das Ferienbesuchsrecht ausüben will.

Ein weitergehendes Besuchsrecht regeln die Parteien untereinander und im Einverständnis mit dem Kind.

4. Die eheliche Wohnung, ...strasse ..., ... C.\_\_\_\_\_, wird für die Dauer des Getrenntlebens dem Beklagten zur alleinigen Benutzung zugewiesen.

(...)

6. Es wird zwischen den Parteien rückwirkend per 30. März 2011 der Güterstand der Gütertrennung angeordnet.

(...)

(...)

(...)

3. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin rückwirkend ab 1. Mai 2012 monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats Fr. 1'000.– zu bezahlen. Im weiteren Umfang wird die Klage abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das erstinstanzliche Urteil wird festgesetzt auf Fr. 5'000.–.
5. Die erstinstanzlichen Kosten werden zu 7/10 der Klägerin und zu 3/10 dem Kläger auferlegt.
6. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 2'592.– zu bezahlen.
7. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'200.–.
8. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin zu 1/4 und dem Beklagten zu 3/4 auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin den geleisteten Vorschuss im Umfang von Fr. 2'400.– zu ersetzen.
9. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Berufungsverfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'620.– zu bezahlen.
10. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren Pfäffikon und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

11. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder

Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen (Art. 98 BGG).

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt über Fr. 30'000.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 20. Dezember 2012

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. G. Kenny

versandt am:  
se