

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE120055-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. M. Schaffitz und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie
Gerichtsschreiber lic. iur. H. Dubach

Urteil vom 24. Januar 2013

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz (Besuchsrecht, Unterhalt, Edition),
Kosten- und Entschädigungsfolgen**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Meilen vom 6. August 2012 (EE120023)**

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien heirateten am tt. Juli 2004. Aus der Ehe gingen die Kinder C._____, geboren am tt.mm.2004, D._____, geboren am tt.mm.2006, und E._____, geboren am tt.mm.2010, hervor. Die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (nachfolgend: Gesuchstellerin) hat zudem einen weiteren Sohn aus erster Ehe, F._____, geboren am tt.mm.1997. Mit Eingabe vom 3. April 2012 (Urk. 1) machte die Gesuchstellerin bei der Vorinstanz ein Eheschutzbegehren anhängig. Für den weiteren Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden. Am 6. August 2012 bewilligte die Vorinstanz der Gesuchstellerin die unentgeltliche Rechtspflege, bestellte ihr einen unentgeltlichen Rechtsbeistand und erliess sodann folgenden Entscheid (Urk. 38 = 41):

- "1. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Parteien zum Getrenntleben berechtigt sind.
2. Auf die Begehren der Parteien auf Feststellung des Trennungszeitpunktes wird nicht eingetreten.
3. Die Kinder C._____, geboren am tt.mm.2004, D._____, geboren am tt.mm.2006, und E._____, geboren am tt.mm.2010, werden für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Gesuchstellerin gestellt.
4. Der Gesuchsgegner wird für berechtigt erklärt, die Kinder C._____, geboren tt.mm.2004, und D._____, geboren tt.mm.2006,
 - jeden zweiten Samstag (an den ungeraden Wochenenden) von 10.00 Uhr bis 19.00 Uhr, und nach 16 solcher Besuchssamstage,
 - jedes zweite Wochenende (an den ungeraden Wochenenden) von Samstag 10.00 Uhr bis Sonntag 19.00 Uhr,
 - ferner am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr sowie in geraden Jahren von Ostersonntag bis und mit Ostermontag und in ungeraden Jahren von Pfingstsamstag bis und mit Pfingstmontag (jeweils von 10:00 Uhr bis 19:00 Uhr)

auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Weiter wird der Gesuchsgegner für berechtigt erklärt, diese beiden Kinder ab 2013 für drei Wochen pro Jahr (davon maximal zwei Wochen in Folge) auf eigene

Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen. Das Ferienbesuchsrecht ist mit der Gesuchsgegnerin drei Monate im Voraus abzusprechen.

5. Der Gesuchsgegner wird für berechtigt erklärt, den Sohn E._____, tt.mm.2010,
 - jeden zweiten Samstag (an den ungeraden Wochenenden) von 10.00 Uhr bis 14.00 Uhr, und nach 4 solcher Besuchssamstage,
 - jeden zweiten Samstag (an den ungeraden Wochenenden) von 10.00 Uhr bis 19.00 Uhr,
 - ferner am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr (von 10:00 Uhr bis 19:00 Uhr) sowie in geraden Jahren am Ostersonntag und in ungeraden Jahren am Pfingstsonntag (jeweils von 10:00 Uhr bis 19:00 Uhr) auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.
6. Die eheliche Liegenschaft an der ...-Strasse ... in G.____ wird für die Dauer des Getrenntlebens der Gesuchstellerin zur alleinigen Benutzung für sich und die Kinder zugewiesen.
7. Die Gesuchstellerin verpflichtet sich, dem Gesuchsgegner auf erstes Verlangen folgende Gegenstände herauszugeben:
 - persönliche Habe und Effekten, insbesondere Kleider und Schuhe, Dokumente und Toilettenartikel des Gesuchsgegners;
 - Bücher, 4 Bilder des Künstlers Jorge Chacclan und 1 Bild des Künstlers Otto Bachmann;
 - Sportgeräte, wie insbesondere Velo, Rollerblades und Snowboard des Gesuchsgegners.

Im Mehrumfang wird das Herausgabebegehren des Gesuchsgegners abgewiesen.

8. Die Teilvereinbarung vom 23. Juli 2012 wird in Bezug auf die Kinderunterhaltsbeiträge genehmigt und in Bezug auf die Unterhaltsbeiträge der Gesuchstellerin als durch Vergleich erledigt beschrieben.
9. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für sich persönlich monatliche Unterhaltsbeiträge von CHF 63.-- zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus, je auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals per 1. August 2012.
10. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin an den Unterhalt der drei Kinder monatliche Beiträge von je CHF 1'000.-- zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus, je auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals per 1. August 2012, zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen.
11. Auf das Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahme wird nicht eingetreten.
12. Zwischen den Parteien wird mit Wirkung ab 18. Mai 2012 die Gütertrennung angeordnet.
13. Das Editionsbegehren der Gesuchstellerin wird in Bezug auf die Steuererklärung 2011 samt Beilagen und in Bezug auf den Lohnausweis 2011 und die Lohnabrechnungen als gegenstandslos geworden beschrieben. Im Mehrumfang werden sie abgewiesen.

14. Das Begehren der Gesuchstellerin um Leistung eines Prozesskostenvorschusses wird abgewiesen.
15. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 3'000.--.
16. Die Kosten werden zu drei Vierteln der Gesuchstellerin und zu einem Viertel dem Gesuchsgegner auferlegt.
17. Der auf die Gesuchstellerin entfallende Anteil wird zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege auf die Gerichtskasse genommen. Die in Art. 123 ZPO umschriebene Pflicht zur Nachzahlung bleibt vorbehalten.
18. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner eine Parteientschädigung von CHF 1'500.-- zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer zu bezahlen.
19. ... (Mitteilungssatz)
20. ... (Rechtsmittel)"

2. a) Gegen den Entscheid der Vorinstanz erhob die Gesuchstellerin am 23. August 2012 Berufung mit folgenden Anträgen (Urk. 40 S. 2):

- "1. Es sei das beigelegte vorinstanzliche Urteil vom 6. August 2012 (EE120023) bezüglich der Ziffern vier, fünf, neun, zehn, dreizehn und achtzehn des Entscheidungsdispositivs aufzuheben.
2. Es seien die Verfahrensakten in der Sache EE120023 vor der Vorinstanz hinzuzuziehen.
3. Es sei der Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Berufungsklägerin für sich persönlich CHF 5'000.00 an Unterhalt zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus auf den ersten eines jeden Monats, erstmals per 1. August 2012.
4. Es sei dem Berufungsbeklagten zu gestatten, die gemeinsamen Kinder einmal pro Woche für einen Tag von 10:00 bis 19:00 auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.
5. Eventualiter sei das Eheschutzbegehren zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
6. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MWSt. zu Lasten des Berufungsbeklagten."

Überdies stellte die Gesuchstellerin folgenden prozessualen Antrag (Urk. 40 S. 3):

"Es sei der Berufungsbeklagte zu verpflichten, im vorliegenden Verfahren die Kosten für den Rechtsbeistand der Berufungsklägerin und das Verfahren gesamthaft zu bezahlen. Eventualiter sei der Berufungsklägerin die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und in der Person von RA X._____, ... [Adresse] zu bestellen."

b) Die Berufungsantwort, welche der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt wurde, datiert vom 8. Oktober 2012 und enthält folgende Anträge (Urk. 46 S. 2):

- "1. Es sei die Berufung vom 23. August 2012 vollumfänglich abzuweisen.
2. Es sei das (unbezifferte) Gesuch der Berufungsklägerin um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses abzuweisen.

Der Entscheid über die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes wird dem Obergericht des Kantons Zürich überlassen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich gesetzliche MWSt zu Lasten der Berufungsklägerin."

II.

1. Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die Dispositivziffern 1 bis 3, 6 bis 8, 11, 12 und 14 bis 17 des vorinstanzlichen Urteils blieben unangefochten. In diesem Umfang ist das vorinstanzliche Urteil am 24. August 2012 in Rechtskraft erwachsen. Dies ist vorzumerken.

2. a) Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist die Berufung bei der Rechtsmittelinstanz schriftlich und begründet einzureichen. Aus einer Rechtsmittelschrift muss hervorgehen, dass und weshalb der Rechtsuchende einen Entscheid anfecht und inwieweit dieser geändert oder aufgehoben werden soll (BGE 134 II 248 E. 2.4.2). In der Berufungseingabe sind somit konkrete und klare Rechtsmittelanträge bzw. Rechtsbegehren zu stellen. Die Berufungsanträge sind so zu formulieren, dass sie bei Gutheissung zum Urteil erhoben werden können (Hungerbühler, DIKE-Komm., Art. 311 ZPO N 14; BK-Sterchi, Art. 311 ZPO N 14; ZK-Reetz/Theiler, Art. 311 ZPO N 34). Aus diesem Prozessgrundsatz folgt, dass auf Geldzahlung gerichtete Berufungsanträge zu beziffern sind. Daran ändert sich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch nichts, soweit für den Kinderunterhalt die Oficialmaxime anwendbar ist (vgl. Art. 296 Abs. 3 ZPO). Ob ein Rechtsmittel ergriffen werden soll und in welchem Umfang, steht in der Disposition der Parteien, unabhängig davon, ob sie über das streitige Recht verfügen können oder nicht.

Die Einleitung des Rechtsmittelverfahrens setzt damit auch unter der Officialmaxime voraus, dass eine Partei ein form- und fristgerechtes Rechtsschutzersuchen an die Rechtsmittelinstanz richtet (BGE 137 III 618 ff. E. 4-5). Sind diese Anforderungen nicht erfüllt, ist auf die Berufung nicht einzutreten, ohne dass eine Nachfrist anzusetzen wäre (BGE 137 III 622 E. 6.4; OGer ZH LE110051 vom 10. November 2011).

b) Die Gesuchstellerin verlangt unter anderem die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides in Bezug auf den Kinderunterhalt (Dispositivziffer 10 des vorinstanzlichen Urteils). Sie versäumt es aber, einen Antrag in der Sache zu stellen und diesen zu beziffern. Auch aus der Begründung lässt sich nicht erschliessen, was bzw. wie viel die Gesuchstellerin verlangt. Hierauf ist nicht einzutreten.

c) Weiter beantragt die Gesuchstellerin die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides in Bezug auf ihre Auskunftsbeglehen (Dispositivziffer 13 des vorinstanzlichen Urteils). Sie führt dazu zwar in der Begründung aus, dass es offensichtlich sei, dass sie ohne Einsicht in sämtliche Bankunterlagen des Gesuchsgegners nicht in der Lage sei, eine selbständige Tätigkeit, weitere Erträge, Unterstützungszahlungen Dritter sowie die gesamten Zahlungsvorgänge des Gesuchsgegners nachzuweisen (Urk. 40 S. 11), versäumt es aber auch hier, einen Antrag in der Sache zu stellen. Hierauf ist ebenfalls nicht einzutreten. Doch selbst wenn man annähme, dass sich aus der Begründung ergibt, was die Gesuchstellerin in der Sache verlangt, nämlich sämtliche Bankunterlagen des Gesuchsgegners, wäre der Antrag abzuweisen. Nachdem die Gesuchstellerin ihre Behauptung, dass der Gesuchsgegner über Nebeneinkünfte verfüge, noch im vorinstanzlichen Verfahren zurückgezogen hat (Urk. 37 S. 10), ist nicht ersichtlich, inwiefern die Bankunterlagen des Gesuchsgegners für die Beurteilung des Unterhaltsanspruchs der Gesuchstellerin erforderlich sein sollten. Allfällige freiwillige Unterstützungszahlungen Dritter, wie sie die Gesuchstellerin behauptet, wären ohnehin nicht entscheiderelevant (vgl. Maier, Aspekte bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen im Familienrecht, in: AJP 2007, S. 1223 ff., S. 1240, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung).

3. Die vorinstanzlichen Akten (Urk. 1-39) wurden beigezogen. Damit ist Berufungsantrag 2 der Gesuchstellerin erfüllt.

4. Die Gesuchstellerin macht geltend, dass die Vorinstanz den Sachverhalt nicht genügend abgeklärt habe. Das Verfahren vor Vorinstanz habe den Eindruck erweckt, dass man dieses möglichst rasch und ohne Verzögerung vorantreiben wollte und dabei auf weitere Abklärungen, Befragungen und Zeugen verzichtet habe (Urk. 40 S. 17 f.). Ob die Vorinstanz den Sachverhalt unrichtig festgestellt hat, ist in Bezug auf die angefochtenen Punkte, soweit darauf einzutreten ist, näher zu prüfen. Auf allgemeine Kritik am angefochtenen Urteil bzw. am erstinstanzlichen Verfahren ist hingegen nicht näher einzugehen.

5. Beide Parteien bringen im Berufungsverfahren zahlreiche neue Behauptungen vor und reichen neue Urkunden ins Recht. Neue Vorbringen sind im Berufungsverfahren nur noch zulässig, wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Das eingeschränkte Novenrecht gilt, soweit nicht Kinderbelange betroffen sind, auch im Eheschutzverfahren (vgl. BGer 4A_228/2012 vom 28. August 2012; ZR 111 Nr. 35; ZR 110 Nr. 96). Die neuen Behauptungen sowie die neu eingereichten Urkunden erweisen sich, sofern sie für die Entscheidungsfindung überhaupt relevant wären, allesamt als verspätet und sind entsprechend nicht zuzulassen. Dies betrifft namentlich die Vorbringen der Gesuchstellerin im Zusammenhang mit der H._____ AG (Urk. 40 S. 12 f.) und dem angeblichen Vermögen des Gesuchsgegners (Urk. 40 S. 8 f.) sowie die dazugehörigen Urkunden (Urk. 44/4-7 und 44/12-16). Als echte Noven zu qualifizieren sind hingegen die Lohnabrechnungen des Gesuchsgegners für die Monate August und September 2012 (Urk. 47/10).

III.

1. a) Die Vorinstanz hat die gemeinsamen Kinder der Parteien für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Gesuchstellerin gestellt und das Besuchsrecht des Gesuchsgegners geregelt. Während sich die Parteien über die

Obhutsfrage bereits im erstinstanzlichen Verfahren einig waren, bleibt das Besuchsrecht im Berufungsverfahren umstritten. Die Kinder der Parteien sind sieben, sechs und zwei Jahre alt. Nach der anfangs 2012 erfolgten Trennung sah der Gesuchsgegner die Kinder zunächst regelmässig, zum Teil mit Übernachtungen; einmal übernachtete sogar der jüngste Sohn bei ihm. Am 27. März 2012 kam es zwischen den Parteien zu einem unschönen Vorfall, der von beiden unterschiedlich geschildert wird; es wurde gar die Polizei hinzugerufen. In der Folge verweigerte die Gesuchstellerin dem Gesuchsgegner den Kontakt zu den Kindern.

b) Die Vorinstanz kam nach eingehender Begründung zum Schluss, dass nichts Entscheidendes gegen die grundsätzliche Erziehungsfähigkeit des Gesuchsgegners spreche. Nachdem der Vater seine Kinder einige Monate nicht gesehen habe, sei es aber angebracht, den Kontakt langsam wieder aufzubauen. Die Vorinstanz gewährte dem Gesuchsgegner daher ein zweiwöchentliches Besuchsrecht von einem Tag. In Bezug auf die beiden älteren Kinder sollte dieses nach 16 Besuchstagen auf ein ganzes Wochenende ausgedehnt werden (Urk. 41 S. 10 f.).

2. a) Die Gesuchstellerin beantragt im Berufungsverfahren erneut ein wöchentliches Besuchsrecht von einem Tag. Eine Übernachtung der Kinder beim Gesuchsgegner lehnt sie ab. Auf die Kritik der Gesuchstellerin am erstinstanzlichen Entscheid ist nachfolgend einzugehen, wobei vorab festzuhalten ist, dass der Frage, wie es zur Trennung kam bzw. ob diese für den Gesuchsgegner eine Überraschung darstellte oder nicht, für die Regelung des Besuchsrechts keinerlei Bedeutung zukommt.

b) Der Gesuchsgegner war vom 27. Oktober 2011 bis zum 10. Januar 2012 wegen eines sogenannten Burnouts in der Klinik I. _____ in stationärer Behandlung. Am 21. Mai 2012 liess sich der Gesuchsgegner erneut einweisen. Für wie lange ist nicht klar. Die Vorinstanz meinte, der erneute Klinikaufenthalt möge zwar auf eine gewisse Instabilität hindeuten, sei aufgrund des Umstandes, dass der Gesuchsgegner in den vorangehenden Monaten einiges zu bewältigen gehabt habe, allerdings durchaus nachvollziehbar. Sein Verhalten zeige jedenfalls, dass

er ärztliche Hilfe suche, wenn er merke, dass er solche brauche (Urk. 41 S. 9 f.). Die Gesuchstellerin macht in der Berufungsschrift geltend, der Gesuchsgegner sei aufgrund seiner Klinikaufenthalte nicht in der Lage, den Kindern mehr als einen Tag lang Sorge zu tragen (Urk. 40 S. 6). Weshalb dem so sein soll, wird nicht näher erläutert. Der Gesuchsgegner weist zu Recht darauf hin, dass er die Kinder nach seinem ersten Klinikaufenthalt im Zwei-Wochen-Rhythmus mit Übernachtung sehen konnte (Urk. 40 S. 5; vgl. auch die diversen SMS-Nachrichten: Urk. 20/8). Dass es dabei zu irgendwelchen Problemen gekommen wäre, wurde nicht geltend gemacht. Sodann ist daran zu erinnern, dass die Vorinstanz aufgrund der durch den Kontaktunterbruch möglicherweise entstandenen Entfremdung vorerst nur ein eintägiges Besuchsrecht anordnete. Erst nach 16 Besuchstagen sollte eine Ausdehnung auf ein ganzes Wochenende stattfinden. Die Ausführungen der Gesuchstellerin sind sodann nicht ohne Widerspruch, verlangt sie doch vom Gesuchsgegner, der nicht in der Lage sein soll, die Kinder mehr als einen Tag lang zu betreuen, gleichzeitig eine volle Erwerbstätigkeit als Manager. Es gelingt der Gesuchstellerin somit nicht, glaubhaft zu machen, dass der Gesuchsgegner nicht in der Lage ist, den Kindern mehr als einen Tag lang Sorge zu tragen.

c) Die Gesuchstellerin macht weiter geltend, der Gesuchsgegner neige zu Gewalt und habe sie an Ostern 2011 geschlagen (Urk. 40 S. 6). Die Vorwürfe wurden bestritten. Überdies scheint es sich auch nach den Schilderungen der Gesuchstellerin um einen einmaligen Vorfall gehandelt zu haben. Abgesehen davon, dass eine generelle Gewaltbereitschaft nicht glaubhaft gemacht wurde, hielt bereits die Vorinstanz fest, dass nie behauptet worden sei, die Kinder seien direkt von solchen Ausbrüchen betroffen gewesen oder der Gesuchsgegner habe diese gar geschlagen (Urk. 41 S. 10). In der Berufungsschrift heisst es dazu einfach lapidar, dass natürlich auch die Kinder in solchen Situationen betroffen seien (Urk. 40 S. 6). Dies ist so sicherlich zutreffend. Es bleibt aber dabei, dass auch die Gesuchstellerin nicht behauptet, die angeblichen Wutausbrüche des Gesuchsgegners hätten sich je direkt gegen die Kinder gerichtet.

d) Der Gesuchsgegner lebt im selben Haus wie seine Mutter und seine Schwester. Der Bruder des Gesuchsgegners lebt offenbar in der Nähe. Die Ge-

suchstellerin macht geltend, die Verwandten des Gesuchsgegners würden schlecht über sie reden (Urk. 40 S. 6 f.). Inwiefern dies eine Einschränkung des Besuchsrechts – namentlich einen Verzicht auf Übernachtungen – rechtfertigen sollte, ist nicht ersichtlich, zumal nicht geltend gemacht wird, diesbezügliche Äusserungen würden in Anwesenheit der Kinder gemacht.

e) Die Gesuchstellerin macht ferner geltend, die Schwester des Gesuchsgegners sei psychisch krank. Es sei offensichtlich, dass deren Anwesenheit in der gleichen Liegenschaft "unter Umständen" das Kindeswohl zu beeinträchtigen vermöge (Urk. 40 S. 7). Aus dem von der Gesuchstellerin eingereichten Polizeirapport geht hervor, dass die Schwester des Gesuchsgegners am 15. Mai 2009 freiwillig in die Psychiatrie eingetreten ist (Urk. 44/3). Der Gesuchsgegner macht geltend, dass seine Schwester heute wieder gesund sei (Urk. 46 S. 8). Auch hier ist nicht ersichtlich, inwiefern die Behauptungen der Gesuchstellerin, sollten sie denn zutreffen, eine Einschränkung des Besuchsrechts – namentlich einen Verzicht auf Übernachtungen – rechtfertigen sollten.

f) Die Gesuchstellerin erklärte vor Vorinstanz, dass die Anordnung eines begleiteten Besuchsrechts durch die Vormundschaftsbehörde zu prüfen sei, falls das Gericht der Meinung sei, dass Besuchsrecht könne direkt für ein ganzes Wochenende gewährt werden (Urk. 34 S. 13). In der Berufungsschrift rügt sie, dass die Vorinstanz nicht darauf eingegangen sei und es unterlassen habe, den Sachverhalt abzuklären (Urk. 40 S. 8). Es ist nicht Sache des Gerichts, irgendwelche Abklärungen zu treffen, wenn keine Anhaltspunkte für eine Gefährdung des Kindeswohls bestehen; daran ändert auch die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime nichts. Welchen Sachverhalt die Vorinstanz hätte abklären sollen, wird seitens der Gesuchstellerin denn auch nicht dargetan.

3. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Besuchsregelung der Vorinstanz den konkreten Umständen Rechnung trägt und auf die Bedürfnisse der Kinder sowie die Bedürfnisse und Möglichkeiten beider Eltern angemessen Rücksicht nimmt. Die Argumente der Gesuchstellerin verfangen hingegen nicht. Die Berufung ist in diesem Punkt abzuweisen und der vorinstanzliche Entscheid zu bestätigen. Nach Darstellung des Gesuchsgegners konnte er seine Kinder erst-

mals am 15. und 29. September 2012 sehen (Urk. 46 S. 9). Angenommen, die vorinstanzliche Regelung wäre seither eingehalten worden, haben bis dato zehn Besuchssamstage stattfinden können. Nach sechs weiteren Besuchssamstagen ist das Besuchsrecht in Bezug auf die beiden älteren Kinder somit auf ein ganzes Wochenende auszuweiten.

4. a) Für die erste Phase des Getrenntlebens bis zum 31. Juli 2012 haben die Parteien vor Vorinstanz eine Teilvereinbarung über die Unterhaltsbeiträge abgeschlossen. Mit Wirkung ab dem 1. August 2012 verpflichtete die Vorinstanz den Gesuchsgegner zur Zahlung von monatlichen Unterhaltbeiträgen an die Gesuchstellerin in der Höhe von insgesamt Fr. 3'063.–, davon Fr. 63.– für die Gesuchstellerin persönlich und je Fr. 1'000.– für die drei gemeinsamen Kinder. Die Vorinstanz ging dabei von einem Mankofall aus und rechnete mit folgenden Zahlen:

Einkommen der Gesuchstellerin	Fr.	3'987.–
Einkommen des Gesuchsgegners	Fr.	7'774.–
Bedarf der Gesuchstellerin und der Kinder	Fr.	8'054.–
Bedarf des Gesuchsgegners	Fr.	4'711.–

b) Die Gesuchstellerin rügt in der Berufungsschrift, dass ihr selbst ein zu hohes und dem Gesuchsgegner ein zu geringes Einkommen angerechnet worden sei. Sie kritisiert sodann einzelne Bedarfspositionen. Im Ergebnis beantragt sie monatliche Unterhaltsbeiträge für sich persönlich von Fr. 5'000.–. In Bezug auf die Kinderunterhaltsbeiträge ist auf die Berufung nicht einzutreten (vgl. E. II/2.b). Der Gesuchsgegner moniert demgegenüber, dass sein monatlicher Nettolohn Fr. 7'346.85 betrage und damit noch unter dem von der Vorinstanz angenommenen Salär liege. Im Übrigen beanstandet er die Zahlen der Vorinstanz nicht.

5. Die Gesuchstellerin ist diplomierte Krankenschwester und in einem Teilzeitpensum als Fachexpertin in der Notfallpflege am ...spital J._____ tätig. Sie arbeitet unregelmässig und wird im Stundenlohn entschädigt. Die Vorinstanz ermittelte für das Jahr 2010 einen monatlichen Nettoverdienst von Fr. 2'051.–, für das Jahr 2011 (während zehn Monaten) einen solchen von Fr. 2'745.– und für die

Monate Januar bis März 2012 einen solchen von Fr. 2'530.–. Sie erwog sodann, dass das Jahr 2010 nicht repräsentativ sei, da die Gesuchstellerin in diesem Jahr ein Kind bekommen habe. Es sei daher – soweit bekannt – auf den Durchschnitt der Jahre 2011 und 2012 abzustellen, was ein monatliches Nettoeinkommen von CHF 2'637.– ergebe (Urk. 41 S. 18 f.). Die Gesuchstellerin hält den Einwand, dass sie im Jahre 2010 ein Kind bekommen habe, für nicht stichhaltig, da sie in dieser Zeit selbstverständlich Lohnfortzahlungen erhalten habe. Es sei weder geltend gemacht noch von ihr anerkannt worden, dass sie in dieser Zeit weniger gearbeitet habe als zuvor (Urk. 40 S. 14). Dies trifft so nicht zu. Die Gesuchstellerin gab auf gerichtliches Befragen hin vor Vorinstanz zu Protokoll, dass sie im Anschluss an die Babypause noch Urlaub bezogen habe und während beinahe eines ganzen Jahres zu Hause geblieben sei (Urk. 37 S. 3). Die Vorinstanz erachtete das von der Gesuchstellerin im Jahre 2010 erzielte Einkommen vor diesem Hintergrund zu Recht als nicht repräsentativ. Es kann auf die vorinstanzliche Einkommensberechnung abgestellt werden. Hinzu kommen Fr. 1'350.– pro Monat an Unterhaltsbeiträgen für den Sohn der Gesuchstellerin aus erster Ehe. Insgesamt ergeben sich mit der Vorinstanz monatliche Einkünfte von Fr. 3'987.–.

6. a) Der Gesuchsgegner ist Betriebsökonom. Seit 1994 war er für verschiedene Unternehmen als Manager tätig. Von Oktober 2008 bis Dezember 2009 war er als CEO Schweiz für den ...hersteller K._____ tätig. Er erzielte dabei ein Nettojahreseinkommen von Fr. 180'749.– (gemäss Lohnausweis 2009, Urk. 35/21). Nachdem das Arbeitsverhältnis bei der K._____ AG vertraglich aufgelöst worden war, war der Gesuchsgegner während acht Monaten arbeitslos und bezog Taggelder der Arbeitslosenversicherung. Von September 2010 bis Juli 2012 war der Gesuchsgegner sodann bei der auf das Management von Einkaufszentren spezialisierten L._____ AG als Geschäftsleiter ... angestellt. Der Beschäftigungsgrad betrug 80 Prozent (vgl. Urk. 3/5). Der Gesuchsgegner erzielte dabei ein Nettojahreseinkommen von Fr. 151'436.– (gemäss Lohnausweis 2011, Urk. 35/23). Wie bereits dargelegt, war der Gesuchsgegner vom 27. Oktober 2011 bis zum 10. Januar 2012 wegen eines Burnouts in der Klinik I._____ in stationärer Behandlung. Nach seiner Entlassung war er weiterhin krank geschrieben. Im Jahre 2012 wurden dem Gesuchsgegner daher nur noch Krankentaggelder ausgerichtet. Mit

Schreiben vom 26. Januar 2012 kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis per Ende Juli 2012. Es folgte ein weiterer Klinikaufenthalt des Gesuchsgegners. Seine Arbeitsunfähigkeit dauerte bis zum 31. Juli 2012 fort.

b) Seit dem 1. August 2012 arbeitet der Gesuchgegner neu als Projektleiter für die H. _____ AG. Gemäss dem von ihm eingereichten Arbeitsvertrag (Urk. 20/21) beträgt das Bruttomonatssalär Fr. 7'800.–. Dieses wird 13 Mal pro Jahr ausbezahlt. Der Gesuchsgegner erklärte dazu vor Vorinstanz, dass er aufgrund des erlittenen Burnouts nicht mehr so belastbar sei wie früher. Er könne nur eine Stelle antreten, welche weniger anspruchsvoll und stressfreier als die vorherige sei und welche ihn bei seiner bestehenden psychischen Vorbelastung nicht wieder in die Krankheit treibe und einen weiteren Klinikaufenthalt notwendig mache. Dass solche Stellen anders entlöhnt würden, stehe ausser Frage (Urk. 19 S. 20). Anlässlich der Verhandlung vom 23. Juli 2012 vor Vorinstanz gab der Gesuchsgegner zudem zu Protokoll, dass er sich auch bei anderen Unternehmen beworben habe. Seit zwei Jahren stehe ihm ein Coach zur Verfügung. Ihm sei immer wieder gesagt worden, dass er einen ungünstigen Lebenslauf habe, da ihm innerhalb von zwei Jahren bereits zweimal gekündigt worden sei. Später habe er das Angebot von der H. _____ AG erhalten, wobei er hoffe, durch diese Tätigkeit wieder aufsteigen zu können. Zwischenzeitlich habe er über ein Jahr lang nicht mehr gearbeitet. Entsprechend sei er auch im Hinblick auf seine neue berufliche Tätigkeit ein bisschen nervös (Urk. 37 S. 10). Die Gesuchstellerin machte demgegenüber vor Vorinstanz geltend, das Arbeitsverhältnis mit der H. _____ AG sei konstruiert. Der Gesuchsgegner arbeite willentlich weniger, als er könne, und habe willentlich einen Vertrag unterschrieben, mit dem er zu gering entlöhnt werde. Er habe in den letzten Jahren regelmässig das Doppelte verdient. Es sei ihm daher ein hypothetisches Einkommen in der Höhe seiner bisherigen Jahreseinkommen anzurechnen. Bei der H. _____ AG handle es sich um eine erst Ende 2011 von einem befreundeten Rechtsanwalt gegründete Firma. Diese verfüge noch nicht einmal über eigene Büros, sondern sei in der Kanzlei des befreundeten Rechtsanwaltes domiziliert. Der Gesuchsgegner könne sich gemäss Arbeitsvertrag die Arbeitszeit frei einteilen, was geradezu unüblich sei (Urk. 34 S. 17).

c) Nach der Vorinstanz sind keine stichhaltigen Argumente dafür ersichtlich, dass der Vertrag fingiert wurde. In ihren Erwägungen verwies die Vorinstanz insbesondere auf das Burnout des Gesuchsgegners sowie den damit verbundenen zweimonatigen Klinikaufenthalt. Vor diesem Hintergrund seien – so die Vorinstanz – die Chancen des Gesuchsgegners auf dem Arbeitsmarkt tatsächlich nicht rosig. Damit sei auf das effektiv verdiente Einkommen abzustellen (Urk. 41 S. 19 f.).

d) Die Gesuchstellerin hält im Berufungsverfahren an ihrer Darstellung fest, wonach das Arbeitsverhältnis mit der H._____ AG fingiert sei (Urk. 40 S. 14). Ihre neuen diesbezüglichen Behauptungen erweisen sich, wie bereits erwähnt, allesamt als verspätet und sind entsprechend nicht zu berücksichtigen (vgl. E. II/5).

e) Der Vorinstanz ist zunächst darin zuzustimmen, dass nicht glaubhaft erscheint, dass der Arbeitsvertrag des Gesuchsgegners mit der H._____ AG fingiert wurde. Es bleibt ohnehin unklar, was die Gesuchstellerin mit "Fingieren" genau meint; jedenfalls liegen keinerlei Anhaltspunkte dafür vor, dass der Gesuchsgegner freiwillig darauf verzichtet, bei der H._____ AG ein höheres Einkommen zu erzielen. Inwiefern der Umstand, dass die Arbeitgeberin angeblich erst Ende 2011 von einem befreundeten Rechtsanwalt gegründet worden und noch nicht einmal über eigene Büros verfügen solle, daran etwas zu ändern vermöchte, ist ebenfalls nicht ersichtlich. Schliesslich spricht auch die Möglichkeit, sich die wöchentliche Arbeitszeit frei einzuteilen, nicht für einen "fingierten" Arbeitsvertrag. Es bleibt trotzdem zu prüfen, ob der Gesuchsgegner bei gutem Willen bzw. bei zuzumutender Anstrengung an einem anderen Ort mehr zu verdienen vermöchte, als er bei der H._____ AG effektiv verdient; ob ihm mithin ein hypothetisches Einkommen anzurechnen ist.

f) Mit der Anstellung bei der H._____ AG nimmt der Gesuchsgegner eine beträchtliche Einkommenseinbusse in Kauf. Es ist zwar nicht so, dass er bei der L._____ AG doppelt so viel verdient hätte, wie die Gesuchstellerin behauptet. Gegenüber dem Lohn, den der Gesuchsgegner bei seiner früheren Arbeitgeberin erzielte, beträgt die Einbusse aber immerhin rund 38 Prozent (Fr. 151'436.– netto bei der L._____ AG im Vergleich zu Fr. 93'288.– netto bei der H._____ AG). Der Gesuchsgegner ist heute 48 Jahre alt. Er verfügt zwar über eine Ausbildung als

Betriebsökonom und langjährige Erfahrung als Manager. Sein Lebenslauf weist jedoch mehr als ein paar Schönheitsfehler auf: Innerhalb von zwei Jahre wurde der Gesuchsgegner zweimal faktisch entlassen (vgl. Urk. 35/19 und 35/20), war während acht Monaten arbeitslos und zuletzt aufgrund einer psychischen Erkrankung während rund einem Dreivierteljahr arbeitsunfähig. Hinzu kommt, dass er die Stelle bei der K._____ AG nach Darstellung der Gesuchstellerin wegen eines angeblichen Vermögensdeliktes zum Nachteil der Arbeitgeberin aufgeben musste (vgl. Urk. 34 S. 15 f.). Auch wenn die Arbeitsmarktlage als unverändert gut bezeichnet werden kann, dürfte es dem Gesuchsgegner aufgrund seiner Vorgeschichte zunehmend schwer fallen, kurzfristig eine mit seinen früheren Tätigkeiten vergleichbare Kaderstelle zu finden. Entscheidend für die Zukunft scheint jedoch die psychische Verfassung des Gesuchsgegners zu sein. Die Gesuchstellerin hat die psychischen Probleme des Gesuchsgegners zwar nie ausdrücklich anerkannt; sie hat diese aber auch nie substantiiert bestritten. Im Zusammenhang mit dem Besuchsrechtsstreit hat sie sich sogar selbst wiederholt darauf berufen. Dass der Gesuchsgegner ein sogenanntes Burnout erlitten hat, erscheint somit glaubhaft. Die mehrmonatige stationäre Behandlung der Krankheit erfolgte denn auch vor der Trennung. Der Gesuchsgegner war danach längere Zeit krank geschrieben und es folgte ein weiterer Klinikaufenthalt. Es muss somit davon ausgegangen werden, dass der Gesuchsgegner derzeit gesundheitlich schlicht nicht in der Lage ist, eine Tätigkeit im oberen Kader eines mittleren oder grösseren Unternehmens auszuüben, verlangen solche Tätigkeiten doch erfahrungsgemäss stets nach einer hohen Belastbarkeit. Über die aktuelle Tätigkeit des Gesuchsgegners als Projektleiter bei der H._____ AG ist fast nichts bekannt. Das erzielte Einkommen erscheint aber den momentanen Möglichkeiten des Gesuchsgegners und seinen Möglichkeiten für die nähere Zukunft angemessen. Die Vorinstanz stellte für das Eheschutzverfahren, das die Verhältnisse nur für eine kürzere Zeit regelt, zu Recht darauf ab.

g) Die Vorinstanz bezifferte das Nettomonatseinkommen des Gesuchsgegners auf Fr. 7'774.– (inkl. 13. Monatslohn). Bei ihrer Berechnung ging die Vorinstanz von geschätzten Sozialabzügen von acht Prozent aus. Der Gesuchsgegner reicht im Berufungsverfahren die Lohnabrechnungen der Monate August und

September 2012 (Urk. 48/10) ein, aus welchen hervorgehen soll, dass sein monatlicher Nettolohn lediglich Fr. 7'346.85 betrage (Urk. 46 S. 15). Der in den Lohnblättern ausgewiesene BVG-Abzug ist allerdings provisorisch und wird korrigiert, sobald der definitive Arbeitnehmerbeitrag der Versicherung vorliegt. Auf die eingereichten Lohnabrechnungen kann somit nicht abgestellt werden. Mangels verlässlicher Angaben rechtfertigt es sich, von der Berechnung der Vorinstanz auszugehen.

h) Was das angebliche Vermögen des Gesuchsgegners anbelangt, wurde bereits dargelegt, dass sich die diesbezüglichen neuen Vorbringen in der Berufungsschrift als verspätet erweisen und entsprechend nicht zuzulassen sind (vgl. E. II/5). Vor Vorinstanz behauptete die Gesuchstellerin einzig im Zusammenhang mit der Erneuerung der Hypothek, dass der Gesuchsgegner über Sicherheiten in Millionenhöhe aus der Erbengemeinschaft seines Vaters verfüge (Urk. 34 S. 18). Auf dieses unsubstantiierte Vorbringen ist nicht weiter einzugehen.

7. a) Hinsichtlich der Bedarfsberechnung ist vorzuschicken, dass die Frage, welche Ausgaben der Ehegatten im Rahmen der Unterhaltsberechnung zu berücksichtigen sind, nicht tatsächlicher, sondern materiellrechtlicher Natur ist (vgl. KassGer ZH AA050192 vom 13. Juli 2006 E. II/1.2). Der Entscheid, ob bzw. in welchem Umfang Auslagen einer Partei, welche von der Gegenseite anerkannt bzw. nicht bestritten wurden, in die Berechnung des Unterhaltsbeitrages einzusetzen sind, ist daher eine Frage der Rechtsanwendung und diese erfolgt von Amtes wegen (Art. 57 ZPO).

b) Die Gesuchstellerin kritisiert zunächst, dass die Vorinstanz "weitere Krankenkassenkosten" in ihrem Bedarf nicht berücksichtigt habe. Die Vorinstanz begründete die Nichtberücksichtigung damit, dass die Gesuchstellerin die angeblichen Kosten weder beziffert noch belegt habe (Urk. 41 S. 16). Die Gesuchstellerin unterlässt es, sich mit der vorinstanzlichen Argumentation auseinanderzusetzen, und wiederholt schlicht, dass sie derzeit noch keine Kosten abschätzen könne (Urk. 40 S. 15). Welchen Betrag die Gesuchstellerin angerechnet haben möchte, geht auch aus der Berufungsbegründung nicht hervor. Auf diesen Punkt ist somit nicht weiter einzugehen.

c) Die Gesuchstellerin macht Kinderbetreuungskosten von monatlich Fr. 1'687.50 geltend (Urk. 6 S. 10). Der Gesuchsgegner bestreitet diese Ausgabe (Urk. 19 S. 25). Die Vorinstanz berücksichtigte die geltend gemachten Kosten nicht, da die von der Gesuchstellerin eingereichten Belege allesamt das Jahr 2012 betreffen würden und daher nicht geeignet seien, den ehelichen Standard glaubhaft zu machen (Urk. 41 S. 16). Diese Argumentation greift zu kurz. Bereits aus der allgemeinen Lebenserfahrung lässt sich ableiten, dass einer Teilzeit erwerbstätigen, alleinerziehenden Mutter von vier Kindern, das jüngste davon zwei Jahre alt, gewisse Kosten für die Kinderbetreuung entstehen. Aus der vor Vorinstanz eingereichten Aufstellung (Urk. 35/13) ergibt sich sodann glaubhaft, dass M. _____ für ihre Betreuungsarbeit im ersten Halbjahr 2012 von der Gesuchstellerin mit einem Nettobetrag von durchschnittlich Fr. 850.– pro Monat entschädigt wurde. Hinzu kommen die Unfallversicherung von rund Fr. 18.– pro Monat (Fr. 215.– / 12) sowie Beiträge an die AHV/IV/EO/ALV für Arbeitgeber und Arbeitnehmer von je 6.25% bzw. insgesamt rund Fr. 113.– pro Monat (Fr. 850.– / [100% - 6.25%] x 6.25% x 2). Es sind der Gesuchstellerin somit Kinderbetreuungskosten von Fr. 981.– anzurechnen.

d) Gemäss bundesgerichtlicher Praxis hat die Steuerlast bei engen finanziellen Möglichkeiten, wo das eheliche Einkommen zur Deckung des Grundbedarfes zweier Haushalte nicht ausreicht, bei der Berechnung des Notbedarfs unberücksichtigt zu bleiben (BGer 5A_525/2007 E.7). Die Vorinstanz setzte bei beiden Parteien die Steuern im Bedarf ein, obschon sie von einem Mankofall ausging. Dies ist zu korrigieren.

e) Die übrigen Positionen im Bedarf der Gesuchstellerin sind zu übernehmen. Der Grundbedarf der Gesuchstellerin und der Kinder stellt sich somit wie folgt dar (vgl. Urk. 41 S. 13 f.):

Grundbetrag	Fr.	1'350.–
Kinder	Fr.	1'800.–
Hypothek	Fr.	1'783.–
Nebenkosten	Fr.	550.–
Krankenkasse	Fr.	882.–
Telefon	Fr.	100.–
Billag	Fr.	39.–

Cablecom	Fr.	100.–
Hausrat/Haftpflicht	Fr.	50.–
Auto	Fr.	500.–
Auswärtige Verpflegung	Fr.	100.–
Kinderbetreuung	Fr.	981.–
Steuern	Fr.	0.–
Total	Fr.	8'235.–

f) Der Gesuchsgegner machte vor Vorinstanz Mietkosten von Fr. 2'250.– geltend und reichte dazu einen Mietvertrag mit seiner eigenen Mutter ins Recht (Urk. 20/27). Die Gesuchstellerin entgegnete, dass der Vertrag mit der Mutter konstruiert sei und der Gesuchsgegner effektiv unentgeltlich im Elternhaus wohne. Für eine angemessene Wohnung in der Region billigte sie dem Gesuchsgegner dennoch Wohnkosten von Fr. 2'000.– zu (Urk. 6 S. 6 und 8; Urk. 34 S. 19). Die Vorinstanz hielt den Mietvertrag zwar nicht für konstruiert, führte aber aus, dass Fr. 2'250.– angesichts der absehbaren finanziellen Verhältnisse der Parteien unangemessen hoch seien. Selbst eine Wohnung, die Übernachtungsmöglichkeiten für die Kinder biete, könne günstiger angemietet werden, zumal der Gesuchsgegner nicht ortsgebunden sei. Die Vorinstanz hielt einen Mietzins von Fr. 1'800.– für angemessen. In der Berufungsschrift wiederholt die Gesuchstellerin ihre Behauptung, dass der Mietvertrag konstruiert sei. Es bleibt ihr Geheimnis, was sie damit erreichen will, nachdem die Vorinstanz gar nicht auf diesen Vertrag abstellte, sondern dem Gesuchsgegner einen hypothetischen Mietzins anrechnete – notabene einen tieferen als die Gesuchstellerin selbst für angemessen hielt. Der Gesuchsgegner hat Anrecht auf Berücksichtigung angemessener Mietkosten (vgl. ZR 87 Nr. 114). Der von der Vorinstanz eingesetzte Betrag erscheint angemessen und ist zu übernehmen.

g) Die Vorinstanz rechnete dem Gesuchsgegner Fr. 250.– für den öffentlichen Verkehr an. Der Gesuchsgegner wohnt in N._____ und arbeitet in J._____. Die Kosten eines ZVV-Monatsabos (3 Zonen) betragen lediglich Fr. 119.–. Dieser Betrag ist dem Gesuchsgegner anzurechnen.

h) Wie bei der Gesuchstellerin sind auch beim Gesuchsgegner die Steuern aufgrund der Mankosituation nicht zu berücksichtigen.

i) Die übrigen Positionen im Bedarf des Gesuchsgegners sind zu übernehmen. Sein Grundbedarf stellt sich somit wie folgt dar (vgl. Urk. 41 S. 13 f.):

Grundbetrag	Fr.	1'200.–
Miete	Fr.	1'800.–
Krankenkasse	Fr.	539.–
Franchise/Selbstbehalt	Fr.	83.–
Telefon	Fr.	100.–
Billag	Fr.	39.–
Hausrat/Haftpflicht	Fr.	50.–
Öffentlicher Verkehr	Fr.	119.–
Auswärtige Verpflegung	Fr.	350.–
Steuern	Fr.	0.–
Total	Fr.	4'280.–

8. a) Der Unterhaltsanspruch der Gesuchstellerin und der Kinder berechnet sich wie folgt:

Einkommen Gesuchstellerin	Fr.	3'987.–
Einkommen Gesuchsgegner	Fr.	7'774.–
./.. Bedarf Gesuchstellerin	Fr.	8'235.–
./.. Bedarf Gesuchsgegner	Fr.	4'280.–
Manko	Fr.	754.–
Einkommen Gesuchsgegner	Fr.	7'774.–
./.. Bedarf Gesuchsgegner	Fr.	4'280.–
Unterhaltsanspruch Gesuchstellerin	Fr.	3'494.–

b) Da in Bezug auf die Kinderunterhaltsbeiträge nicht auf die Berufung einzutreten ist (vgl. E. II/2.b), sind die vorinstanzlich festgesetzten Beträge von Fr. 1'000.– pro Kind so zu belassen. Für die Gesuchstellerin persönlich verbleiben Fr. 494.– pro Monat. Die Berufung ist in diesem Punkt teilweise gutzuheissen und die Unterhaltspflicht des Gesuchsgegners entsprechend festzusetzen.

IV.

1. a) Trifft die Rechtsmittelinstanz eine neue Entscheidung, so entscheidet sie nach Art. 318 Abs. 3 ZPO auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Ver-

fahrens. Infolge der in Art. 315 Abs. 1 ZPO enthaltenen Regel über die Teilrechtskraft dürfen diese Kosten aber nicht von Amtes wegen neu verlegt werden (ZK-Reetz/Hilber, Art. 315 ZPO N 17). Was die Parteientschädigung betrifft, ergibt sich dies ohnehin bereits aus der Dispositionsmaxime. Will eine Partei auch den erstinstanzlichen Kostenentscheid von der Berufungsinstanz überprüfen lassen, so hat sie dies in ihren Berufungsanträgen daher klar zum Ausdruck zu bringen. Wie Berufungsanträge in der Sache sind sodann auch Anträge zum erstinstanzlichen Kostenpunkt zu beziffern (vgl. zur Anfechtung der Höhe der erstinstanzlichen Gerichtsgebühr in einer Kostenbeschwerde: OGer ZH PF110013 vom 21. Juni 2011 E. 4.1-4.3). Daran ändert nichts, dass an die Bestimmtheit des Kosten- und Entschädigungsbegehrens für das laufende Verfahren seit jeher keine grossen Anforderungen gestellt werden und es den Parteien auch unter der eidgenössischen ZPO insbesondere freisteht, eine Kostennote einzureichen (vgl. Art. 105 Abs. 2 ZPO). Diese Gepflogenheit lässt sich dadurch rechtfertigen, dass einerseits die Gerichtskosten der Oficialmaxime unterstehen (Art. 105 Abs. 1 ZPO) und andererseits eine Bezifferung des Antrags auf Zusprechung einer Parteientschädigung bis unmittelbar vor Verfahrensabschluss kaum je möglich ist. Beanstandet hingegen eine Partei im anschliessenden Rechtsmittelverfahren die erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen, so ist es ihr ohne Weiteres zuzumuten, diesbezüglich einen bezifferten und substantiierten Antrag zu stellen.

b) Nach dem Gesagten erweist sich der Antrag der Gesuchstellerin in Bezug auf die erstinstanzliche Parteientschädigung als ungenügend. Sie beantragt einzig die Aufhebung der entsprechenden Dispositivziffer, worin sie verpflichtet wurde, dem Gesuchsgegner eine Entschädigung von Fr. 1'500.– zuzüglich Mehrwertsteuer zu bezahlen. Selbst aus der Begründung ergibt sich nicht, wie aus Sicht der Gesuchstellerin stattdessen zu entscheiden gewesen wäre. Die von ihr verwendete Kurzformel "Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MWSt. zu Lasten des Berufungsbeklagten" genügt zwar in Bezug auf die Verlegung der Prozesskosten des Berufungsverfahrens, nicht aber für die Neufestsetzung der erstinstanzlichen Parteientschädigung. Auf die Berufung ist in diesem Punkt nicht einzutreten.

2. a) Die Prozesskosten des Berufungsverfahrens sind grundsätzlich nach dem Ausgang des Verfahrens zu verteilen (Art. 106 Abs. 2 ZPO). In familienrechtlichen Verfahren kann das Gericht die Prozesskosten nach Ermessen verteilen (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO). Gemäss ständiger Praxis sind die Kosten des Verfahrens mit Bezug auf Kinderbelange – unabhängig vom Ausgang – den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteienschädigungen wettzuschlagen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses gute Gründe zur Antragstellung hatten (ZR 84 Nr. 41). Dies war vorliegend der Fall, weshalb bezüglich der Kinderbelange von einem hälftigen Obsiegen beider Parteien auszugehen ist. Im Übrigen unterliegt die Gesuchstellerin im Berufungsverfahren fast vollständig. In Bezug auf die Frauenunterhaltsbeiträge obsiegt sie lediglich zu rund neun Prozent. Insgesamt ist das Obsiegen der Gesuchstellerin im Berufungsverfahren mit einem Fünftel, dasjenige des Gesuchsgegners hingegen mit vier Fünfteln zu gewichten.

b) Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit §§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 2 lit. b und 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 5'500.– festzulegen. Die Kosten sind der Gesuchstellerin zu vier Fünfteln und dem Gesuchsgegner zu einem Fünftel aufzuerlegen. Die Gesuchstellerin ist ferner zu verpflichten, dem Gesuchsgegner für das Berufungsverfahren eine auf drei Fünftel reduzierte Parteienschädigung zu bezahlen. Die volle Parteienschädigung ist gestützt auf § 13 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit §§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 3 und 9 AnwGebV auf Fr. 3'000.– zu veranschlagen. Die Gesuchstellerin ist somit zu verpflichten, dem Gesuchsgegner für das Berufungsverfahren eine reduzierte Parteienschädigung von Fr. 1'800.– zu bezahlen. Hinzu kommt antragsgemäss ein Mehrwertsteuerzuschlag von Fr. 144.–.

3. Die Gesuchstellerin verlangt die Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags für das Berufungsverfahren. Sie versäumt es aber, diesen Antrag zu bezeichnen. Darauf ist nicht einzutreten. Doch selbst wenn darauf einzutreten wäre, wäre der Antrag zufolge fehlender Mittellosigkeit der Gesuchstellerin ohnehin abzuweisen gewesen (vgl. die nachfolgenden Ausführungen zur unentgeltlichen Rechtspflege).

4. a) In einem Eventualantrag ersucht die Gesuchstellerin um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung für das Berufungsverfahren. Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Wer diese Bedingungen erfüllt, hat ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand, soweit dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Nach der Rechtsprechung gilt eine Person als bedürftig, wenn sie die Kosten eines Prozesses nicht aufzubringen vermag, ohne jene Mittel anzugreifen, die für die Deckung des eigenen notwendigen Lebensunterhalts und desjenigen ihrer Familie erforderlich sind (BGE 128 I 232 E. 2.5.1). In Betracht zu ziehen sind dabei nicht nur die Einkommens-, sondern auch die Vermögensverhältnisse (BGE 124 I 98 E. 3b). Einem Grundeigentümer sind alle Möglichkeiten der Mittelbeschaffung durch Veräusserung von selbstgenutztem Wohneigentum, durch Vermietung oder durch Aufnahme eines zusätzlichen Hypothekendarlehens zumutbar, und sie gehen dem Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege vor (Bühler, Die Prozessarmut, in: Schöbi, Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung, Bern 2001, S. 149; vgl. auch BGE 119 Ia 12 E. 5; BGer 5P.329/2000 vom 1. Dezember 2000 E. 3). Erst wenn der Nachweis erbracht wird, dass eine weitere Belehnung nicht möglich ist, gilt die Mittellosigkeit als erstellt. Massgebend ist dabei nach ständiger Rechtsprechung der Kammer die Überlegung, dass Parteien, welche ihr Vermögen in Immobilien angelegt haben, in Bezug auf die Beurteilung der Bedürftigkeit nicht besser gestellt werden sollen als solche, die ihr Vermögen auf ein Sparbuch oder in Wertschriften angelegt haben. Von ihnen wird ohne weiteres erwartet, dass sie zwecks Finanzierung des Prozesses das Geld sofort abheben oder die Wertschriften veräussern (vgl. statt vieler OGer ZH LQ090082 vom 18. Oktober 2011 E. III/2).

b) Die Parteien sind Eigentümer einer Liegenschaft mit sechseinhalb Zimmern und grossem Garten in G._____. Die Hypothekarbelastung beträgt Fr. 850'000.– (Urk. 3/10). Der Gesuchsgegner schätzt den Wert der Liegenschaft auf Fr. 1'200'000.– bis Fr. 1'500'000.– (Urk. 19 S. 29). Die Gesuchstellerin, welche zusammen mit den Kindern in der Liegenschaft wohnt, hat dem nicht wider-

sprochen. In der ehelichen Liegenschaft ist somit ein den Parteien anzurechnendes Vermögen von mindestens Fr. 350'000.– enthalten. Bei einer hälftigen Teilung resultierte für jede Partei ein Betrag von mindestens Fr. 175'000.–. Der Gesuchsgegner erklärte sich mit einem Verkauf der ehelichen Liegenschaft ausdrücklich einverstanden (Urk. 19 S. 29). Es kann aber an sich offen bleiben, ob es der Gesuchstellerin zumutbar wäre, die Liegenschaft zu veräussern, verleiht ihr Miteigentumsanteil ihr doch zumindest eine erhöhte Kreditwürdigkeit. Die aktuelle, hypothekarische Belastung liegt bei rund 70 Prozent des vom Gesuchsgegner genannten Minimalwerts von Fr. 1'200'000.–. Da die Belehnungsgrenze in der Schweiz in der Regel bei 80 Prozent liegt, sollte es der Gesuchstellerin möglich sein, die bestehenden Hypothekarschulden im Umfang der Prozesskosten des Berufungsverfahrens zu erhöhen. Der Gesuchsgegner meinte zwar, dass aufgrund des gesunkenen Einkommens der Parteien bereits fraglich sei, ob die Bank den bestehenden Hypothekarvertrag erneuern werde (Urk. 19 S. 22). Die Gesuchstellerin entgegnete jedoch, dass dies in der derzeitigen Marktsituation überhaupt kein Problem sei (Urk. 34 S. 18). Darauf ist abzustellen. Sollte der Gesuchsgegner mit einer weiteren hypothekarischen Belastung der Liegenschaft nicht einverstanden sein, ändert dies laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung nichts am Vorhandensein und der Verfügbarkeit dieses Vermögenswerts (BGer 5P.133/2000 vom 15. Mai 2000 E. 5c). Der Vollständigkeit halber ist der Gesuchsgegner aber in diesem Zusammenhang bereits an dieser Stelle auf die aus der ehelichen Beistandspflicht resultierende Mitwirkungspflicht hinzuweisen. Da die Gesuchstellerin damit nicht sämtliche eigenen Mittel zur Finanzierung des Verfahrens erschöpft hat und die Gewährung eines weiteren Kredits erwarten darf, ist die Mittellosigkeit der Gesuchstellerin zu verneinen. Ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung für das Berufungsverfahren ist demzufolge abzuweisen.

Es wird beschlossen:

2. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositivziffern 1 bis 3, 6 bis 8, 11, 12 und 14 bis 17 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Be-

zirksgericht Meilen vom 6. August 2012 am 24. August 2012 in Rechtskraft erwachsen sind.

3. Auf die Berufung wird nicht eingetreten, soweit sie auf die Aufhebung der Dispositivziffern 10, 13 und 18 des vorgenannten Urteils abzielt.
4. Auf den Antrag der Gesuchstellerin auf Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags für das Berufungsverfahren wird nicht eingetreten.
5. Das Gesuch der Gesuchstellerin um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverteidigung für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
6. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Der Gesuchsgegner wird für berechtigt erklärt, die Kinder C._____, geboren am tt.mm.2004, und D._____, geboren am tt.mm.2006,
 - jeden zweiten Samstag (an den ungeraden Wochenenden) von 10.00 Uhr bis 19.00 Uhr, und nach sechs solchen Besuchssamstagen,
 - jedes zweite Wochenende (an den ungeraden Wochenenden) von Samstag 10.00 Uhr bis Sonntag 19.00 Uhr,
 - ferner am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr sowie in geraden Jahren von Ostersonntag bis und mit Ostermontag und in ungeraden Jahren von Pfingstsonntag bis und mit Pfingstmontag (jeweils von 10.00 Uhr bis 19.00 Uhr)

auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Weiter wird der Gesuchsgegner für berechtigt erklärt, diese beiden Kinder für drei Wochen pro Jahr (davon maximal zwei Wochen in Folge) auf eigene

Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen. Das Ferienbesuchsrecht ist mit der Gesuchstellerin drei Monate im Voraus abzusprechen.

2. Der Gesuchsgegner wird für berechtigt erklärt, den Sohn E. _____, geboren am tt.mm.2010,
 - jeden zweiten Samstag (an den ungeraden Wochenenden) von 10.00 Uhr bis 19.00 Uhr,
 - ferner am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr (von 10.00 Uhr bis 19.00 Uhr) sowie in geraden Jahren am Ostersonntag und in ungeraden Jahren am Pfingstsonntag (jeweils von 10.00 Uhr bis 19.00 Uhr)

auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

3. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin ab dem 1. August 2012 für die weitere Dauer des Getrenntlebens monatlich im Voraus zahlbare Unterhaltsbeiträge für sie persönlich von Fr. 494.– zu bezahlen.
7. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 5'500.– festgesetzt.
8. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Gesuchstellerin zu vier Fünfteln und dem Gesuchsgegner zu einem Fünftel auferlegt.
9. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner für das Berufungsverfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'944.– zu bezahlen.
10. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen, je gegen Empfangsschein.

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

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

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG sowie ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 24. Januar 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. H. Dubach

versandt am:
se