

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LE120032-O/U

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Dr. G. Pfister und  
lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. E. Iseli

## Urteil vom 3. Dezember 2012

in Sachen

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

Gesuchsgegner und Berufungskläger

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

gegen

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

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

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

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

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 5. Abteilung, vom  
4. April 2012 (EE110098)**

**Rechtsbegehren der Gesuchstellerin:**

(Urk. 7 S. 1 f.)

- " 1. Es sei festzuhalten, dass die Parteien seit dem 6. April 2011 getrennt leben.
2. Es sei der Gesuchstellerin die Obhut über die gemeinsamen Kinder C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.1997, und D.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.1999, zuzuteilen.
3. Es sei dem Gesuchsgegner betreffend D.\_\_\_\_\_ ein begleitetes Besuchsrecht zu gewähren.
4. Es sei die eheliche Wohnung an der ...strasse ... in E.\_\_\_\_\_ samt Hausrat und Mobiliar der Gesuchstellerin und den Kindern zur alleinigen Benützung zu überlassen.
5. Es sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin und den Kindern monatliche Unterhaltsbeiträge wie folgt zu bezahlen:  
für April: Fr. 7'774.--  
ab Mai 2011 bis zur Rückkehr der Gesuchstellerin in die eheliche Wohnung: Fr. 10'174.--  
ab der Rückkehr der Gesuchstellerin in die eheliche Wohnung bis Juli 2012: Fr. 7'774.--  
ab August 2012: Fr. 9'174.--  
  
(...)  
  
Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWST zulasten des Gesuchsgegners."

**Rechtsbegehren des Gesuchsgegners:**

(act. 34 S. 2 ff.)

- " 1. Trennungspunkt  
Es sei festzustellen, dass die Parteien seit dem 06.04.2011 getrennt und hierzu berechtigt sind.
2. Zuteilung der ehelichen Wohnung und des Hausrats  
Die vormals eheliche Wohnung an der ...str. ... sowie der sich darin befindliche Hausrat und das Mobiliar seien für die Dauer der Trennung dem Gesuchsgegner zum ausschliesslichen Gebrauch zuzuweisen.

### 3. Kinderbelange

#### 3.1. Hauptantrag

- a) Die der Ehe der Parteien entsprossenen Kinder C.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.1997, und D.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.1999, seien für die Dauer der Trennung unter die alleinige Obhut des Gesuchsgegners zu stellen.
- b) Der Gesuchstellerin sei entsprechend ein praxisübliches Besuchs- und Ferienbesuchsrecht gegenüber den Kindern einzuräumen.

#### 3.2. Eventualantrag

- a) Für den Fall, dass die der Ehe entsprossenen Kinder unter die Obhut der Gesuchstellerin gestellt werden, sei über die Kinder eine allgemeine Erziehungsbeistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB zu errichten und die zuständige Vormundschaftsbehörde sei anzuweisen, den Erziehungsbeistand mit den Aufgaben zu betrauen:
  - Die Entwicklung der Kinder zu überwachen und dafür besorgt zu sein, dass eine angemessene, dem Kindeswohl konforme Pflege und Erziehung der Kinder durch die Mutter gewährleistet ist.
- b) Diesfalls sei dem Gesuchsgegner das Recht einzuräumen, seine Kinder an jedem zweiten Wochenende von Freitag, 18.00 Uhr, bis Sonntag, 18.00 Uhr, zu sich auf Besuch zu nehmen. Überdies sei dem Gesuchsgegner ein Ferienrecht gegenüber seinen Kindern von vier Wochen (28 Tage) pro Jahr einzuräumen.
- c) Die Kinderunterhaltsbeiträge seien so festzulegen, dass sie den monatlichen Betrag der vom Gesuchsgegner erhaltenen Kinderrenten (derzeit Fr. 1'247.00 je Kind) und Monat nicht übersteigen.

### 4. Trennungsunterhalt für die Gesuchstellerin

- a) Für den Fall, dass dem Hauptantrag gemäss Ziff. 3.1. vorstehend entsprochen wird, sei davon abzusehen, der Gesuchstellerin für die Dauer der Trennung Unterhalt zuzusprechen.
- b) Für den Fall, dass dem Eventualantrag gemäss Ziff. 3.2. vorstehend entsprochen wird, sei der Gesuchstellerin für sie allein ein Unterhaltsbeitrag zuzusprechen, der für die Zeit vom 06.04.2011 bis 31.12.2011 den Betrag von Fr. 2'707.00 und für die Zeit ab 01.01.2012 den Betrag von Fr. 2'345.00 nicht übersteigt.
- c) Der Gesuchsgegner sei zu berechtigen, allfällig gemäss Ziff. 3.2. lit. c und Ziff. 4 lit. b vorstehend verfügte Unterhaltsverpflichtungen mit dem von der Gesuchstellerin eigenmächtig ab Konti

des Gesuchsgegners bezogenen Betrag von Fr. 49'092.00 zu verrechnen.

5. Auskunftspflicht gemäss Art. 170 ZGB

Die Gesuchstellerin sei gestützt auf Art. 170 ZGB zu verpflichten, dem Gesuchsgegner respektive dem Gericht folgende Urkunden herauszugeben und die entsprechenden Auskünfte zu erteilen:

- Kaufvertrag betreffend das während der Ehe durch die Gesuchstellerin erworbene Haus in F.\_\_\_\_\_
- Bankbelege, die den Nachweis der Finanzierung des Hauses in F.\_\_\_\_\_ erbringen
- Mieterspiegel Haus in F.\_\_\_\_\_ und Belege für die Mietzeins-einnahmen dieses Hauses
- Lohnausweis betreffend die Gesuchstellerin der Jahre 2009, 2010 und 2011
- Nachweise über Arbeitssuchbemühungen der Gesuchstellerin seit der Trennung bis heute.

6. Sämtliche von den vorstehenden Rechtsbegehren abweichende Anträge der Gesuchstellerin seien abzuweisen.

7. Unter voller Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten der Gesuchstellerin."

**Prozessuale Anträge der Gesuchstellerin:**

(act. 41 S. 2)

- " 1. Es sei den beiden Kindern der Parteien, C.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.1997, und D.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.1999, in analoger Anwendung von Art. 146/147 ZGB ein Prozessbeistand zu bestellen.
2. Es sei die Vormundschaftsbehörde E.\_\_\_\_\_ anzuweisen, eine in Rechtsbelangen der Kinder erfahrene Person als Prozessbeistand zu bezeichnen.
3. Es sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin einen Prozesskostenvorschuss von CHF 20'000.-- zu leisten. Eventualiter: Es sei der Gesuchstellerin die unentgeltliche Prozessführung sowie die unentgeltliche Rechtsverbeiständung durch Rechtsanwältin Y.\_\_\_\_\_ zu bewilligen."

**Prozessuale Anträge des Gesuchsgegners:**

(act. 34 S. 5)

- "1. Es sei zur Frage der Erziehungsfähigkeit beider Parteien und zur Frage der Obhutzuteilung über die Kinder beim Kinder- und Jugendpsychiatrischen Dienst des Kantons Zürich, ... [Adresse], ein Gutachten einzuholen und über die Zuteilung der Obhut über die Kinder sei alsdann zu entscheiden.
2. Das Verfahren vor dem Bezirksgericht Zürich sei schriftlich weiterzuführen."

**Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 4. April 2012:**

(Urk. 54)

- "1. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Parteien seit dem 6. April 2011 getrennt leben.
2. Die Obhut über die Kinder C.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.1997, und D.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.1999, wird der Gesuchstellerin zugeteilt.
3. Der Gesuchsgegner wird für berechtigt erklärt, die Kinder unbegleitet
  - jedes zweite Wochenende von Samstag, 09.00 Uhr, bis Sonntag, 18.00 Uhr,
  - in ungeraden Jahren jeweils über die Osterfeiertage von Karfreitag bis und mit Ostermontag und in geraden Jahren von Pfingstsamstag bis und mit Pfingstmontag,
  - jedes Jahr am zweiten Tag der Weihnachtsfeiertage, d.h. am 26. Dezember,
  - sowie in geraden Jahren über die Neujahrsfeiertage vom 31. Dezember (des geraden Jahres) bis am 1. Januar und am drauffolgenden Neujahr am zweiten Neujahrsfeiertag, d.h. am 2. Januar, auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Zudem wird der Gesuchsgegner für berechtigt erklärt, die Kinder für die Dauer von zwei Wochen pro Jahr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen. Die Ausübung des Ferienbesuchsrechts hat der Gesuchsgegner mindestens drei Monate im Voraus mit der Gesuchstellerin abzusprechen.

Weitere Besuche im gegenseitigen Einvernehmen der Parteien sind jederzeit möglich.

4. Es wird keine Erziehungsbeistandschaft errichtet.

5. Die eheliche Wohnung an der ...strasse ... wird, inkl. Hausrat und Mobilien, für die Dauer des Getrenntlebens der Gesuchstellerin und den Kindern zur alleinigen Benützung zugewiesen.
6. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin an den Unterhalt und die Erziehung der Kinder einen monatlichen Unterhaltsbeitrag in der Höhe von je Fr. 1'247.-- pro Kind, zuzüglich vertraglicher und/oder gesetzlicher Kinderzulagen, zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, rückwirkend ab 1. April 2011.
7. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin ab April 2011 und für die weitere Dauer des Getrenntlebens für sie persönlich monatliche Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 3'496.-- zu bezahlen. Diese Unterhaltsbeiträge sind zahlbar monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.

Der Antrag des Gesuchsgegners, wonach er zur Verrechnung der Unterhaltsbeiträge berechtigt zu erklären sei (Ziff. 4 c), wird abgewiesen.

8. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner durch Zustellung der entsprechenden Unterlagen in Kopie die folgenden Auskünfte über ihre finanziellen Verhältnisse zu erteilen:
  - Kaufvertrag betreffend das während der Ehe durch die Gesuchstellerin erworbene Haus in F. \_\_\_\_\_
  - Bankbelege, die den Nachweis der Finanzierung des Hauses in F. \_\_\_\_\_ erbringen
  - Mieterspiegel Haus in F. \_\_\_\_\_ und Belege für die Mietzinseinnahmen dieses Hauses
  - Lohnausweis betreffend die Gesuchstellerin der Jahre 2009, 2010 und 2011.

Im Übrigen wird der Editionsantrag des Gesuchsgegners abgewiesen.

9. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 4'500.00 ; die weiteren Auslagen betragen:  
Fr. 262.50 Dolmetscherkosten

Weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

10. Die Kosten werden dem Gesuchsgegner auferlegt.
11. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 7'000.-- zu bezahlen (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer). Der Antrag der Gesuchstellerin auf Zusprechung eines weiteren Prozesskostenvorschusses wird als dadurch erledigt abgeschrieben. Das Eventualgesuch der Gesuchstellerin um Gewährung

der unentgeltlichen Rechtspflege wird als gegenstandslos geworden  
abgeschrieben.

12. [Mitteilung]
13. [Rechtsmittel]

### **Berufungsanträge:**

#### des Berufungsklägers (Urk. 53 S. 3 f.):

##### "A. Materielle Anträge

1. Es seien die Ziff. 7 Abs. 2 (Seite 49) sowie die Ziff. 10 und Ziff. 11 (Seite 50) des Erkenntnisses des angefochtenen Urteils mit Verfügung vom 04.04.2012 zu kassieren und durch folgende Neuregelung zu ersetzen:

##### 1.1. Ziff. 7 Abs. 2 (Berechtigung zur Verrechnung)

Der Berufungskläger sei zu berechtigen, die verfügten Unterhaltspflichten gemäss Ziff. 6 und Ziff. 7 Abs. 1 (Seite 49) des Erkenntnisses des angefochtenen Urteils mit Verfügung vom 04.04.2012 mit dem von der Berufungsbeklagten ab Konti des Berufungsklägers bezogenen Betrag von Fr. 49'092.– zu verrechnen, respektive es sei festzustellen, dass diese Unterhaltsansprüche der Berufungsbeklagten im Umfange von Fr. 46'992.75 durch Verrechnungserklärung der Berufungsbeklagten getilgt worden sind und zum Betrage von Fr. 2'099.25 durch den Berufungskläger verrechnet werden dürfen.

##### 1.2 Ziff. 10 (Kostenauflegung der Verfahrenskosten der Vorinstanz)

Die Kosten des Verfahrens vor Bezirksgericht Zürich seien zu 50 % dem Berufungskläger und zu 50 % der Berufungsbeklagten aufzuerlegen.

##### 1.3 Ziff. 11 (Parteientschädigung)

Es sei weder der einen noch der anderen Partei für das Verfahren vor Bezirksgericht Zürich eine Parteientschädigung zuzusprechen. Für den Fall, dass der Berufungsbeklagten für das Verfahren vor Bezirksgericht Zürich zu Lasten des Berufungsklägers ein Prozesskostenvorschuss zugesprochen wird, sei die Rückforderung dieses Vorschusses für das Scheidungshauptverfahren vorzubehalten.

2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer zu Lasten der Berufungsbeklagten für das Verfahren vor Obergericht des Kantons Zürich.

B. Verfahrensanhträge

1. Es sei der vorstehenden Berufung superprovisorisch und ohne vorhergehende Anhörung der Berufungsbeklagten die aufschiebende Wirkung zu erteilen und es sei für folgende Anordnungen im angefochtenen Urteil mit Verfügung vom 04.04.2012 die Vollstreckung zu versagen:
  - monatliche Unterhaltspflicht gegenüber C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ von je Fr. 1'247.- (total monatlich Fr. 2'494.-) sowie monatliche Unterhaltspflicht gegenüber der Berufungsbeklagten von Fr. 3'496.-, somit total monatlich Fr. 6'440.-, bis zum Gesamtbetrag von Fr. 49'092.- (Verrechnungsanspruch), somit für die Zeit vom 01.04.2011 bis zum 19.11.2011.
  - Parteientschädigung über Fr. 7'000.-"

der Berufungsbeklagten (Urk. 60 S. 2):

- "1. Es sei die Berufung vollumfänglich abzuweisen.
2. Es seien Urteil und Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich (5. Abteilung) vom 04. April 2012 (EE110098-L/U1) vollumfänglich zu bestätigen.
3. Es sei der Berufungskläger zu verpflichten, der Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren einen Prozesskostenvorschuss im Betrag von Fr. 5'400.- (inkl. 8 % MwSt.) zu leisten, wobei auf die Vormerkung eines Rückerstattungsanspruchs des Berufungsklägers zu verzichten sei.
4. Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 8 % MwSt.) zulasten des Berufungsklägers.

Eventualiter

5. Es sei für den Fall, dass die Regelung der Prozesskosten (Gerichtskosten und Parteientschädigung) der Vorinstanz nicht bestätigt wird, der Berufungskläger zu verpflichten, der Berufungsbeklagten einen Prozesskostenvorschuss im Betrag der ihr angelasteten Gerichtskosten (der Vorinstanz) sowie zusätzlich dazu einen Betrag von Fr. 7'000.- (zzgl. MwSt.) für die Anwaltskosten zu leisten, wobei auf die Vormerkung eines Rückerstattungsanspruchs des Berufungsklägers zu verzichten sei.

## Eventualiter

6. Es sei für den Fall, dass der Berufungsbeklagten kein Prozesskostenvorschuss für das vorinstanzliche Verfahren sowie das Berufungsverfahren zugesprochen wird, die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverteidigung zu gewähren."

## Erwägungen:

### I.

1. Die Parteien sind verheiratet und haben zwei Kinder: C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.1997, und D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.1999. Mit Eingabe vom 1. April 2011 gelangte die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan: Gesuchstellerin) an das Bezirksgericht Zürich und ersuchte um Anordnung von Eheschutzmassnahmen (Urk. 1). Betreffend den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 54 S. 5 bis 9). Die Vorinstanz fällte am 4. April 2012 das eingangs wiedergegebene Urteil (Urk. 54).

2. Gegen dieses Urteil erhob der Gesuchsgegner und Berufungskläger (fortan: Gesuchsgegner) innert Frist Berufung, wobei er die oben angeführten Anträge stellte (Urk. 53). Mit Verfügung vom 13. Juni 2012 wurde der Berufung gegen Dispositiv-Ziffer 6 [korrekt: und 7] des angefochtenen Urteils im Umfang der Unterhaltsbeiträge (inklusive Kinderzulagen) vom 1. April 2011 bis zum 19. November 2011 aufschiebende Wirkung erteilt. Ebenso wurde der Berufung gegen Dispositiv-Ziffer 11 des vorinstanzlichen Urteils aufschiebende Wirkung erteilt (Urk. 57 Dispositiv-Ziffern 1 und 2). Nach Eingang des vom Gesuchsgegner verlangten Vorschusses von Fr. 3'000.– (Urk. 57 Dispositiv-Ziffer 3, Urk. 58) wurde am 16. Juli 2012 seitens der Gesuchstellerin die Berufungsantwort erstattet (Urk. 60). Der Gesuchsgegner nahm mit Eingabe vom 2. August 2012 zu den Noten in der Berufungsantwort Stellung (Urk. 64). Am 24. August 2012 wurde der Gesuchstellerin diese Stellungnahme zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 64).

## II.

1. Mit der Berufung ficht der Gesuchsgegner einerseits die Abweisung seines Antrages, wonach er zur Verrechnung der Unterhaltsbeiträge berechtigt zu erklären sei, und andererseits die vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen an.

2. Was die allgemeinen Erwägungen der Vorinstanz zur Natur des summarischen Verfahrens anbelangt, so sind diese zutreffend, und es kann darauf verwiesen werden (Urk. 54 S. 9 f.).

### 3. Verrechnung

3.1. Der Gesuchsgegner beantragte bei der Vorinstanz, er sei zu berechtigen, allfällig verfügte Unterhaltsverpflichtungen mit einem von der Gesuchstellerin eigenmächtig ab seinen Konten bezogenen Betrag von Fr. 49'092.– zu verrechnen (Urk. 34 S. 4). Die Vorinstanz wies diesen Antrag ab (Urk. 54 Dispositiv-Ziffer 7 Abs. 2), mit der Begründung eine Verrechnung der Bezüge der Gesuchstellerin mit den Unterhaltsbeiträgen sei nicht möglich, da dies schon von Art. 125 Ziff. 2 OR ausgeschlossen werde. Die Frage, ob die Bezüge der Gesuchstellerin missbräuchlich gewesen seien, werde in einem allfälligen Verfahren auf güterrechtliche Auseinandersetzung zu klären sein (Urk. 54 S. 44).

3.2. Der Gesuchsgegner macht in seiner Berufung geltend, die Gesuchstellerin habe in der Zeit zwischen dem 23. März und 12. April 2011 in unmittelbarem Zusammenhang mit ihrem Auszug aus der ehelichen Wohnung ab seinen Konten ohne sein Wissen und Einverständnis insgesamt Fr. 49'092.75 bezogen (Urk. 53 S. 8). Anlässlich der Eheschutzverhandlung vom 3. Mai 2011 habe die Gesuchstellerin ihre Zustimmung dazu erteilt, dass die vom Gesuchsgegner erhobene Forderung über Fr. 49'092.75 mit von ihm geschuldeten Unterhaltsbeiträgen, die im Eheschutzverfahren festgelegt werden sollten, verrechnet werden könne (Urk. 53 S. 8 f. unter Hinweis auf Prot. I S. 9). Weiter verweist der Gesuchsgegner auf ein Telefax-Schreiben der damaligen Rechtsbeiständin der Gesuchstellerin vom 10. Mai 2011, wo es heisst: "Meine Mandantin benötigt die Fr. 52'635.45

während dem laufenden Eheschutzverfahren (...) für ihren und insbesondere für den Bedarf Ihrer Kinder. Wie ich bereits an der Eheschutzverhandlung zu Protokoll gab, ging meine Mandantin davon aus, dass dieser Betrag mit denen vom Gericht noch festzulegenden Unterhaltsbeiträgen für meine Mandantin und für Ihre Kinder verrechnet wird." (Urk. 35/19, 64 S. 7). Dementsprechend habe der Gesuchsgegner in seiner ergänzenden Gesuchsantwort vom 1. September 2011 den Antrag gestellt, er sei zu berechtigen, allfällig verfügte Unterhaltsverpflichtungen mit dem von der Gesuchstellerin eigenmächtig ab seinen Konten bezogenen Betrag von Fr. 49'092.– zu verrechnen (Urk. 53 S. 9). Der Gesuchsgegner habe in dieser Sache bereits am 23. Juni 2011 Strafanzeige wegen Diebstahls gestellt. Das betreffende Strafverfahren sei mit Verfügung vom 29. März 2012 eingestellt worden (Urk. 53 S. 10). Anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme habe die Gesuchstellerin am 13. September 2011 den Betrag von Fr. 46'992.75 anerkannt und Verrechnung mit den geschuldeten Unterhaltsbeiträgen geltend gemacht. Damit habe sie den Betrag von Fr. 46'992.75 selber zur Verrechnung gebracht, womit die Unterhaltsschuld des Gesuchsgegners in diesem Umfang durch Tilgung untergegangen sei. Zum Betrag von Fr. 2'099.25 (Differenzbetrag) habe sie sodann ihr klares Einverständnis zur Verrechnung erteilt (Urk. 53 S. 10 f.). Eine Verrechnung von Unterhaltsforderungen sei nur gegen den Willen des Gläubigers nicht möglich und zulässig (Art. 125 Ziff. 2 OR). Die Gesuchstellerin habe jedoch an der Eheschutzverhandlung vom 3. Mai 2011 ihr Einverständnis zur Verrechnung gegeben, und am 13. September 2011 habe sie sogar selber diese Unterhaltsforderung im Umfang von Fr. 46'992.75 durch eigene Verrechnungserklärung getilgt (Urk. 53 S. 12). Der Gesuchsgegner erkläre vor der Berufungsinstanz explizit und erneut und im Einverständnis mit der Gesuchstellerin Verrechnung seiner Forderung über Fr. 49'092.– respektive seiner Restforderung (nach Verrechnung durch die Berufungsbeklagte über Fr. 46'992.75) über Fr. 2'099.25 (für den Fall, dass die Verrechnungserklärung der Berufungsbeklagten vom 3. September 2011 [korrekt: 13. September 2011] nicht anerkannt werden sollte; Urk. 53 S. 12 f.). Zudem sei auch die Erwägung der Vorinstanz unzutreffend, dass über den Bestand der Forderung des Gesuchsgegners in einem allfälligen Verfahren auf güterrechtliche Auseinandersetzung zu befinden sein wer-

de. Scheinbar sei es der Vorinstanz entgangen, dass die Parteien unter dem Güterstand der Gütertrennung lebten (Urk. 53 S. 13 unter Verweis auf Urk. 13/1).

3.3. Die Gesuchstellerin erklärt, richtig sei lediglich, dass sie sich grundsätzlich mit der Verrechenbarkeit vorbezogener Gelder mit geschuldetem Unterhalt einverstanden erklärt habe. Hingegen habe sie sich nicht dazu geäußert, in welchem ziffernmässigem Umfang sie einer Verrechnung zustimme. Sie verwehre sich dagegen, dass der gesamte vom Gesuchsgegner geltend gemachte Betrag von Fr. 49'092.75 verrechnet werden könne (Urk. 60 S. 6). Unschwer lasse sich aus der Eingabe der Gesuchstellerin an die Vorinstanz vom 17. Januar 2012 (Urk. 39) entnehmen, dass sie sich vorbehalten habe, noch jene Kosten auflisten zu können, für welche sie zusätzlich zum gewöhnlichen Lebensunterhalt mit dem abgehobenen Geld aufgekommen sei (Arztkosten, welche die Gesuchstellerin bezahlt habe, von der Krankenkasse jedoch auf ein Konto des Gesuchsgegners ausbezahlt worden seien sowie Anwaltskosten, welche zusätzlich zu den gesprochenen Parteientschädigungen zu bezahlen gewesen seien). Mit Eingabe vom 19. Januar 2012 (Urk. 41) habe die Gesuchstellerin bei der Vorinstanz zudem eine Auflistung jener Beträge ins Recht gereicht, welche sie bis zum Zeitpunkt, als sie Unterstützung durch das Sozialamt erhalten habe, bezahlt habe (Urk. 42/2). Dabei sei in aller Deutlichkeit darauf hingewiesen worden, dass ihr Gelegenheit zu geben sei, über den Unterhalt hinausgehende Kosten auflisten zu können, und zwar gerade deshalb, um zu verhindern, dass der Gesuchsgegner über den Unterhalt der Gesuchstellerin und der Kinder hinausgehende Beträge verrechnen könne (Urk. 60 S. 6 f.). Es fehle daher nachweislich eine Zustimmung der Gesuchstellerin, wonach der gesamte von ihr bezogene Betrag zur Verrechnung gebracht werden könne. Angesichts der Tatsache, dass die fraglichen Bezüge mehrheitlich noch vor der Trennung (und somit vor Beginn der Zahlungspflicht des Gesuchsgegners ab 1. April 2011) erfolgt seien, habe die Gesuchstellerin – wie während des Zusammenlebens – Aufwendungen für den Familienbedarf über die fraglichen Konten bezahlen können (Urk. 60 S. 7). Ausserdem könnten nur Forderungen gegeneinander verrechnet werden, welche identischen Personen zustünden, vorliegend somit nur Forderungen der Parteien selbst, nicht jedoch jene ihrer Kinder. Einer Verrechnung werde ferner nur mit reinem Unterhalt, nicht

aber mit anderen Kosten, für welche die Berufungsbeklagte zusätzlich zum Familienunterhalt aufzukommen gehabt habe, zugestimmt (Urk. 60 S. 7 f.).

### 3.4. Voraussetzungen der Verrechnung

3.4.1. Vorab gilt es festzuhalten, dass dem Standpunkt des Gesuchsgegners, wonach die Gesuchstellerin am 13. September 2011 anlässlich ihrer staatsanwaltschaftlichen Einvernahme den Betrag von Fr. 46'992.75 selbst zur Verrechnung gebracht habe, nicht beigespflichtet werden kann. Im Protokoll der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme heisst es, es werde Verrechnung mit den geschuldeten Unterhaltsbeiträgen, wie dies schon Rechtsanwältin Z. \_\_\_\_\_ anlässlich der Verhandlung vom 3. Mai 2011 erklärt habe, geltend gemacht (Urk. 56/4 S. 9). Der Erklärungsgehalt dieser Aussage erschliesst sich nur mit einem Blick in das Protokoll der Eheschutzverhandlung vom 3. Mai 2011. Rechtsanwältin Z. \_\_\_\_\_ erklärte anlässlich dieser Verhandlung: "Es ist klar, dass das Geld später mit den vom Gesuchgegner zu leistenden Unterhaltsbeiträgen verrechnet werden kann." (Prot. I S. 9). Damit wurde am 3. Mai 2011 lediglich das Einverständnis zur Verrechnung erklärt. Indem die Gesuchstellerin am 13. September 2011 auf diese Aussage vor dem Eheschutzrichter verwies, wiederholte sie ihr Einverständnis. Die Aussage der Gesuchstellerin bei der Staatsanwaltschaft kann jedoch vor dem Hintergrund ihrer Aussage anlässlich der Eheschutzverhandlung nicht als Verrechnungserklärung verstanden werden. Damit sind die Unterhaltsforderungen nicht durch Verrechnungserklärung der Gesuchstellerin untergegangen.

3.4.2. Eine Verrechnung setzt die *Wechselseitigkeit* der Forderungen voraus (Art. 120 Abs. 1 OR; BSK OR I-Peter, Art. 120 N 5). Beim Erfordernis der Gegenseitigkeit ist für jede Obligation gesondert zu prüfen, wer ihr Gläubiger und wer ihr Schuldner ist. Gläubiger ist, wer die einer Obligation zugrunde liegende Leistung fordern kann. Nicht Gläubiger ist, wer an einer Obligation eine anderweitige Berechtigung hat, z.B. wer bloss zur Geltendmachung einer fremden Forderung in eigenem Namen befugt ist (ZK-Aepli, Art. 120 OR N 24). Haben die Ehegatten unmündige Kinder, so trifft das Eheschutzgericht nach den Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhältnisses die nötigen Massnahmen (Art. 176

Abs. 3 ZGB). Die Eltern haben, solange ihnen die elterliche Sorge zusteht, das Recht und die Pflicht, das Kindesvermögen zu verwalten (Art. 318 Abs. 1 ZGB). Aus diesem Pflichtrecht hat die Praxis abgeleitet, dass der Inhaber der elterlichen Sorge die (Vermögens-)Rechte des Kindes vor Gericht in eigenem Namen als Partei wahrnimmt (BGE 84 II 241 S. 245; BGer 5C.314/2001 vom 20. Juni 2002, E. 7.d). Die Gesuchstellerin nimmt zwar – auch hinsichtlich der Kinderunterhaltsbeiträge – in eigenem Namen und als Partei am Prozess teil, der Anspruch auf Unterhaltsbeiträge gemäss Art. 289 Abs. 1 ZGB steht aber dem Kind zu, sodass dieses Gläubiger ist (BSK ZGB I-Breitschmid, Art. 289 N 4). Der Vater, der seinem Kind Unterhaltsbeiträge schuldet, kann diese Schuld deshalb nicht mit seiner Forderung gegen die Kindsmutter verrechnen (ZK-Aepli, Art. 120 OR N 39; BGer 5C.314/2001 vom 20. Juni 2002, E. 9). Damit kann der Gesuchsgegner mangels Wechselseitigkeit seine Unterhaltsschulden gegenüber seinen Kindern nicht mit seiner anerkannten Forderung von Fr. 49'092.75 (Prot. I S. 9) gegenüber der Gesuchstellerin verrechnen (dass diese geltend macht, einen Teil für die Kinder gebraucht zu haben, spielt dabei keine Rolle).

3.4.3. *Wider den Willen* des Gläubigers können durch Verrechnung Verpflichtungen nicht getilgt werden, deren besondere Natur die tatsächliche Erfüllung an den Gläubiger verlangt, wie Unterhaltsansprüche und Lohn Guthaben, die zum Unterhalt des Gläubigers und seiner Familien unbedingt erforderlich sind (Art. 125 Ziff. 2 OR). Art. 125 Ziff. 2 OR findet auch auf familienrechtliche Unterhaltsbeiträge Anwendung (BSK OR I-Peter, Art. 125 N 7; ZK-Aepli, Art. 125 OR N 69). Allerdings schützt Art. 125 Ziff. 2 OR den Gläubiger nur insoweit vor der Verrechnung, als die diversen Ansprüche zu seinem Unterhalt und zum Unterhalt seiner Familie unbedingt notwendig sind. Letzteres ist vom Gläubiger zu beweisen, wobei inhaltlich die zu Art. 93 SchKG entwickelten Richtlinien für den sog. Notbedarf massgebend sein dürften (BSK OR I-Peter, Art. 125 N 9; ZK-Aepli, Art. 125 OR N 73 f.). Der Schuldner hat, wenn er eine gültige Verrechnung seinerseits behauptet, die Einwilligung des Gläubigers nachzuweisen, und es hat nicht der Gläubiger seinen "widersprechenden Willen" zu beweisen, um die Behauptung des Schuldners zu entkräften (ZK-Aepli, Art. 125 OR N 21). Die Einwilligung des Gläubigers gemäss Art. 125 OR kommt durch den Abschluss eines ent-

sprechenden Verrechnungsvertrags zustande. Dieser bedarf keiner besonderen Form (Art. 11 OR). Je nach Vertragsinhalt bewirkt der Abschluss den sofortigen Untergang der beiden Forderungen oder dann die Befugnis des Schuldners, unabhängig vom Verrechnungsausschluss gemäss Ziff. 2 verrechnen zu können. (ZK-Aepli, Art. 125 OR N 22).

Die Gesuchstellerin anerkennt, (mindestens, vgl. Urk. 35/19) Fr. 49'092.– von den Konten des Gesuchsgegners bezogen zu haben, und sie erklärte sich am 3. Mai 2011 mit einer Verrechnung einverstanden (Prot. I S. 9). Am 10. Mai 2011 bestätigte sie bzw. ihre damalige Rechtsbeiständin ihr Einverständnis (Urk. 35/19). Am 17. Januar 2012 äusserte sie sich mit einer neuen Rechtsbeiständin gegenüber der Vorinstanz leicht anders: "Es muss verhindert werden, dass der Gesuchsteller über den Unterhalt für sie persönlich und jenen der Kinder hinausgehende Kosten mit der abgehobenen Geldsumme verrechnet werden können. Eine Verrechnung kann nur mit den gesprochenen Unterhaltsbeiträgen zugelassen werden" (Urk. 39 S. 5). Wie dieser Satz zu verstehen ist, erschliesst sich nicht leicht. Allerdings braucht es gemäss Art. 125 Ziff. 2 OR für Forderungen, die keine Unterhaltsbeiträge darstellen bzw. den Notbedarf im Sinne von Art. 93 SchKG übersteigen, sowieso keine Zustimmung zur Verrechnung. Zudem erteilte die Gesuchstellerin verschiedentlich, zuletzt vor Berufungsinstanz, ihre Zustimmung zur Verrechnung der Unterhaltsbeiträge. Damit scheidet eine Verrechnung nicht an der Bestimmung von Art. 125 Ziff. 2 OR.

3.4.4. Eine weitere Voraussetzung der Verrechnung, die Gleichartigkeit der Forderungen, erweist sich vorliegend als unproblematisch, da es sich bei beiden Forderungen um Geldforderungen in Schweizerfranken handelt. Weiter ist die (Unterhalts-)Schuld des Gesuchsgegners erfüllbar und die Schuld in der Höhe von Fr. 49'092.– der Gesuchstellerin fällig (Unterhaltsbeiträge von Fr. 3'496.– ab April 2011, womit bei einer Gegenforderung von Fr. 49'092.– gut 14 Monate Unterhalt der Gesuchstellerin abgedeckt sind). Der Gesuchsgegner ist damit für berechtigt zu erklären, die Unterhaltspflichten gemäss Ziff. 7 Abs. 1 des Urteils der Vorinstanz vom 4. April 2012 mit dem von der Gesuchstellerin ab den Konten des

Gesuchsgegners bezogenen Betrag von Fr. 49'092.– (Betrag gemäss Rechtsbegehren) zu verrechnen.

#### 4. Erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Die Vorinstanz auferlegte die Gerichtskosten in vollem Umfang dem Gesuchsgegner und verpflichtete diesen, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung von Fr. 7'000.– (zuzüglich 8% MwSt.) zu bezahlen. Der Antrag der Gesuchstellerin auf Zusprechung eines weiteren Prozesskostenvorschusses wurde als dadurch erledigt abgeschrieben. Gleiches gilt für ihr Eventualgesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 54 Dispositiv-Ziffern 10 und 11). Zur Begründung führte die Vorinstanz an, die Verfahrenskosten seien in Anwendung von Art. 106 Abs. 1 ZPO dem Gesuchsgegner aufzuerlegen, weil er praktisch vollständig unterliege. Sie wären aber auch in Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO dem Gesuchsgegner aufzuerlegen, weil er über ein grosses Vermögen verfüge, derweil die Gesuchstellerin mittlerweile von der Sozialhilfe unterstützt werde (Urk. 54 S. 47).

4.2. Der Gesuchsgegner rügt, er sei zwar im vorsorglichen Massnahmeverfahren betreffend Zuteilung der ehelichen Wohnung unterlegen, im Eheschutzverfahren allerdings habe er klar mehrheitlich obsiegt: Die Gesuchstellerin habe hinsichtlich der Obhutszuteilung über die Kinder und betreffend ihre ablehnende Haltung gegenüber einer Erziehungsbeistandschaft obsiegt. Insbesondere sei die Gesuchstellerin vollständig unterlegen mit ihrem Antrag um Anordnung eines begleiteten Besuchsrechts und mit ihrem Antrag um Anordnung einer Prozessbeistandschaft für die Kinder. Mit ihrem Antrag um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 20'000.– sei sie zu 65 % unterlegen, indem ihr eine Prozessentschädigung von lediglich Fr. 7'000.– zugesprochen worden sei, letzteres zu Unrecht. Hinsichtlich der Festsetzung der Unterhaltsbeiträge sei die Gesuchstellerin sehr deutlich unterlegen. Durchwegs lägen die zugesprochenen Unterhaltsbeiträge näher bei den vom Gesuchsgegner zugestandenen als bei den von der Gesuchstellerin geforderten Unterhaltsbeiträgen (Urk. 53 S. 15). Die Gerichtskosten seien damit den Parteien je hälftig aufzuerlegen. Zudem würden auch keine besonderen Gründe vorliegen, die einen Billigkeitsentscheid nach

Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO nahelegen würden (Urk. 53 S. 16). Eine richtige Rechtsanwendung habe zudem zur Konsequenz, dass bei einer gleichmässigen Verteilung der Verfahrenskosten der Vorinstanz eine Verpflichtung des Gesuchsgegners zur Bevorschussung der durch die Gesuchstellerin zu tragenden Kosten nach sich ziehe, sodass der Gesuchsgegner konsequenterweise auch zu berechtigen sei, den vorgeschossenen Betrag im Scheidungsverfahren zurückzufordern (Urk. 53 S. 17).

Weiter beanstandet der Gesuchsgegner, dass eine eigentliche Begründung für die Verpflichtung des Gesuchsgegners, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung von Fr. 7'000.– zu bezahlen, fehle. Auch habe die Vorinstanz in Erwägung gezogen, der Antrag auf einen Prozesskostenvorschuss in der Höhe von Fr. 20'000.– vom 19. Januar 2012 sei dem Gesuchsgegner nicht zur Stellungnahme zuzustellen, weil von ihm eine volle Prozessentschädigung geschuldet sei. Dies stelle eine Verletzung des Gehörsanspruchs dar und müsse zur Aufhebung des Urteils mit Verfügung vom 4. April 2012 führen (Urk. 53 S. 17 f.). Da die Gesuchstellerin nur etwa zur Hälfte obsiegt habe, hätte ihr keine Prozessentschädigung zugesprochen werden dürfen. Es hätte stattdessen ein Prozesskostenvorschuss in Höhe der zugesprochenen Prozessentschädigung zugesprochen werden müssen (Urk. 53 S. 18).

4.3. Dem entgegnet die Gesuchstellerin, zwischen dem Gesuchsgegner und der Gesuchstellerin bestehe ein grosses wirtschaftliches Gefälle. Während der Gesuchsgegner eine stattliche Anzahl von Liegenschaften besitze (Urk. 31/2 und 31/3), habe die Gesuchstellerin kein Vermögen. Ein solches könne einen besonderen Umstand im Sinne von Art. 107 lit. f ZPO darstellen. Dies insbesondere dann, wenn sich die wirtschaftlich schwächere Partei auch für die Belange anderer, vorliegend der Kinder, einzusetzen habe. Die in Fällen betreffend Kinder übliche hälftige Kostenteilung sei vorliegend zudem nicht zu beachten, da die Anträge des Gesuchsgegners bezüglich Kinderzuteilung von vornherein unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses schlicht unhaltbar gewesen seien. Die Vorinstanz habe selber festgehalten, das Verhalten des Gesuchsgegners, seine Äusserungen und Ansichten lägen augenscheinlich weit ausserhalb der Norm

(Urk. 60 S. 9 f. unter Hinweis auf Urk. 54 S. 19). Zudem seien zu den Kinderunterhaltsbeiträgen je Fr. 250.– Kinderzulagen hinzuzurechnen, sodass die Differenz zwischen den von den Parteien beantragten Beträgen um je Fr. 500.– kleiner sei, als vom Gesuchsgegner geltend gemacht. Von Belang seien ausserdem lediglich die für den Fall der Rückkehr der Gesuchstellerin und der Kinder in die Familienwohnung beantragten Unterhaltsbeiträge, denn die teurere Variante sei aufgrund eines Umzugs im Mai 2011 in eine Notwohnung der Stadt E. \_\_\_\_\_ ausser Betracht gefallen. Die Differenz zu den vom Gesuchsgegner beantragten Unterhaltsbeiträgen belaufe sich somit auf Fr. 1'597.–, die Differenz zu den von der Gesuchstellerin beantragten Unterhaltsbeiträgen auf Fr. 1'284.– (Urk. 60 S. 10). Nicht nur das mehrheitliche Obsiegen der Gesuchstellerin, sondern auch die Anwendung von Art. 107 lit. c und f ZPO rechtfertige die Kostenaufgabe an den Gesuchsgegner (Urk. 60 S. 10). Hinzu komme, dass der Gesuchsgegner bezüglich seiner in der Verhandlung vom 3. Mai 2011 gestellten Anträge (Urk. 11) vollumfänglich unterlegen sei; teilweise obsiegt habe er lediglich betreffend einigen nachträglich durch seinen Rechtsvertreter eingebrachten Eventualanträgen (Urk. 34, Urk. 60 S. 11). Weiter fordert die Gesuchstellerin, sollte der vorinstanzliche Kostenentscheid nicht geschützt werden, sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 7'000.– zu leisten. Der Gesuchsgegner bestreite die Mittellosigkeit der Gesuchstellerin nicht. Es sei jedoch darauf zu verzichten, die Rückforderbarkeit des Prozesskostenvorschusses im Scheidungsverfahren vorzubehalten (Urk. 34 S. 11 f. und 14). Zu ihrem Eventualbegehren um unentgeltliche Rechtspflege führt die Gesuchstellerin aus, ihr stehe seit Juli 2012 mit ihren Kindern zusammen durch die Unterhaltsbeiträge des Gesuchsgegners einen ihr Existenzminimum übersteigenden Betrag von Fr. 683.30 zur Verfügung, davon würden mindestens zwei Drittel, d.h. Fr. 455.50, den beiden Kindern zu Verfügung stehen und damit nicht für die Begleichung von Prozesskosten herbeigezogen werden können (Urk. 60 S. 12 f.). Die Gesuchstellerin habe für Aufwendungen bis zur Zustellung des unbegründeten Urteils der Vorinstanz ausstehende Anwaltsschulden von Fr. 12'673.–. Danach seien weitere ca. 20 Stunden à Fr. 250.– zuzüglich Mehrwertsteuer und Spesen angefallen. Sie

sei deshalb ausser Stande, mit dem für sie vorgesehenen Überschuss von Fr. 227.70 für die hohen Prozesskosten aufzukommen (Urk. 60 S. 13, Urk. 62/3).

4.4.1. Die Prozesskosten (Gerichtskosten und Parteientschädigung, Art. 95 Abs. 1 ZPO) werden der unterliegenden Partei auferlegt. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 ZPO). Das Gericht kann in familienrechtlichen Verfahren von den Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO). Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO kommt nur zur Anwendung, falls keine Umstände vorliegen, die nicht ausdrücklich in den Bestimmungen nach Art. 107 Abs. 1 lit. a bis e ZPO geregelt sind (Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 107 N 17). Mit Bezug auf die Kinderbelange sind die Kosten des Verfahrens gemäss obergerichtlicher Praxis – unabhängig vom Ausgang – den Parteien grundsätzlich je zur Hälfte aufzuerlegen und die Prozessentschädigungen wettzuschlagen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt der Interessen des Kindes gute Gründe zur Antragstellung hatten. Diese Rechtsprechung beschlägt allerdings nur die Elternrechte sowie allfällige Kindesschutzmassnahmen, nicht jedoch die Kinderunterhaltsbeiträge (ZR 84 Nr. 41). Dem Gericht steht bei der Anwendung der als Kann-Vorschrift ausgestalteten Bestimmung von Art. 107 ZPO ein grosses Ermessen zu (BSK ZPO-Rüegg, Art. 107 N 2). Bei der Verteilung der Kosten der familienrechtlichen Verfahren kann das Gericht, das von seiner Billigkeitskompetenz Gebrauch macht, u.a. auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit abstellen (Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 107 N 12; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, Zürich 2008, § 16 N 36; vgl. KUKO ZPO-Schmid, Art. 107 N 4; vgl. Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, N 03.80). Es ist aber hervorzuheben, dass auch bei familienrechtlichen Verfahren die Grundnorm Art. 106 ZPO ist: Soweit das Verursacherprinzip sachgerecht ist und keine besonderen Gründe vorliegen, die einen Billigkeitsentscheid nahelegen, ist nach Art. 106 ZPO zu entscheiden (Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 107 N 12).

4.4.2. Die Kinderbelange haben rund die Hälfte des vorinstanzlichen Aufwands ausgemacht (vgl. Urk. 54). Die Vorinstanz konstatierte zwar, das Verhalten des Gesuchsgegners, seine Äusserungen und Ansichten lägen augenscheinlich weit ausserhalb der Norm. Trotzdem kann dem Gesuchsgegner nicht abgesprochen werden, dass er unter dem Gesichtspunkt der Kindesinteressen – subjektiv – gute Gründe (Wissensvermittlung an die Kinder, Sorge um ihr berufliches Fortkommen) zur Antragsstellung hatte. Die Kosten für das erstinstanzliche Verfahren wären deshalb bezüglich der Kinderbelange den Parteien in Anwendung der erwähnten obergerichtlichen Rechtsprechung (ZR 84 Nr. 41) grundsätzlich je hälftig aufzuerlegen gewesen.

Bei den übrigen Punkten obsiegte die Gesuchstellerin bei der Wohnungszuteilung (Urk. 54 Dispositiv-Ziffer 5). Der Gesuchsgegner unterlag auch im diesbezüglichen Massnahmeverfahren vollumfänglich (Urk. 46). Betreffend Auskunftspflicht im Sinne von Art. 170 ZGB obsiegte der Gesuchsgegner grösstenteils (dieser Punkt war jedoch weit weniger aufwändig als die Frage der Wohnungszuteilung; Urk. 54 Dispositiv-Ziffer 8). Bei den Unterhaltsbeiträgen (Gesuchstellerin persönlich und Kinder) präsentiert sich die Lage wie folgt:

	von der Gesuchstellerin geforderte Unterhaltsbeiträge	vom Gesuchsgegner zugestandene Unterhaltsbeiträge	Vorinstanz
April 2011	7'774.–	5'201.–	5'990.– (zuzügl. Kinderzulagen)
Mai 2011 bis Rückkehr in die eheliche Whg am 29.02.2012 (Urk. 53 S. 15 und 46 Dispo-Ziff. 2 )	10'174.–	5'201.– (bzw. ab 1.1.2012 Fr. 4'839.–)	5'990.– (zuzügl. Kinderzulagen)
März 2012 bis und mit Juli 2012	7'774.–	4'839.–	5'990.– (zuzügl. Kinderzulagen)
ab August 2012	9'174.–	4'839.–	5'990.– (zuzügl. Kinderzulagen)

Der Gesuchsgegner bezieht als Rentner anerkanntermassen keine Kinderzulagen (Urk. 13/4, 13/5, Urk. 60 S. 13). Damit zeigt die Aufstellung, dass die Gesuchstellerin bezüglich der Unterhaltbeiträge für alle Perioden deutlich unterlag. Was die Gesuchstellerin hinsichtlich höherer Eventualanträge ausführt (Urk. 60 S. 10), ist nicht zu hören; sie selbst forderte entsprechende Unterhaltbeiträge bis zur Rückkehr in die eheliche Wohnung – unabhängig vom Zeitpunkt des Bezugs einer Notwohnung. Das Gleiche gilt für die vom Gesuchsgegner am 3. Mai 2011 ge-

stellten Anträge (Urk. 11), da er zu jener Zeit ungenügend vertreten war (Urk. 14 S. 2 f., Dispositiv-Ziffer 2). Schliesslich forderte die Gesuchstellerin einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 20'000.–. Die Vorinstanz sprach ihr als Prozessschädigung mit Fr. 7'000.– einen bedeutend kleineren Betrag zu. Wie unter Ziff. 4.4.3 zu zeigen sein wird, ist dieser Entscheid zu schützen. Betrachtet man somit das Obsiegen bzw. Unterliegen und die obergerichtliche Rechtsprechung zu den Kinderbelangen, so wären die Kosten je hälftig aufzuerlegen gewesen.

4.4.3. Die Vorinstanz führte jedoch als Eventualbegründung für ihren Kostenentscheid eine Kostenverteilung nach Ermessen gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO an. Es bleibt deshalb zu prüfen, ob die Kostenauflegung an den Gesuchsgegner aus Billigkeitsgründen gerechtfertigt ist. Handelt es sich wie vorliegend um einen Ermessensentscheid, legt sich die Rechtsmittelinstanz bei der Überprüfung eine gewisse Zurückhaltung auf (BGer 5A\_265/2012 vom 30. Mai 2012, E. 4.3.2 mit weiteren Hinweisen). Die Vorinstanz übte ihr Ermessen pflichtgemäss aus, denn sie führte mit dem Vermögensgefälle zwischen den Parteien ein sachliches Argument für ihren Entscheid an. Der Gesuchsgegner ist Eigentümer mehrerer Liegenschaften. Diese sind zwar hoch belastet (Urk. 3/9, 31/2, 31/3 und 35/12), der Marktwert von Liegenschaften liegt üblicherweise aber deutlich über dem Steuerwert. Zuletzt versteuerte er jedenfalls ein Vermögen von Fr. 640'000.– (Urk. 45/20). Die Gesuchstellerin dagegen hat keinerlei Barmittel (vgl. Urk. 3/8) und musste zeitweise von den Sozialbehörden unterstützt werden (Urk. 42/1). Indem der Gesuchsgegner selbst geltend macht, es seien die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens den Parteien je hälftig aufzuerlegen und er zu einem Prozesskostenvorschuss (mit Rückforderungsvorbehalt) an die Gesuchstellerin zu verpflichten (Urk. 53 S. 17), anerkennt er implizit, dass die Gesuchstellerin bedürftig und er leistungsfähig ist (beides sind Voraussetzungen eines Prozesskostenvorschusses). Da die Parteien dem Güterstand der Gütertrennung unterstehen (Urk. 13/1), wird eine eigentliche güterrechtliche Auseinandersetzung der Parteien im Scheidungszeitpunkt zudem nicht stattfinden (was es rechtfertigen könnte, den Parteien die Prozesskosten je hälftig aufzuerlegen und der Gesuchstellerin einen Prozesskostenbeitrag auf Anrechnung an die güterrechtliche Auseinandersetzung zuzusprechen). Somit übte die Vorinstanz ihr Ermessen für das

vorliegende Eheschutzverfahren in angemessener Weise aus, indem sie die Gerichtskosten in der Höhe von Fr. 4'500.– zuzüglich Fr. 262.50 Dolmetscherkosten dem Gesuchsgegner auferlegte. Die Berufung ist in diesem Punkt abzuweisen.

4.4.4. Was die vom Gesuchsgegner geltend gemachte Verletzung seines rechtlichen Gehörs durch ungenügende Begründung der Festsetzung der *Parteientschädigung* anbelangt, ist Folgendes festzuhalten: Die Höhe der Kosten musste unter altem Prozessrecht nicht begründet werden, wenn die kantonale Prozessordnung keine Begründungspflicht vorsah und kantonale Tarife bestanden, welche die Kostenfestsetzung nachvollziehbar machten (BGE 111 Ia 1 E. 2). Unter eidgenössischem Prozessrecht hat eine Partei Anspruch auf Entscheidungsbegründung, wenn sie dies verlangt (Art. 238 lit. g ZPO und Art. 239 Abs. 2 ZPO). Die Parteien haben Anspruch darauf, dass die Entscheidungsbegründung so abgefasst ist, dass sie sich über die Tragweite des Entscheids und über allfällige Anfechtungsmöglichkeiten ein Bild machen können und die Möglichkeit haben, die Sache in voller Kenntnis um die Entscheidungsgründe an die obere Instanz weiterzuziehen (Sutter-Somm/Chevalier, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 53 N 14). Vorliegend ist es dem Gesuchsgegner allein gestützt auf die vorinstanzlichen Erwägungen zwar nicht möglich, die Festsetzung der Entscheidunggebühr nachzuvollziehen. Im Kanton Zürich richtet sich die Festlegung der Prozessentschädigung jedoch nach der Anwaltsgebührenverordnung vom 8. September 2010 (AnwGebV; Art. 96 ZPO). Damit existiert ein Tarif, der eine Überprüfung der vorinstanzlichen Kostenfestsetzung ermöglicht. Gemäss § 1 Abs. 2 AnwGebV 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. 3 i.V.m. § 5 Abs. 1 AnwGebV rund Fr. 470.– bis Fr. 16'000.–. Da vorliegend die gesamte Lebensgestaltung der Parteien zu beurteilen war und insbesondere das Wohl der gemeinsamen Kinder, trugen die Anwälte eine grosse Verantwortung, was sich erhöhend auf die Grundgebühr auswirkt. Die rechtlichen und tatsächlichen Schwierigkeiten sind als mittelschwierig zu beurteilen. Dies zeigt, dass sich die Vorinstanz bei der Festsetzung der Parteientschädigung an die Vorgaben der Anwaltsgebührenverordnung hielt. Damit kann offen bleiben, ob die Nichtbegrün-

dung der Kostenhöhe unter neuem Zivilprozessrecht und in der vorliegenden Konstellation eine Verletzung des rechtlichen Gehörs darstellt (verneinend: Staehelin, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 239 N 16). Denn nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör im kantonalen Rechtsmittelverfahren geheilt, wenn der Anspruchsberechtigte die Möglichkeit hatte, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die zu freier Prüfung aller Fragen befugt war, die der Erstinstanz hätten unterbreitet werden können (BGer 5P.472/2006 vom 15. Januar 2007, E. 2.1). Dies ist bei der Berufung der Fall (Art. 310 ZPO). Im Übrigen musste die Vorinstanz den Gesuchsgegner betreffend Prozesskostenvorschuss nicht anhören, da kein solcher festgesetzt wurde. Damit ist auch die von der Vorinstanz festgesetzte Parteientschädigung von Fr. 7'000.– nicht zu beanstanden.

Den Parteien wird im gleichen Verhältnis wie ihnen die Kosten auferlegt werden, eine Parteientschädigung zugesprochen (Art. 106 Abs. 2 i.V.m. Art. 95 Abs. 1 lit. b ZPO). Dies ist auch bei der ausnahmsweisen Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO konsequent. Damit ist die Verpflichtung des Gesuchsgegners, der Gesuchstellerin für das erstinstanzliche Verfahren eine volle Parteientschädigung im Betrag von Fr. 7'000.– (zuzüglich 8 % MwSt.) zu bezahlen, nicht zu bemängeln und die Berufung in diesem Punkt abzuweisen.

### III.

1. Was den Prozesskostenvorschuss für das Berufungsverfahren anbelangt, macht die Gesuchstellerin geltend, der Gesuchsgegner sei darauf zu behaupten, dass der Gesuchstellerin ein Prozesskostenvorschuss zustehe (Urk. 60 S. 14 mit Hinweis auf Urk. 53 Ziff. 4.2). Er sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin in Anbetracht ihres anwaltlichen Aufwands von ca. 20 Stunden à Fr. 250.– seit Eingang des begründeten Urteils der Vorinstanz einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 5'400.– (inkl. 8 % MwSt.) zu leisten, wobei auch diesbezüglich die Rückforderbarkeit auszuschliessen sei (Urk. 60 S. 15). Zudem seien dem Gesuchsgegner gestützt auf Art. 107 lit. c und lit. f ZPO aber auch wegen seines Unterliegens die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen, und es sei der Gesuchs-

gegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung von Fr. 5'400.– zu bezahlen. Eventualiter beantragt die Gesuchstellerin auch für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 60 S. 15).

2. Der Gesuchsgegner erklärt, es sei nicht bewiesen, dass die Gesuchstellerin mittellos sei (Urk. 64 S. 4 f. und 9). Die von der Gesuchstellerin ins Recht gelegte Honorarnote betreffe zudem auch das Strafverfahren und das erste Berufungsverfahren vor Obergericht des Kantons Zürich (Urk. 64 S. 8). Weiter weise die Gesuchstellerin einen Überschuss von Fr. 227.– auf, der zur Bezahlung ihrer Rechtsvertreterin herangezogen werden könne.

3.1. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung der § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit §§ 2, 5, 6 Abs. 1 und 2 lit. b und 8 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 zu berechnen. Ausgehend von den vorliegend zu beurteilenden strittigen Punkten und den damit verbundenen tatsächlichen und rechtlichen Fragestellungen ist von einem eher einfachen Fall auszugehen und die Gebühr auf Fr. 3'000.– festzusetzen.

3.2. Die Parteientschädigung ist gestützt auf § 13 Abs. 1 in Verbindung mit §§ 2, 5, 6 Abs. 1 und Abs. 3 und 9 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 zu berechnen. Gemäss dieser Verordnung setzt sich die Entschädigung aus einer Grundgebühr und allfälligen Zuschlägen zusammen (§ 11 AnwGebVO). In Anwendung eben genannter Bestimmungen ist die volle Prozessentschädigung für das Berufungsverfahren im vorliegenden – wie dargelegt eher einfachen – Fall auf Fr. 3'240.– (Fr. 3'000.– zuzüglich 8 % MwSt.) festzulegen.

4.1. Für die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Berufungsverfahren kann grundsätzlich auf die entsprechenden Erwägungen zu den Kosten- und Entschädigungsfolgen vor Vorinstanz verwiesen werden (Ziff. II./4.4.1). Zwar unterliegt die Gesuchstellerin im Berufungsverfahren mehrheitlich, allerdings wurde auch bei der vorinstanzlichen Kostenauflegung schliesslich nicht auf das Obsiegen bzw. Unterliegen der Parteien abgestellt, sondern in Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO auf das grosse finanzielle Ungleichgewicht zwischen den Partei-

en. Die direkte Kostenauflegung an den Gesuchsgegner rechtfertigt sich vorliegend auch deshalb, weil eine Prozessentschädigung aufgrund der Gütertrennung der Parteien nicht auf Anrechnung an die güterrechtliche Auseinandersetzung zugesprochen werden kann (vgl. zum Ganzen: ZR 85 Nr. 32 und BK-Spühler/Bühler, 1980, aArt. 145 ZGB N 303). Die Kosten des Berufungsverfahrens sind somit dem Gesuchsgegner aufzuerlegen.

4.2. Ausgehend von der Auferlegung der Gerichtskosten in vollem Umfang an den Gesuchsgegner ist der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin eine volle Prozessentschädigung von Fr. 3'240.– (inkl. 8 % MwSt.) zu bezahlen. Der Antrag der Gesuchstellerin auf Verpflichtung des Gesuchsgegners zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 5'400.– für das Berufungsverfahren ist abzuweisen. Die Zusprechung eines eigentlichen Prozesskostenvorschusses kommt im eheschutzrichterlichen Endentscheid sowieso nicht in Frage (ZR 85 Nr. 32). Ein Prozesskostenbeitrag, welcher über die zuzusprechende Prozessentschädigung von Fr. 3'240.– hinausgeht, rechtfertigt sich schon aufgrund der vor der hiesigen Instanz noch im Streit liegenden Rechtsbegehren nicht.

**Es wird erkannt:**

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung des Gesuchsgegners wird Dispositiv-Ziffer 7 Abs. 2 des Urteils des Bezirksgerichtes Zürich vom 4. April 2012 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

" Der Gesuchssteller wird für berechtigt erklärt, die verfügten Unterhaltspflichten gegenüber der Gesuchstellerin persönlich gemäss Dispositiv-Ziffer 7 Abs. 1 des Urteils vom 4. April 2012 mit dem von der Gesuchstellerin ab den Konten des Gesuchsgegners bezogenen Betrag von Fr. 49'092.– zu verrechnen."

Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen und das erstinstanzliche Urteil bestätigt.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.

3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsgegner auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'240.– zu bezahlen.
5. Der Antrag der Gesuchstellerin auf einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 5'400.– für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

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

7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 49'092.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 3. Dezember 2012

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Iseli

versandt am: mc