

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LE120046-O/U

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Dr. M. Kriech und  
Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin lic. iur.  
L. Stünzi

## Beschluss und Urteil vom 28. Januar 2013

in Sachen

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

Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin

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

gegen

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

Gesuchsteller und Berufungsbeklagter

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

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren  
am Bezirksgericht Winterthur vom 21. Mai 2012 (EE120016)**

**Rechtsbegehren:**

(Urk. 1 S. 2)

- " 1. Vom Getrenntleben der Parteien seit Dezember 2010 sei Vormerk zu nehmen.
2. Die eheliche Liegenschaft, C.\_\_\_\_\_-Strasse ..., ..., sei dem Gesuchsteller zur alleinigen Benützung zuzuweisen.
3. Die gemeinsamen Kinder D.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.1999, und E.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2001, seien unter die elterliche Obhut des Gesuchstellers zu stellen.
4. Die Gesuchsgegnerin sei berechtigt zu erklären, die Kinder jedes zweite Wochenende von Freitag 18.00 Uhr bis Sonntag 18.00 Uhr zu sich auf Besuch sowie während zwei Wochen pro Jahr zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.
5. Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, an den Unterhalt der Kinder monatlich im Voraus einen Unterhaltsbeitrag von je Fr. 1'800.–, somit zusammen Fr. 3'600.– zuzüglich allfälliger Kinder- und Ausbildungszulagen zu leisten. Die Unterhaltsbeiträge seien rückwirkend ab dem 01.01.2011 zuzusprechen.
6. Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, dem Gesuchsteller an seinen persönlichen Unterhalt monatlich im Voraus einen Unterhaltsbeitrag von Fr. 3'750.00 zu leisten. Der Unterhaltsbeitrag sei rückwirkend ab dem 01.01.2011 zuzusprechen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegnerin."

**Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren  
am Bezirksgericht Winterthur vom 21. Mai 2012:**

1. Es wird festgestellt, dass die Parteien zum Getrenntleben berechtigt sind.
2. Das eheliche Einfamilienhaus, C.\_\_\_\_\_-Strasse ..., ..., wird samt Hausrat und Mobiliar für die Dauer des Getrenntlebens dem Kläger zur Benützung zugewiesen.
3. Die Kinder, D.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.1999, und E.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2001, werden für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut des Klägers gestellt.
4. Die Beklagte wird berechtigt erklärt, die Kinder am zweiten und vierten Wochenende jeden Monats jeweils vom Freitag, 18.00 Uhr, bis Sonntag, 18.00

Uhr, sowie zusätzlich am zweiten Weihnachtstag und am 2. Januar, jeweils von 09.00 Uhr bis 18.00 Uhr, und in den Jahren mit gerader Jahreszahl von Karfreitag bis Ostermontag und in den Jahren mit ungerader Jahreszahl von Pfingstsamstag bis Pfingstmontag auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Ferner wird ihr das Recht eingeräumt, die Kinder jährlich während drei Wochen zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.

5. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für ihn persönlich und die Kinder an den Unterhalt und die Erziehung der Kinder monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats zahlbare Unterhaltsbeiträge von Fr. 6'000.– (davon je Fr. 1'500.– für die beiden Kinder), zuzüglich allfällige Kinderzulagen zu entrichten, zahlbar rückwirkend ab 1. Januar 2012.
6. Es wird mit Wirkung ab 8. Mai 2012 die Gütertrennung angeordnet.
7. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'200.–.
8. Die Kosten des gerichtlichen Verfahrens werden dem Kläger zu einem Fünftel und der Beklagten zu vier Fünfteln auferlegt, wobei die auf den Kläger entfallenden Kosten infolge der Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen werden. Die in Art. 123 ZPO umschriebene Nachzahlungspflicht bleibt vorbehalten.
9. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 5'000.– zu bezahlen.
10. (Schriftliche Mitteilung)
11. (Rechtsmittel)

**Berufungsanträge:**

Der Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin (Urk. 24):

- " 1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 21. Mai 2012, EE120016-K/U, aufzuheben.
2. Es sei die Appellantin zu verpflichten, dem Appellanten an den Unterhalt und die Erziehung der Kinder monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats zahlbare Unterhaltsbeiträge von Fr. 875.– pro Kind zzgl. allfällige Kinderzulagen zu entrichten, erstmals für den Monat Juni 2012.
3. Von der Festsetzung persönlicher Unterhaltsbeiträge der Appellantin an den Appellaten sei abzusehen.
4. Eventualiter sei die Appellantin zu verpflichten, dem Appellaten für ihn persönlich monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats zahlbare Unterhaltsbeiträge von höchstens Fr. 890.– zu entrichten, zahlbar erstmals für den Monat Juni 2012.
5. Der Appellat sei zu verpflichten, der Appellantin vollumfänglich Auskunft über seine Einkünfte zu erteilen.
6. Es seien die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens dem Appellaten aufzuerlegen.
7. Es sei der Appellat zu verpflichten, die Appellantin für das erstinstanzliche Verfahren angemessen zu entschädigen.  
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 8% MWSt. zu Lasten des Appellaten."

Des Gesuchstellers und Berufungsbeklagten (Urk. 42):

- " 1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen und es sei das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 21. Mai 2012 vollumfänglich zu bestätigen;  
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Appellantin."

## **Erwägungen:**

### **I.**

1. Die Parteien standen vor Vorinstanz seit Januar 2012 in einem Eheschutzverfahren (Urk. 1). Am 21. Mai 2012 fällte die Vorinstanz nach Durchführung der Hauptverhandlung vom 8. Mai 2012 das eingangs wiedergegebene Urteil (Urk. 25).

2. Gegen dieses Urteil erhob die Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin (fortan Gesuchsgegnerin) mit Eingabe vom 12. Juli 2012 innert Frist Berufung, wobei sie die oben angeführten Anträge stellte (Urk. 24). Die Berufungsantwort des Gesuchstellers und Berufungsbeklagten (fortan Gesuchsteller) datiert vom 5. Oktober 2012 und enthält die ebenfalls eingangs wiedergegebenen Anträge (Urk. 42). Die Berufungsantwort wurde der Gesuchstellerin zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 42 S. 1).

### **II.**

#### **1. Vorbemerkungen**

1.1 Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sind die Unterhaltsbeiträge an den Gesuchsteller persönlich und die zwei gemeinsamen Kinder der Parteien sowie die Prozesskosten und Parteientschädigung, während die übrigen Regelungen zum Getrenntleben der Parteien (Zuteilung eheliche Liegenschaft, elterliche Obhut und Besuchsrecht, Anordnung Gütertrennung) unangefochten blieben. Die Dispositiv-Ziffern 1-4 sowie 6 des angefochtenen Urteils sind mit Eingang der Berufungsantwort am 8. Oktober 2012 (Urk. 42) rechtskräftig geworden (Art. 315 Abs. 1 ZPO), was vorzumerken ist.

1.2 Gemäss Art. 272 ZPO gilt in eherechtlichen Summarverfahren der Untersuchungsgrundsatz. Dies bedeutet, dass das Gericht den Sachverhalt von Am-

tes wegen feststellt und grundsätzlich nicht an die Parteivorbringen gebunden ist (DIKE-Komm-ZPO, Art. 272 N 109). Betreffend die Bindung an die Parteianträge gilt für die Belange der Ehegatten untereinander indes die Dispositionsmaxime (DIKE-Komm-ZPO, Art. 272 N 105, Art. 58 Abs. 1 ZPO). Dies bedeutet, dass das Gericht – auch im Rechtsmittelverfahren – an die Parteianträge gebunden ist. Das Gericht kann mithin weder mehr zusprechen, als eine Partei verlangt, noch weniger, als eine Partei anerkannt hat. Art. 296 Abs. 3 ZPO erklärt demgegenüber in Kinderbelangen den Offizialgrundsatz für anwendbar, weshalb das Gericht in diesem Bereich ohne Bindung an die Parteianträge entscheidet. Gestützt auf Art. 296 Abs. 1 ZPO *erforscht* das Gericht hinsichtlich der Kinderbelange den Sachverhalt von Amtes wegen, die Untersuchungsmaxime ist in diesem Bereich somit nicht eingeschränkt. Es sind daher in allen Instanzen sowohl echte als auch unechte Noven zulässig (Schweighauser in: Sutter-Somm/Hasenböhler/ Leuenberger, ZPO Komm., Art. 296 N 22).

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

## 2. Erwerbseinkommen des Gesuchstellers

2.1 Die Vorinstanz hat bezüglich der Zumutbarkeit zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit durch den Gesuchsteller erwogen, dass dieser angesichts der Trennungsdauer von bereits mehr als eineinhalb Jahren und der Tatsache, dass aufgrund der Ausführungen der Parteien nicht mehr ernsthaft mit einer Wiederaufnahme des gemeinsamen Haushaltes zu rechnen sei, im Rahmen des ihm Zumutbaren für seinen Bedarf selber aufzukommen habe. Aufgrund der ihm obliegenden Betreuung der beiden Kinder im Alter von zehn und zwölf Jahren könne ihm eine Erwerbstätigkeit von 50% zugemutet werden. Ausgehend von einem Durchschnittseinkommen eines gelernten Zimmermanns von monatlich Fr. 5'000.– (vgl. GAV Holzbau Schweiz) sei von einem hypothetischen Einkommen des Gesuchstellers von Fr. 2'500.– auszugehen (Urk. 25 S. 8 f.).

2.2 Die Gesuchsgegnerin macht in ihrer Berufung geltend, dem Gesuchsteller sei die Ausübung eines 70%-Pensums zumutbar. So würde ein erhöhtes

Pensum des Gesuchstellers seine Betreuungstätigkeit für die gemeinsamen Kinder nicht beeinträchtigen, da er ohnehin einen grossen Teil seiner Zeit bei seiner Freundin, auf dem Tennisplatz oder in Restaurants verbringe und die Kinder in dieser Zeit alleine zuhause seien. Sodann bestehe die Möglichkeit, die Kinder durch die Mutter des Gesuchstellers, welche bloss einige hundert Meter entfernt wohne, betreuen zu lassen. Überdies bestünden in ..., wo die Kinder zur Schule gingen, überaus gute Umstände bezüglich der Fremdbetreuung. Aufgrund der fehlenden tatsächlichen Betreuungstätigkeit und der ausserordentlich guten Umstände bezüglich der Fremdbetreuung sei dem Gesuchsteller eine Erwerbstätigkeit mit einem Pensum von 70% zumutbar. Dieses könne er durch eine Anstellung zu 50% mit ergänzender selbständiger Tätigkeit zu 20% in seiner in der ehelichen Liegenschaft befindlichen und mit voll funktionstüchtigen Maschinen ausgestatteten Schreinerwerkstatt erreichen oder durch die Aufnahme einer auswärtigen Arbeitstätigkeit zu 70% (Urk. 24 S. 5 f.)

Weiter macht die Gesuchsgegnerin mit Bezug auf die Leistungsfähigkeit des Gesuchstellers geltend, der von der Vorinstanz als Durchschnittseinkommen für einen gelernten Zimmermann berücksichtigte Betrag von Fr. 5'000.– stelle eine willkürliche, unbelegte Schätzung dar. Der Gesuchsteller habe bei seiner letzten Festanstellung im Jahr 1997 Fr. 104'000.– netto verdient, was einem monatlichen Nettolohn von Fr. 9'000.– entspreche. Für seine selbständigen Arbeiten habe der Gesuchsteller sodann nachgewiesenermassen einen Stundenlohn von Fr. 75.– in Rechnung gestellt. Ausgehend von einem 70%-Pensum mit 28 Arbeitsstunden pro Woche und 112 Arbeitsstunden pro Monat sei es dem Gesuchsteller möglich, im Rahmen einer rein selbständigen Erwerbstätigkeit Fr. 8'400.– pro Monat zu verdienen. Vor diesem Hintergrund sei bei Gesuchsteller bei einem 70%-Pensum mindestens von einem erzielbaren Einkommen von Fr. 6'500.– auszugehen (Urk. 24 S. 7 f.).

2.3 Der Gesuchsteller bringt bezüglich seiner Leistungsfähigkeit vor, die Vorinstanz habe die Rechtslage korrekt dargelegt und ihm in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Praxis, wonach dem haushaltführenden und kinderbetreuenden Ehegatten die Aufnahme einer Teilzeitarbeit im Umfang von 50%

zumutbar sei, sobald das jüngste Kind zehn Jahre alt sei, ein Erwerbseinkommen im genannten Umfang angerechnet. Die von der Gesuchsgegnerin geforderte Erwerbstätigkeit zu 70% widerspreche der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der bisher gelebten Aufgabenverteilung der Ehegatten. Sodann sei es unzutreffend, dass er einen grossen Teil seiner Zeit ausser Hause verbringe. Mit Bezug auf die Möglichkeiten der Fremdbetreuung führt der Gesuchsteller aus, dass diese nicht anders wie bei anderen Familien vorliegen würden. Zwar sei es zutreffend, dass seine Mutter hin und wieder auf ihre Enkel aufpasse, aber sie könne aufgrund ihres Alters nicht mit noch mehr Kinderbetreuung belastet werden.

Hinsichtlich des erzielbaren Einkommens führt der Gesuchsteller aus, die Vorinstanz habe richtigerweise auf die aktuellen Verhältnissen abgestellt und sich in Bezug auf den Lohn am "GAV Holzbau Schweiz" orientiert, welcher ein Durchschnittseinkommen von rund Fr. 5'000.– festhalte. Es sei zwar zutreffend, dass er früher ein höheres Einkommen habe generieren können, dies sei aber 15 Jahre her. Er habe aufgrund der übernommenen Kinderbetreuung über zwölf Jahre nicht mehr gearbeitet, habe keine Weiterbildungen absolviert und sei daher nicht mehr auf dem Stand von damals. Sodann seien die von der Gesuchsgegnerin für massgeblich erklärten Einnahmen des Jahres 1997 erwirtschaftet worden, als er noch keine zwei Kinder gehabt, weit mehr als 100% gearbeitet und den Betrieb mit drei bis fünf Mitarbeitern zusammen mit seinem Bruder geführt habe. Weshalb die Gesuchsgegnerin Vergleiche zu dieser 15 Jahre zurückliegenden Sachlage aufstelle, sei nicht nachvollziehbar, zumal klar sei, dass dies heute schlicht und einfach nicht mehr möglich sei (Urk. 42 S. 6 f.)

2.3 Entsprechend den zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen rechtfertigt es sich, bei der eheschutzrichterlichen Unterhaltsermittlung die Grundsätze des nahehelichen Unterhalts miteinfließen zu lassen, wenn mit einer Wiedervereinigung der Parteien nicht zu rechnen ist (Urk. 22 S. 7). Das Ziel der wirtschaftlichen Selbstständigkeit gewinnt in einer solchen Konstellation an Bedeutung (BGE 128 III 65 Erw. 4). Der Wiedererlangung dieser wirtschaftlichen Selbstständigkeit kann aber die Betreuung von Kindern entgegenstehen. Das Bundesgericht hat in seiner Rechtsprechung Grundsätze zur Frage entwickelt, in wel-

chem Mass die Kinderbetreuung bei der Beurteilung der Erwerbsfähigkeit des betreuenden Elternteils zu berücksichtigen ist. Danach ist von einer vollen Erwerbsfähigkeit auszugehen, wenn das jüngste Kind das 16. Altersjahr vollendet hat (BGE 115 II 427 Erw. 5; BGE 115 II 6 Erw. 3b). Die Aufnahme einer Teilzeitarbeit im Umfang von 30-50% ist bereits dann zumutbar, wenn das jüngste Kind mit zehn Jahren dem Kleinkindalter entwachsen ist (BGE 115 II 6 Erw. 3c). Die vom Gesuchsteller zu betreuenden Kinder waren zum Urteilszeitpunkt zehn und zwölf Jahre alt, weshalb dem Gesuchsteller in Übereinstimmung mit dem vorinstanzlichen Entscheid eine (selbständige oder unselbständige) Teilzeiterwerbstätigkeit von 50% zugemutet werden kann. Anhaltspunkte um von dieser gefestigten Praxis abzuweichen, bestehen keine. Der Hinweis der Gesuchsgegnerin auf die Möglichkeit der Fremdbetreuung vermag an dieser Betrachtungsweise jedenfalls nichts zu ändern. Das Bundesgericht hat in seinem Entscheid vom 14. November 2008 klar zum Ausdruck gebracht, dass die unmittelbare persönliche Betreuung und Pflege der Kinder deren Interesse diene und ein wesentlicher Gesichtspunkt für die Zuteilung der elterlichen Sorge sei, woran die oftmals von den finanziellen Gegebenheiten diktierte Lebenswirklichkeit nichts zu ändern vermöge (BGer 5A\_210/2008, Erw. 3.2). Die Vorbringen der Gesuchsgegnerin bezüglich Mittagsbetreuung in der Schule und Betreuung durch die Grossmutter der Kinder geben somit keinen Anlass, von den durch Lehre und Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen abzuweichen. Beim Vorbringen der Gesuchsgegnerin, der Gesuchsteller würde seinen Betreuungsaufgaben nicht nachkommen, handelt es sich sodann um eine pauschale Behauptung. Der von der Gesuchsgegnerin privat in Auftrag gegebene Überwachungsbericht über den Tagesablauf und die Tätigkeiten des Gesuchstellers (Urk. 28/5/3) während zwei Wochen hält lediglich fest, wann sich der Gesuchsteller (vermutlich) nicht an seinem Wohnort aufgehalten hat. Wo sich die Kinder in dieser Zeit aufgehalten haben - ob sie allenfalls mit dem Gesuchsteller zusammen unterwegs oder im Rahmen von ausserschulischen Aktivitäten betreut waren - geht aus dem Bericht nicht hervor. Sodann konnte der Aufenthaltsort des Gesuchstellers vermehrt erst gar nicht festgestellt werden, was an sich bereits keine aussagekräftigen Rückschlüsse auf die durch ihn vorgenom-

mene Kinderbetreuung zulässt. Eine fehlende Betreuungstätigkeit des Gesuchstellers wird mit dem Bericht jedenfalls nicht dargetan.

Mit Bezug auf die Höhe des erzielbaren Einkommens bei einer 50%-Tätigkeit als Zimmermann gilt es ohne grosse Weiterungen festzuhalten, dass nicht auf die Einkommenszahlen des Jahres 1997 abgestellt werden kann. Der Gesuchsteller ist nunmehr seit über zwölf Jahren nicht mehr auf seinem angestammten Beruf als Zimmermann tätig und wird daher nicht mehr an seine frühere Leistungsfähigkeit anknüpfen können. Dies umso mehr, als dass ihm nur eine Teilzeiterwerbstätigkeit zumutbar ist und diese erfahrungsgemäss schlechter bezahlt wird als eine Tätigkeit im Vollzeitpensum. Das Abstellen auf die Lohntabelle des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages für das Holzbaugewerbe ist sodann eine angemessene Vorgehensweise zur Bestimmung des durchschnittlichen Einkommens eines Zimmermanns, welche von der Rechtsprechung ausdrücklich anerkannt wird (BGE 137 III 118 Erw. 3.2 S. 122). Gemäss dem Gesamtarbeitsvertrag für das Holzbaugewerbe ist für einen ausgebildeten Zimmermann mit mehr als zehn Jahren Berufserfahrung von einem durchschnittlichen Einkommen von Fr. 5'404.– auszugehen. In Anbetracht der Tatsache, dass der Gesuchsteller den Wiedereinstieg nach zwölf Jahren Absenz im Berufsleben und im Rahmen einer Teilzeittätigkeit schaffen muss, erscheint das von der Vorinstanz auf Fr. 5'000.– festgesetzte, erzielbare Einkommen bei einer 100%-Tätigkeit als angemessen. Entsprechend dem zumutbaren Pensum von 50% ist es dem Gesuchsteller daher möglich, ein Einkommen von Fr. 2'500.– zu erzielen.

2.4 Zusammengefasst ist dem Gesuchsteller in Übereinstimmung mit den vorinstanzlichen Erwägungen ein Einkommen aus einer 50%-Erwerbstätigkeit von Fr. 2'500.– netto anzurechnen.

### 3. Einkommen Gesuchsgegnerin

3.1 Die Vorinstanz hat der Gesuchsgegnerin bei der Ermittlung ihrer Leistungsfähigkeit ein hypothetisches Einkommen von Fr. 11'680.– netto angerechnet. Zur Begründung führte sie aus, die Gesuchsgegnerin habe ihre Anstellung als Gemeindeschreiberin der Gemeinde F. \_\_\_\_\_ freiwillig, wenn nicht gar mutwil-

lig, aufgegeben und damit auf eine sehr gut bezahlte Arbeitsstelle verzichtet. Die von der Gesuchsgegnerin geltend gemachten unzumutbaren Umstände am Arbeitsplatz (Mobbing) seien weder hinreichend dargetan noch auch nur ansatzweise belegt. Sodann habe die Gesuchsgegnerin ausdrücklich ausgeführt, sie habe sich trotz vorhandenen ausgeschriebenen Stellen als Gemeindeschreiberin nicht um eine solche bemüht, da sie nicht mehr so eng mit den Behörden habe zusammenarbeiten wollen. Es sei daher von einem erzielbaren hypothetischen Einkommen auszugehen, welches in der Höhe des bisherigen, als Gemeindeschreiberin erzielten Einkommens von monatlich netto Fr. 11'680.– liege (Urk. 22 S. 9 f.).

3.2 Die Gesuchsgegnerin führt im Rahmen ihrer Berufung dagegen aus, sie sei aus persönlichen Gründen zur Kündigung ihrer Anstellung als Gemeindeschreiberin gezwungen gewesen, da sie einem sehr negativen Arbeitsklima ausgesetzt gewesen sei. Sie sei durch die übrigen Gemeindeangestellten stark ausgegrenzt und gemobbt worden und habe deswegen psychische und körperliche Leiden erlitten. Sie sei von einzelnen Behördenmitgliedern nicht einmal mehr begrüsst worden. Hätte sie ihre Anstellung nicht gekündigt, wäre sie früher oder später in ein Burnout geschlittert. Sodann habe auch ihr Lebenspartner in derselben Gemeinde als Gemeinderat geamtet, was die Situation vollends unzumutbar gemacht habe. Vor diesem Hintergrund könne nicht von einer freiwilligen Aufgabe ihrer Anstellung ausgegangen werden und es sei nicht auf ein hypothetisches Einkommen, orientiert an ihrem Lohn als Gemeindeschreiberin, sondern auf ihr tatsächliches Einkommen abzustellen. Dieses könne aufgrund der Tatsache, dass sie sich erst gerade selbständig gemacht habe, bloss geschätzt werden und sei vorderhand auf Fr. 4'000.– festzusetzen (Urk. 24 S. 8 ff.).

3.3 Der Gesuchsteller stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass die Gesuchsgegnerin ihre Anstellung als Gemeindeschreiberin nicht etwa gekündigt habe, weil sie gemobbt worden sei, sondern um im Hinblick auf das Eheschutzverfahren möglichst tiefe Unterhaltsbeiträge für ihre Familie zu erwirken. Die Vorinstanz habe die Rechtslage vor diesem Hintergrund korrekt wiedergegeben und der Gesuchsgegnerin ein hypothetisches Einkommen in der Höhe ihres

Lohnes als Gemeindeschreiberin angerechnet. Es sei nur vom effektiven Nettoeinkommen auszugehen, sofern dieses auch dem entspreche, was in guten Treuen und bei zumutbarer Anstrengung als Einkommen erzielt werden könne, andernfalls sei ein hypothetisches Einkommen anzurechnen. Da die Gesuchsgegnerin sich nach der Trennung dazu entschieden habe, ihre Stelle zu kündigen, und selber ausgeführt habe, sie habe sich nicht darum bemüht, eine neue, entsprechend gut bezahlte Stelle zu finden, sei ihr korrekterweise ein hypothetisches Einkommen anzurechnen (Urk. 42 S. 8 f.).

3.4 Bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen darf vom tatsächlichen Leistungsvermögen des Pflichtigen, das Voraussetzung und Bemessungsgrundlage der Beitragspflicht bildet, abgewichen und statt dessen von einem hypothetischen Einkommen ausgegangen werden, falls und soweit der Pflichtige bei gutem Willen bzw. bei ihm zuzumutender Anstrengung mehr zu verdienen vermöchte, als er effektiv verdient. Wo die reale Möglichkeit einer Einkommenssteigerung fehlt, muss eine solche ausser Betracht bleiben. Diesen Grundsatz hat das Bundesgericht für sämtliche Matrimonialsachen festgehalten (so in BGE 117 II 16 S. 17 f. E. 1b für den Eheschutz). In diesem Zusammenhang ist Rechtsfrage, welche Tätigkeit aufzunehmen zumutbar ist; Tatfrage bildet hingegen, ob die als zumutbar erkannte Tätigkeit möglich und das angenommene Einkommen effektiv erzielbar ist (BGE 137 III 118 Erw. 2.3 S. 212 mit Hinweisen).

Im vorliegenden Fall ist in rechtlicher Hinsicht festzuhalten, dass die Gesuchsgegnerin eine langjährige Berufserfahrung als Verwaltungsangestellte in teilweise leitender Position vorweisen kann. So war sie zunächst ab 1998 als Steuersekretärin der Finanzverwaltung in der Gemeinde G.\_\_\_\_\_ tätig, ehe sie in derselben Gemeinde Gemeindeschreiberin wurde und diese Funktion rund sechs Jahre ausübte. In der Folge bekleidete sie ab dem Jahr 2005 während sechs Jahren das Amt der Gemeindeschreiberin in F.\_\_\_\_\_ (VI-Prot. S. 3 f.). Vor diesem Hintergrund ist es der Gesuchsgegnerin zumutbar und möglich, im entsprechenden Bereich (öffentliche Verwaltung) wieder beruflich Fuss zu fassen. In tatsächlicher Hinsicht ist davon auszugehen, dass die heute 43-jährige Gesuchsgegnerin mit Blick auf ihre gute Gesundheit und die durch die nunmehr rechtskräftige Kin-

derzuteilung fehlenden Betreuungsaufgaben uneingeschränkt arbeitsfähig ist und eine 100% Tätigkeit versehen kann (vgl. BGE 137 III 102 E. 4.2.2.2 S. 108 f. mit Hinweisen). Für die der Gesuchsgegnerin zuzumutenden Tätigkeiten als Verwaltungsangestellte mit leitender Funktion auf Gemeindeebene sind keine brauchbaren statistischen Werte (Lohnbuch, Lohnstrukturerhebungen, allgemein verbindliche Gesamtarbeitsverträge [vgl. dazu BGE 117 III 118 Erw. 3.2 S. 122]) verfügbar. Mit Blick auf den vergleichbaren, statistisch erfassten Mindestlohn für einen Amtschef in der öffentlichen Verwaltung auf Kantonebene von Fr. 10'400.– pro Monat (Philipp Mülhauser, Das Lohnbuch 2012, Mindestlöhne sowie orts- und berufsübliche Löhne in der Schweiz, S. 465) sowie in Anbetracht des durch die Gesuchsgegnerin zuletzt erzielten Einkommens von monatlich Fr. 11'680.– sollte es für die Gesuchsgegnerin möglich sein, monatliche Einkünfte von rund Fr. 9'000.– zu erwirtschaften. Dies rechtfertigt sich in erster Linie mit dem tieferen Lohnniveau auf Gemeindeebene und der Tatsache, dass Gemeindeschreiberstellen nicht in grosser Zahl verfügbar sind und die Gesuchsgegnerin sich daher auch nach einer anderweitigen Anstellung in der öffentlichen Verwaltung wird umsehen müssen.

Bei der Frage nach dem Zeitpunkt, ab wann der Gesuchsgegnerin ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden kann, gilt es zu berücksichtigen, dass dem Verpflichteten eine angemessene Übergangsfrist einzuräumen ist, um die rechtlichen Vorgaben in die Wirklichkeit umzusetzen (BGE 129 III 417 Erw. 2.2 S. 421 m.H.; BGer 5P.388/2003 vom 7. Januar 2004, Erw. 1.1; Entscheid des Kassationsgerichtes des Kantons Zürich vom 3. Mai 1999 Nr. 98/527 S. 6 und 8, mit Verweis auf BGE 123 III 1 ff.; BGE 117 II 17). Eine rückwirkende Festsetzung eines hypothetischen Einkommens - wie dies durch die Vorinstanz vorgenommen wurde - ist grundsätzlich unzulässig, da eine reale Möglichkeit einer Einkommenssteigerung fehlt (BGE 128 III 4 Erw. 4a S. 5; BGE 117 II 16 Erw. 1b S. 17). Eine rückwirkende Annahme eines hypothetischen Einkommens kommt höchstens in seltenen Ausnahmefällen in Betracht, wenn dem Unterhaltsschuldner ein unredliches Verhalten vorzuwerfen wäre (BGer 5P.79/2004 vom 10. Juni 2004 Erw. 4.3).

Im vorliegenden Fall hat die Gesuchsgegnerin ihre Stelle als Gemeindeschreiberin der Gemeinde F. \_\_\_\_\_ im Oktober 2011 per 31. Januar 2012 gekündigt (Urk. 25 S. 9). Das Eheschutzverfahren wurde am 26. Januar 2012 durch den Gesuchsteller eingeleitet. Die Aufgabe ihrer Anstellung begründet die Gesuchsgegnerin mit dem schlechten Arbeitsklima zwischen den Behördenmitgliedern und ihr und den daraus resultierenden Spannungen am Arbeitsplatz. Mit ein Grund für diese Spannungen sei die Beziehung zu einem der amtierenden Gemeinderäte der Gemeinde F. \_\_\_\_\_ gewesen, welcher nachweislich sein Amt per selben Datum niederlegte, wie die Gesuchsgegnerin ihre Anstellung gekündigt hat (Urk. 28/9/1). Vor diesem Hintergrund erscheint es zumindest glaubhaft, dass es an der Arbeitsstelle in F. \_\_\_\_\_ Konflikte gab und die Kündigung der Anstellung - gerade auch mit Blick auf die Chronologie der Geschehnisse - nicht im Hinblick auf das erst drei Monate später durch den Gesuchsteller eingeleitete Eheschutzverfahren erfolgte. Von einem unredlichen Verhalten der Gesuchsgegnerin, welches eine rückwirkende Festsetzung eines hypothetischen Einkommens rechtfertigen würde, ist daher nicht auszugehen. Die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens kann daher erst nach einer angemessenen Übergangsphase in Betracht kommen. Diese ist im vorliegenden Fall indes kurz zu bemessen, da einerseits beim Unterhalt an minderjährige Kinder hohe Anforderungen an die Ausschöpfung der eigenen Erwerbskraft zu stellen sind (vgl. BGE 137 III 118 Erw. 3.1) und die Gesuchsgegnerin andererseits bereits seit Mai 2012 wusste, dass sie ihr Einkommen wird steigern müssen. Vor diesem Hintergrund erscheint die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens ab 1. April 2013 angezeigt. Bis zu diesem Zeitpunkt ist bei der Gesuchsgegnerin von einem Einkommen als Selbständigerwerbende von Fr. 4'000.- pro Monat auszugehen. Dass die Gesuchsgegnerin zu Beginn der Selbständigkeit keine höheren Einkünfte erwirtschaften kann, erscheint nachvollziehbar und ist insofern glaubhaft.

Zusammenfassend ist bei der Gesuchsgegnerin bis 31. Januar 2012 noch vom Lohn als Gemeindeschreiberin von Fr. 11'680.- pro Monat auszugehen, während ihr nach der Kündigung dieser Anstellung ab 1. Februar 2012 ein Einkommen als Selbständigerwerbende im Umfang von Fr. 4'000.- anzurechnen

ist. Ab 1. April 2013 ist der Gesuchsgegnerin sodann ein hypothetisches Einkommen als Verwaltungsangestellte im Umfang von Fr. 9'000.– anzurechnen.

#### 4. Bedarf Parteien

4.1 Die Vorinstanz legte ihrer Unterhaltsberechnung einen Bedarf des Gesuchstellers mit den beiden gemeinsamen Kindern von Fr. 5'440.– und der Gesuchsgegnerin von Fr. 4'100.– zu Grunde (Urk. 22 S. 13).

4.2 Die Gesuchsgegnerin wehrt sich zum einen gegen die Berücksichtigung des Betrages von Fr. 600.– für Steuern bei beiden Parteien. Angesichts der Tatsache, dass nicht wie von der Vorinstanz angenommen von einem gemeinsamen Nettoeinkommen der Parteien von Fr. 14'100.–, sondern lediglich von einem solchen von Fr. 10'500.– auszugehen sei, seien lediglich Fr. 300.– im Bedarf jeder Partei zu berücksichtigen (Urk. 24 S. 10). Weiter moniert die Gesuchsgegnerin die Berücksichtigung des hälftigen Grundbetrages in ihrem Bedarf. Sie befinde sich nicht in einer gefestigten Lebensgemeinschaft mit ihrem Partner, da die Beziehung noch jung sei. Es sei daher der volle Grundbetrag von Fr. 1'100.– in ihrem Bedarf zu berücksichtigen (Urk. 24 S. 10)

4.3 Mit Bezug auf den im Bedarf der Parteien berücksichtigten Betrag für Steuern gilt es festzuhalten, dass dieser bei einem angenommenen Gesamteinkommen der Parteien von Fr. 85'600.– für das Jahr 2012 (Fr. 14'100.– im Januar 2012 und Fr. 6'500.– im Februar bis Dezember 2012) bei rund Fr. 300.– pro Monat und Partei festzusetzen ist. Bei einem Gesamteinkommen im Jahr 2013 von rund Fr. 123'000.– (Fr. 6'500.– bis und mit März 2013 und Fr. 11'500.– ab April 2013) ist sodann ein Betrag von Fr. 450.– für Steuern im Bedarf jeder Partei zu berücksichtigen.

Bezüglich dem Grundbedarf der Gesuchsgegnerin kann indes ohne grosse Weiterungen festgehalten werden, dass kein Anlass besteht, die vorinstanzliche Bedarfsermittlung diesbezüglich zu korrigieren. Die Gesuchsgegnerin wohnt unbestrittenermassen mit ihrem neuen Lebenspartner zusammen in einer Wohnung, und dies bereits seit nunmehr über zwei Jahren (vgl. Urk. 11/4, Mietvertrag per

1. Dezember 2010). Von einer jungen Beziehung kann somit keine Rede sein. Vor diesem Hintergrund ist die Vorgehensweise der Vorinstanz, der Gesuchsgegnerin nur den hälftigen Anteil am Grundbetrag für Ehegatten im Bedarf anzurechnen, nicht zu beanstanden.

4.4 Im Übrigen blieben die von der Vorinstanz festgesetzten Bedarfspositionen unangefochten, womit für den Gesuchsteller nach der erfolgten Korrektur hinsichtlich der Steuern im Jahr 2012 ein Bedarf mit den beiden Kindern von Fr. 5'140.– und im Jahr 2013 ein solcher von Fr. 5'290.– resultiert, während bei der Gesuchsgegnerin ein solcher von Fr. 3'800.– im Jahr 2012 und Fr. 3'950.– im Jahr 2013 zu berücksichtigen ist.

## 5. Aufteilung des Überschusses

5.1 Die Vorinstanz teilte den aufgrund des der Gesuchsgegnerin angerechneten hypothetischen Einkommens resultierenden Überschuss im Verhältnis 1/3 zu 2/3 auf den Gesuchsteller mit den gemeinsamen Kindern und die Gesuchsgegnerin auf (Urk. 22 S. 14).

5.2 Die Gesuchsgegnerin rügt im Rahmen ihrer Berufung diese Aufteilung eines hypothetischen Überschusses. Das Prinzip der Festsetzung eines hypothetischen Einkommens der verpflichteten Partei finde seine Berechtigung darin, dass im Falle einer freiwilligen Aufgabe einer lukrativen Tätigkeit der Bedarf der berechtigten Partei gedeckt werden könne. Es handle sich daher um einen Behelf, welcher es der berechtigten Partei erlaube, ihren Bedarf zu decken, ohne dabei von der Willkür der verpflichteten Partei abhängig zu sein. Mehr als zur Deckung ihres geschützten Bedarfs notwendig, sei der berechtigten Partei aber nicht zuzusprechen. Es bestehe nämlich kein Grund, die verpflichtete Partei zusätzlich zur Anrechnung eines hypothetischen Einkommens zu bestrafen, indem sie auch einen tatsächlich nicht vorhandenen, rein rechnerischen hypothetischen Überschuss mit der berechtigten Partei aufzuteilen habe. Dies würde in der konkreten Konstellation dazu führen, dass die Gesuchsgegnerin dem Gesuchsteller monatlich Fr. 6'000.– an Unterhalt bezahlen müsste, wobei dem ein tatsächliches Einkommen von Fr. 4'000.– entgegenstünde. Sie wäre demnach verpflichtet, ihren

gesamten Lohn abzugeben und zusätzlich noch weitere Fr. 2'000.– zu bezahlen, während der Gesuchsteller auf der anderen Seite Fr. 8'500.– und damit einen Betrag, der Fr. 3'360.– über seinem Bedarf liege, zur Verfügung hätte. Die Gesuchsgegnerin hätte demnach gar kein Geld mehr zur Verfügung, während der Gesuchsteller viel zu viel Geld hätte (Urk. 24 S. 12 f.).

5.3 Der Gesuchsteller stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass ein Überschuss trotz Anrechnung eines hypothetischen Einkommens quotenmässig zu verteilen sei (Urk. 42 S. 13).

5.4 Dem Gesuchsteller ist beizupflichten, dass die Berücksichtigung eines hypothetischen Einkommens eine Überschussaufteilung nicht ausschliesst. Eine Überschussaufteilung entfällt nur, wenn das vorhandene Einkommen während des Zusammenlebens zur Vermögensbildung verwendet wurde, sprich eine Sparquote resultierte. Eine solche macht die Gesuchsgegnerin aber gar nicht geltend. Somit ist davon auszugehen, dass die Familie das vorhandene Einkommen vollumfänglich zur Bedarfsdeckung verwendet hat und damit ihr ehelicher Lebensstandard definiert ist. Da mit der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen im Rahmen eines Eheschutzverfahrens sichergestellt werden soll, dass beide Eheleute auch nach der Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes am gelebten ehelichen Standard festhalten können, ist nicht ersichtlich, weshalb der Gesuchsteller nur gerade seinen Bedarf gedeckt erhalten soll. Vielmehr hat der Gesuchsteller Anspruch auf die gleiche Lebenshaltung im bisherigen Umfang. Dass die Leistungsfähigkeit der Gesuchsgegnerin unter Anrechnung eines hypothetischen Einkommens berechnet wurde, ändert daran nichts. Das der Gesuchsgegnerin ab 1. April 2013 anzurechnende hypothetische Einkommen ist bei der weiteren Unterhaltsberechnung gleich zu behandeln wie ein effektiv erzielttes Einkommen.

## 6. Rückwirkung

6.1 Die Vorinstanz hat die Gesuchsgegnerin dazu verpflichtet, die festgesetzten Unterhaltsbeiträge an den Gesuchsteller und die gemeinsamen Kinder rückwirkend ab 1. Januar 2012 zu entrichten, da aus den Akten ersichtlich sei,

dass die Gesuchsgegnerin bis Mitte/Ende Januar 2012 gewisse Zahlungen an ihre Familie geleistet habe (Urk. 22 S. 14).

6.2 Die Gesuchsgegnerin wendet gegen die rückwirkende Festsetzung der Unterhaltsbeiträge ein, sie habe dem Gesuchsteller und den Kindern von November 2010 bis und mit Mai 2012, also insgesamt 19 Monate, Fr. 92'763.70 bezahlt. Pro Monat entspreche dies einem Betrag von Fr. 4'880.–, womit der Bedarf des Gesuchstellers mit den Kindern aufgrund seines Einkommens von mindestens Fr. 2'500.– gedeckt gewesen sei, weshalb kein Raum für eine rückwirkende Festsetzung der Unterhaltsbeiträge bestehe (Urk. 24 S. 15 f.).

6.3 Der Gesuchsteller führt diesbezüglich aus, Unterhaltsbeiträge könnten für die Zukunft und für das Jahr vor Einreichung des Eheschutzbegehrens verlangt werden. Entsprechend habe er die Unterhaltsbeiträge ab 1. Januar 2011 beantragt, worauf die Vorinstanz mit dem Hinweis auf die erfolgten Zahlungen bis Januar 2012 hingegen verzichtet habe. Die vor Januar 2012 erfolgten Zahlungen seien dementsprechend von der Vorinstanz bereits berücksichtigt worden. Im Übrigen seien Zahlungen, welche ein Ehegatte vor der Einleitung eines Eheschutzverfahrens getätigt habe, für die Unterhaltsberechnung unbeachtlich. Vielmehr seien nur diejenigen Zahlungen massgebend, welche nach dem Eheschutzbegehren erfolgt seien. Die Gesuchsgegnerin habe seit der Einleitung des Eheschutzverfahrens im Januar 2012 Zahlungen von Fr. 7'050.– geleistet (Urk. 42 S. 13 f.).

6.4 Gemäss Art. 173 Abs. 3 ZGB können Unterhaltsbeiträge für die Zukunft und für das Jahr vor Einreichung des Eheschutzbegehrens gefordert werden. Das Eheschutzbegehren des Gesuchstellers stammt vom Januar 2012, weshalb grundsätzlich eine rückwirkende Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen bis 1. Januar 2011 möglich gewesen wäre. Darauf hat die Vorinstanz indes verzichtet, da sie es als ausgewiesen erachtet hat, dass die Gesuchsgegnerin bis Januar 2012 gewisse Zahlungen an den Gesuchsteller geleistet und damit den Bedarf der Familie gedeckt hat. Diese Vorgehensweise der Vorinstanz erscheint sinnvoll. Weshalb die Unterhaltsbeiträge an den Gesuchsteller und die Kinder nun erst ab 1. Juni 2012 geschuldet sein sollen, legt die Gesuchsgegnerin nicht dar. Wenn sie mit den von ihr geleisteten Zahlungen von November 2010 bis Juni 2012 argu-

mentiert, ist ihr entgegenzuhalten, dass diese von der Vorinstanz - wie gerade erläutert - bis Januar 2012 bereits berücksichtigt worden sind. Die von der Gesuchsgegnerin seit diesem Zeitpunkt geleisteten Beiträge können zwar an ihre Unterhaltspflicht angerechnet werden (was allerdings Sache des Vollstreckungsrichters und nicht diejenige eines Eheschutzgerichtes sein wird, vgl. Six, Eheschutz, Ein Handbuch für die Praxis, Zürich/Basel/Genf 2008 Rz 2.182); dies ändert aber nichts am Zeitpunkt der Unterhaltsfestsetzung. Für den Fall, dass die Gesuchsgegnerin als leistungsfähig zu erachten ist - was, wie unter Ziffer 7 nachstehend zu zeigen sein wird, nur in beschränktem Umfang zutrifft - besteht kein Anlass, die rückwirkende Festsetzung der Unterhaltsverpflichtung per 1. Januar 2012 zu korrigieren.

## 7. Konkrete Festsetzung der Unterhaltsverpflichtung

7.1 Im Sinne eines Gesamtüberblicks präsentiert sich die Sachlage hinsichtlich Leistungsfähigkeit und Bedarf der Parteien wie folgt:

	01.01.2012 bis 31.1.2012 (Phase I)	01.02.2012 bis 31.12.2012 (Phase II)	01.01.2013 bis 31.03.2013 (Phase III)	ab 01.04.2013 (Phase IV)
Bedarf Gesuchsteller	5'140	5'140	5'290	5'290
Bedarf Gesuchsgegnerin	3'800	3'800	3'950	3'950
Gesamtbedarf	8'940	8'940	9'240	9'240
Einkommen Gesuchsteller	2'500	2'500	2'500	2'500
Einkommen Gesuchsgegnerin	11'680	4'000	4'000	9'000

Gesamteinkommen	14'180	6'500	6'500	11'500
Überschuss	5'240	0	0	2'260

7.2 Für die **Phase I** ist die Gesuchsgegnerin unter Berücksichtigung ihres damaligen Lohnes für Januar 2012 in der Höhe von Fr. 11'680.-- zu verpflichten, die von der Vorinstanz angeordnete Unterhaltsleistung von insgesamt Fr. 6'000.-- zu erbringen. Der Umstand, dass der Bedarf der Gesuchstellerin wegen tieferer Steuern (für das ganze Jahr 2012) geringfügig tiefer ist und ihre Leistungsfähigkeit im Januar 2012 (wenigstens rechnerisch) leicht höher gewesen wäre, führt nicht zu höheren Unterhaltszahlungen, zumal der Gesuchsteller auch keinen entsprechenden Antrag gestellt hat.

In den **Phasen II und III** ist in Anbetracht der Einkommensverhältnisse der Gesuchsgegnerin zunächst von der Zusprechung eines Unterhaltsbeitrages an den Gesuchsteller abzusehen. Die Gesuchsgegnerin beantragt indes die Leistung von Kinderunterhaltsbeiträgen im Umfang von **Fr. 875.–** zuzüglich allfällige Kinderzulagen pro Kind ab 1. Juni 2012 und anerkennt damit das vorinstanzliche Urteil in diesem Umfang.

Für die **Phase IV** ist die Gesuchsgegnerin sodann zu verpflichten, dem Gesuchsteller und den beiden Kindern einen Unterhaltsbeitrag von **Fr. 4'300.–** zu bezahlen (Fr. 5'290.– minus Fr. 2'500.– plus 2/3-Anteil Überschuss von rund Fr. 1'510.–), wobei Fr. 1'150.– auf jedes Kind entfallen und Fr. 2'000.– auf den Gesuchsteller.

## 8. Auskunftsbegehren

8.1 Die Gesuchsgegnerin stellt im Rahmen der Berufung erstmals ein Begehren um Auskunftserteilung. Sie begehrt gestützt auf Art. 170 ZGB Auskunft über die Einkommensverhältnisse des Gesuchstellers. Zur Begründung führt sie

an, dass sie die berechtigte Vermutung habe, dass der Gesuchsteller seit längerem, mindestens aber seit der Verhandlung vor Vorinstanz am 8. Mai 2012, arbeite und einen anständigen Lohn erziele. So habe der Gesuchsteller vom 30. Mai 2012 bis zum 6. Juni 2012 Urlaub in Italien machen können, obwohl er noch anlässlich der Verhandlung zu Protokoll gegeben habe, dass er nicht über genügend freie Mittel verfüge, um Ferien zu machen. Sodann habe der Gesuchsteller im Rahmen der Verhandlung ausgeführt, er müsse aufgrund der knappen finanziellen Verhältnisse in der Metzgerei seines Bruders anschreiben lassen, obwohl diese Metzgerei seit März 2012 nicht mehr existiere und dem Gesuchsteller sodann aus der Auflösung der gemeinsamen Unternehmung mit dem Bruder aus dem Jahre 1999 noch ein Guthaben von Fr. 26'159.– zustehe und ein allfälliges Anschreiben somit als Schuldentilgung gewertet werden müsste. Vor diesem Hintergrund sei klar, dass der Gesuchsteller die Gesuchsgegnerin und auch die Vorinstanz vorsätzlich über seine tatsächlichen finanziellen Verhältnisse getäuscht habe (Urk. 24 S. 16 f.).

8.2 Der Gesuchsteller führt diesbezüglich aus, er habe immer wahrheitsgemäss Auskunft über seine finanzielle Situation erteilt und seine Einkommensverhältnisse offengelegt. Die Ferien im Tessin habe seine Partnerin bezahlt, und der aus der Unternehmensauflösung erzielte Betrag von Fr. 29'159.– sei per 31. Dezember 1999 vorhanden gewesen und in der Zwischenzeit schon lange aufgebraucht. Vielmehr sei es die Gesuchsgegnerin, welche zu ihrer finanziellen Situation keinerlei Belege eingereicht oder Auskünfte erteilt habe. So sei die Gesuchsgegnerin nunmehr seit einem Jahr selbständig erwerbend, aber reiche keine aussagekräftigen Rechnungen ihrer Kunden ins Recht. Sodann sei die Gesuchsgegnerin offensichtlich auch bei verschiedenen Arbeitgebern tätig (vgl. "H. \_\_\_\_\_", "I. \_\_\_\_\_ GmbH", "J. \_\_\_\_\_ GmbH"), versuche aber, diese Tätigkeiten zu verschweigen, und äussere sich mit keiner Silbe dazu (Urk. 42 S. 15 f.).

8.3 Der Gesuchsteller hat im Berufungsverfahren einen Arbeitsvertrag mit der Unternehmung K. \_\_\_\_\_ AG in ..., laut welchem er ab 14. Mai 2012 als "Betriebsmitarbeiter Unterhalt" auf Abruf im Stundenlohn arbeitet, und ergänzend das Kumulativjournal mit der genauen Auflistung des in den Monaten Mai bis August

erzielten Verdienstes ins Recht gereicht (Urk. 44/22-23). Damit hat er über seine Einkommensverhältnisse umfassend Auskunft erteilt. Anhaltspunkte, dass der Gesuchsteller - wie von der Gesuchsgegnerin vermutet - vor der Anstellung bei der K.\_\_\_\_\_ AG ein regelmässiges Einkommen generiert hat oder neben der erwähnten Anstellung noch weitere Einkünfte erwirtschaftet, bestehen sodann keine. Alleine aus dem Umstand, dass der Gesuchsteller mit seinen beiden Kindern eine Woche Campingurlaub gemacht hat, welcher überdies von seiner Partnerin bezahlt worden ist (vgl. Urk. 44/33), kann nicht darauf geschlossen werden, dass zusätzliche finanzielle Mittel vorhanden sein müssen. Inwiefern die Tatsache, dass der Gesuchsteller vor rund 13 Jahren im Rahmen einer Unternehmensauflösung einen Betrag von rund Fr. 26'159.- erhalten hat, ein Indiz dafür sein soll, dass der Gesuchsteller die Gesuchsgegnerin und das Gericht über seine tatsächlichen finanziellen Mittel täuschen soll, ist nicht ersichtlich. Mithin fällt zwischen diesem vor mehr als einem Jahrzehnt ausbezahlten Betrag und den vom Gesuchsteller seit November 2011 angeblich generierten Einkünften kein Zusammenhang ins Auge. Abgesehen davon bestreitet der Gesuchsteller die Auszahlung dieses Betrages (oder sogar eines höheren Betrages) gar nicht, sondern macht dessen Verbrauch geltend, was angesichts der Höhe des Betrages und dem Zeitraum von 13 Jahren naheliegend erscheint. Es bestehen mithin keinerlei stichhaltigen Anhaltspunkte dafür, dass der Gesuchsteller bereits vor dem 14. Mai 2012 ein regelmässiges Einkommen erwirtschaftet hätte oder neben der Anstellung bei der K.\_\_\_\_\_ AG über eine weitere Einkommensquelle verfügen würde. Der Gesuchsteller hat somit durch die Einreichung des Arbeitsvertrages und des Kumulativjournals die begehrte Auskunft über die generierten Einkünfte umfassend erteilt, weshalb das Auskunftsbegehren gegenstandslos geworden ist.

## 9. Prozesskostenvorschuss / unentgeltliche Rechtspflege

9.1 Der Gesuchsteller macht im Rahmen der Berufungsantwort geltend, ihm würden - wie dies auch bereits im angefochtenen Entscheid festgehalten worden sei - die finanziellen Mittel fehlen, um für die Gerichtskosten aufzukommen. Er sei sodann auf eine Rechtsvertretung dringend angewiesen, da die Gesuchsgegnerin ebenfalls anwaltlich vertreten sei und er nicht in der Lage sei, das

Verfahren ohne anwaltlichen Beistand durchzuführen. Aus diesen Gründen beantrage er die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses, eventualiter die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 42 S. 16 f.).

9.2 Gemäss konstanter Praxis der Kammer besteht für die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses im Endentscheid kein Raum mehr. Bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen hat indes die angesprochene Partei der ansprechenden Partei die Aufwendungen des Verfahrens bzw. für die Rechtsvertretung gestützt auf Art. 159 Abs. 3 ZGB zu ersetzen. Voraussetzung hierfür ist indes - wie auch bei der subsidiär zu gewährenden unentgeltlichen Rechtspflege -, dass die ansprechende Partei nicht über die finanziellen Mittel verfügt, um den Prozess ohne Beeinträchtigung des angemessenen Lebensunterhalts binnen nützlicher Frist zu finanzieren. Neben dem Einkommen wird auch das bewegliche und unbewegliche Vermögen eines Gesuchstellers berücksichtigt (BGE 124 I 97, Erw. 3b; BGE 120 Ia 179, Erw. 3a; BGE 119 Ia 11, Erw. 5). Zu dem relevanten Vermögen gehören veräusserbare oder hypothekarisch belastbare Sachwerte. Immobilien sind dementsprechend ebenfalls als Vermögen zu berücksichtigen. Parteien, welche ihr Vermögen in Immobilien angelegt haben, sollen in Bezug auf die Beurteilung der prozessualen Armut nicht besser gestellt werden als solche, die ihr Vermögen auf ein Sparsbuch gelegt oder in Wertschriften angelegt haben. Von diesen wird ohne weiteres erwartet, dass sie zwecks Finanzierung des Prozesses das Geld sofort abheben oder die Wertschriften veräussern (BGE 119 Ia 11, Erw. 5). Daher sind dem Grundeigentümer grundsätzlich alle Möglichkeiten der Mittelbeschaffung zumutbar, namentlich durch Veräusserung von selbstgenutztem Wohneigentum, durch Vermietung nicht benötigter oder durch einträglichere Vermietung bereits vermieteter Immobilien oder durch die Aufnahme eines zusätzlichen Hypothekendarlehens (I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. März 2011, Geschäfts-Nr. LP100020, Erw. 3.1; BGer 5P.458/2006, Erw. 2.2 mit Verweis auf BGE 119 Ia 12, Erw. 5; BGer 5A.85/2007, Erw. 3.3).

9.3 Der Gesuchsteller ist Alleineigentümer einer Liegenschaft in ... (Urk. 2/2). Es handelt sich dabei um die ehemals eheliche Liegenschaft, in welcher der

Gesuchsteller nach wie vor mit den beiden gemeinsamen Kindern der Parteien wohnt. Das Haus weist gemäss Steuererklärung des Jahres 2010 einen Wert von rund Fr. 896'000.– auf (VI-Urk. 2/3) und ist mit einer Hypothek im Wert von Fr. 410'000.– (vgl. Schuldenverzeichnis von VI-Urk. 2/2) belastet. Es bestehen keine Anhaltspunkte, wonach eine weitere hypothekarische Belastung der Liegenschaft ausgeschlossen wäre. Der Gesuchsteller kann vor diesem Hintergrund nicht als mittellos bezeichnet werden, weshalb im *Berufungsverfahren* kein Anspruch auf einen Prozesskostenbeitrag oder eventualiter auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege besteht. Der Umstand, dass dem Gesuchsteller im *erstinstanzlichen Verfahren* ohne nähere Begründung (vgl. Urk. 25 S. 15) und ohne Berücksichtigung seines Grundeigentums die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde, entbindet die Berufungsinstanz nicht von einer selbständigen Prüfung der Voraussetzungen für die unentgeltliche Rechtspflege (Art. 119 Abs. 5 ZPO).

### III.

1. Abschliessend ist über die Kosten- und Entschädigungsfolgen im erstinstanzlichen Verfahren und im Berufungsverfahren zu befinden.

2. Die Vorinstanz setzte die Gerichtsgebühr unangefochten auf Fr. 1'200.-- fest und auferlegte die Kosten zu 4/5 der Gesuchsgegnerin und zu 1/5 dem Gesuchsteller, wobei dessen Kostenanteil zufolge gewährter unentgeltlicher Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen wurde; ferner verpflichtete die Vorinstanz die Gesuchsgegnerin, dem Gesuchsteller eine reduzierte Parteienentschädigung von Fr. 5'000.-- zu bezahlen.

In Bezug auf die Kinderbelange sind die Kosten den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Prozessentschädigungen wettzuschlagen, wenn die Parteien gute Gründe für ihre Standpunkte hatten (ZR 84/1985 Nr. 41). Für den auf die Kinderbelange entfallenden Kosten- und Entschädigungsanteil ist von einem hälftigen Obsiegen und Unterliegen der Parteien auszugehen. In Bezug auf die Unterhaltsregelung unterliegt der Gesuchsteller in einer ersten Phase (bis 31. März 2013) mehrheitlich, während er in einer zweiten Phase (ab 1. April 2013) über-

wiegend obsiegt. Da heute nicht bestimmt werden kann, wie lange die zweite Phase (bis zu einem allfälligen Scheidungsurteil) Geltung beansprucht, rechtfertigt es sich, auch in Bezug auf die Unterhaltsregelung von einem hälftigen Obsiegen und Unterliegen auszugehen. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens sind den Parteien daher je zur Hälfte aufzuerlegen, wobei der auf den Gesuchsteller entfallende Kostenanteil zufolge der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen ist; die Prozessentschädigungen sind wettzuschlagen.

3. Auch im Berufungsverfahren sind die Kosten den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Prozessentschädigungen wettzuschlagen; die Gesuchsgegnerin obsiegt in einer ersten Phase, und der Gesuchsteller obsiegt in der zweiten Phase, was insgesamt zur erwähnten Kosten- und Entschädigungsregelung im Berufungsverfahren führt.

#### **Es wird beschlossen:**

12. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositivziffern 1, 2, 3, 4 und 6 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 21. Mai 2012 in Rechtskraft erwachsen sind.
1. Das Gesuch des Gesuchstellers um Leistung eines Prozesskostenvorschusses eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Das Auskunftsbegehren der Gesuchsgegnerin wird als gegenstandslos erledigt abgeschrieben.
4. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, dem Gesuchsteller für ihn persönlich und die Kinder an den Unterhalt und die Erziehung der Kinder folgende monatlich Unterhaltsbeiträge zu bezahlen:
  - Fr. 6'000.– (davon je Fr. 1'500.– für die beiden Kinder) zuzüglich allfällige Kinderzulagen für den Januar 2012;
  - Fr. 1'750.– (davon je Fr. 875.– für die beiden Kinder) zuzüglich allfälliger Kinderzulagen vom 1. Juni 2012 bis 31. März 2013;
  - Fr. 4'300.– (davon je Fr. 1'150.– für die beiden Kinder) zuzüglich allfällige Kinderzulagen vom 1. April 2013 für die weitere Dauer des Getrenntlebens;

zahlbar im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.
13. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt.
14. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, wobei die auf den Gesuchsteller entfallenden Kosten infolge der Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen werden. Die in Art. 123 ZPO umschriebene Nachzahlungspflicht bleibt vorbehalten.
15. Für das erstinstanzliche Verfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
16. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
17. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt und mit dem Kostenvorschuss der Gesuchsgegnerin verrechnet. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin den Kostenvorschuss im Umfang von Fr. 1'500.– zu ersetzen.

18. Für das Berufungsverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
19. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Winterthur, je gegen Empfangsschein.

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

20. 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 eine vorsorgliche Massnahmen nach Art. 97 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche arbeitsrechtliche 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, 28. Januar 2013

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. L. Stünzi

versandt: js