

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE130056-O/U.doc

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, lic. iur. M. Spahn und
Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiber lic. iur. G. Kenny

Beschluss und Urteil vom 1. November 2013

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz (Unterhalt)**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Winterthur vom 11. Juli 2013 (EE130079-K)**

Rechtsbegehren (Urk. 13 S. 1):

- " 1. Der Gesuchstellerin sei das Getrenntleben zu bewilligen.
2. Die eheliche Wohnung sei samt Mobiliar und Hausrat der Gesuchstellerin zur Benützung zuzuweisen.
3. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, die eheliche Wohnung unverzüglich zu verlassen.
4. Die Kinder C._____, geb. tt.mm.08, und D._____, geb. tt.mm.10, seien unter die Obhut der Mutter zu stellen.
5. Dem Vater sei das gerichtsbliche Besuchs- und Ferienbesuchsrecht einzuräumen.
Es sei ihm zu untersagen, Ferien mit den Kindern ohne vorgängige Zustimmung der Mutter im Ausland zu verbringen.
6. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass die VB F._____ am 8. August 2012 für die beiden Söhne eine Erziehungsaufsicht im Sinne von Art. 307 Abs. 3 ZGB angeordnet hat.
7. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin für sich und die Kinder angemessene, monatlich im Voraus zahlbare Unterhaltsbeiträge zu entrichten.
8. Der Gesuchstellerin sei die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.
9. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen seien dem Ausgang des Verfahrens entsprechend zu regeln."

Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 11. Juli 2013 (Urk. 28):

- " 1. Es wird festgestellt, dass die Parteien zum Getrenntleben berechtigt sind.
2. Die eheliche Wohnung E._____-Str. ..., F._____, wird samt Hausrat und Mobiliar der Gesuchstellerin zur Benützung zugewiesen.
3. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, die eheliche Wohnung E._____-Str. ..., F._____, bis 31. August 2013 unter Mitnahme seiner persönlichen Effekten zu verlassen.
4. Die Kinder C._____, geboren am tt.mm.2008, und D._____, geboren am tt.mm.2010, werden für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Gesuchstellerin gestellt.
5. Die mit Beschluss der Vormundschaftsbehörde F._____ vom 8. August 2012 für die beiden Söhne errichtete Erziehungsaufsicht im Sinne von Art. 307 Abs. 3 ZGB wird bestätigt.

6. Es wird davon Vormerk genommen, dass sich die Parteien über das dem Gesuchsgegner zustehende Besuchsrecht untereinander einigen. Falls eine Einigung nicht zustande kommt, gilt folgende Regelung:

Der Gesuchsgegner wird berechtigt erklärt, die Kinder jedes zweite Wochenende von Freitagabend 18.00 Uhr bis Sonntagabend 19.00 Uhr zu sich auf Besuch zu nehmen, beginnend eine Woche nach Auszug des Gesuchsgegners aus der ehelichen Wohnung.

Es wird davon Vormerk genommen, dass sich die Parteien darüber einig sind, dass der Gesuchsgegner die Kinder noch zusätzlich jeweils an einem weiteren Samstag pro Monat und jeweils an einem Werktagabend jeder Woche von 18.00 Uhr bis 19.30 Uhr zu sich auf Besuch nehmen darf.

Ferner wird dem Gesuchsgegner das Recht eingeräumt, die Kinder jährlich während drei Wochen auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin den Termin zur Ausübung des Ferienrechts drei Monate im Voraus mitzuteilen.

Es wird vorgemerkt, dass sich beide Parteien verpflichten, die Ferien mit den Kindern im Jahre 2013 in der Schweiz zu verbringen.

7. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für die Dauer des Getrenntlebens einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von insgesamt Fr. 2'800.– zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen zu bezahlen, nämlich Fr. 800.– für die Gesuchstellerin persönlich und je Fr. 1'000.– zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen für die Kinder, zahlbar im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals ab dem Auszug des Gesuchsgegners aus der ehelichen Wohnung.
8. Es wird zwischen den Parteien die Gütertrennung per 1. Juli 2013 angeordnet.
9. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 800.–.
10. Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch infolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung im Sinne von Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
11. Vom gegenseitigen Verzicht der Parteien auf Parteientschädigung wird Vormerk genommen.
12. (Schriftliche Mitteilung).
13. (Rechtsmittel: Berufung, Frist 10 Tage, Hinweis auf fehlenden Fristenstillstand gemäss Art. 145 Abs. 2 ZPO)."

Berufungsanträge:

des Gesuchsgegners und Berufungsklägers (Urk. 27 S. 2):

- " 1. Es sei Ziffer 7 des vorinstanzlichen Entscheids aufzuheben und wie folgt zu ersetzen:

Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für die Dauer des Getrenntlebens ab 1. Oktober 2013 einen monatlichen Unterhaltsbeitrag zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen zu bezahlen, nämlich:

für den Monat Oktober 2013: Fr. 2'310.00 zzgl. allfällige gesetzliche und/oder vertragliche Kinderzulagen;

ab November 2013: Fr. 1'090.00, zzgl. allfällige gesetzliche und/oder vertragliche Kinderzulagen,

wovon angemessene Unterhaltsbeiträge für die Kinder."

Prozessuale Anträge:

- " 1. Es sei der Berufung gestützt auf Art. 315 Abs. 5 ZPO aufschiebende Wirkung zu erteilen und die Vollstreckung der Ziffer 7 des vorinstanzlichen Entscheids ab 1. November 2013 aufzuschieben.
2. Es sei dem Gesuchsgegner/Berufungskläger die unentgeltliche Prozessführung sowie die Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin in der Person der Unterzeichneten für das Berufungsverfahren zu gewähren."

der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (Urk. 35 S. 2):

- " 1. Die Berufung sei abzuweisen.
2. Der Gesuchstellerin sei die unentgeltliche Rechtspflege im zweitinstanzlichen Verfahren zu gewähren.
3. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen seien zulasten des Gesuchsgegners zu regeln."

Erwägungen:

I. Parteien, Streitgegenstand, Prozessgeschichte

1. Die Parteien sind Eheleute und haben zwei gemeinsame Söhne, C._____, geb. tt.mm.2008, und D._____, geb. tt.mm.2010. Sie leben getrennt. Der Gesuchsgegner und Berufungskläger (nachfolgend Gesuchsgegner) ist In-

nenarchitekt und zurzeit auf Stellensuche. Die Gesuchstellerin und Berufungsbe-
klagte (nachfolgend Gesuchstellerin) ist Krankenschwester und arbeitet Teilzeit
als Schuhverkäuferin.

2. In der Sache ist vorliegend nur noch die einstweilige Regelung der
Kinder- und Ehegattenunterhaltsbeiträge umstritten (Urk. 27 S. 2). Die weiteren
von der Vorinstanz getroffenen Regelungen blieben unangefochten. Es kann des-
halb vorgemerkt werden, dass die Dispositivziffern 1 bis 6 und 8 bis 11 des Urteils
des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom
11. Juli 2013 (Geschäfts-Nr. EE130079-K) mit Ablauf der Berufungsfrist am
27. August 2013 in Rechtskraft erwachsen sind.

3.1. Die Parteien standen seit dem 12. Juni 2013 vor dem Einzelgericht im
summarischen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur in einem Eheschutzver-
fahren (Urk. 1). Anlässlich der Verhandlung vom 11. Juli 2013 schlossen die Par-
teien eine Trennungsvereinbarung, gestützt auf welche die Vorinstanz ihr Urteil
mit eingangs angeführtem Dispositiv fällte (Urk. 28 S. 4 ff.).

3.2. Mit frist- und formgerechter Eingabe vom 24. August 2013 erhob der
Gesuchsgegner Berufung gegen das vorinstanzliche Urteil vom 11. Juli 2013 und
stellte die eingangs angeführten Anträge (Urk. 27 S. 2). Mit Verfügung vom
24. September 2013 wurde das Gesuch um Aufschub der Vollstreckbarkeit abge-
wiesen und die Gesuchstellerin aufgefordert, die Berufung zu beantworten
(Urk. 34 S. 9). Am 7. Oktober 2013 erstattete die Gesuchstellerin form- und frist-
gerecht ihre Berufungsantwort mit eingangs angeführten Anträgen (Urk. 35). Mit
Verfügung vom 9. Oktober 2013 wurde die Berufungsantwort dem Gesuchsgeg-
ner zur Kenntnis gebracht (Urk. 36). Am 14. Oktober 2013 (hier eingegangen am
15. Oktober 2013) liess sich der Gesuchsgegner unaufgefordert vernehmen und
reichte weitere Unterlagen ins Recht, die am 16. Oktober 2013 an die Gesuchstel-
lerin zur Kenntnisnahme geschickt wurden (Urk. 37 ff.). Am 24. Oktober 2013 ging
eine weitere Eingabe des Gesuchsgegners ein (Urk. 41 f.), die gleichentags der
Gesuchstellerin zur Kenntnisnahme übermittelt wurde.

II. Prozessuales

1.1. Die Gesuchstellerin macht geltend, es sei auf die Berufung nicht einzutreten, da sämtlichen vor der Vorinstanz gestellten Anträgen des Gesuchsgegners entsprochen worden sei und daher die Prozessvoraussetzung der Beschwerde fehle (Urk. 35 S. 3 Ziff. 1).

1.2. Diese Argumentation ist grundsätzlich zutreffend. Vorliegend macht der Gesuchsgegner aber geltend, es müssten Noven berücksichtigt werden, aufgrund derer anders zu entscheiden sei (Urk. 27 S. 3 ff.). Einerseits müsse er für die von ihm per 1. Oktober 2013 gemietete Wohnung Fr. 1'490.– (statt der angerechneten Fr. 1'000.–) bezahlen. Andererseits sei ihm die Arbeitsstelle gekündigt worden, weshalb er ab November 2013 ein Einkommen von lediglich noch Fr. 4'864.– (statt Fr. 6'080.–) erziele.

Da der Gesuchsgegner behauptet, dass sich diese Noven noch während laufender Rechtsmittelfrist ergeben hätten (Kündigung der Arbeitsstelle am 21. August 2013 [Urk. 29/5]; Mitteilung vom 16. Juli 2013, dass die provisorisch zugesagte Wohnung nicht bezogen werden kann [Urk. 29/3]), können sie grundsätzlich im Rahmen des Berufungsverfahrens eingebracht werden; der Gesuchsgegner muss nicht die Rechtskraft des vorinstanzlichen Entscheides abwarten und danach umgehend ein Abänderungsverfahren anstrengen. Dementsprechend ist auf die Berufung einzutreten.

2.1. Soweit in familienrechtlichen Angelegenheiten Kinderbelange (inklusive Kinderunterhaltsbeiträge) zu regeln sind, gilt die Untersuchungs- und Officialmaxime; das Gericht muss den Sachverhalt von Amtes wegen erforschen, ist an die Parteianträge nicht gebunden und hat von sich aus die nötigen Vorkehren zu treffen (Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO). Eine von den Parteien getroffene Vereinbarung betreffend Kinderbelange wird vom Gericht dementsprechend als übereinstimmender Parteiantrag entgegengenommen und geprüft (vgl. statt vieler: Bräm/Hasenböhler, Zürcher Kommentar, Art. 169-180 ZGB, 3. Auflage, Zürich 1997, N 17 und N 117 zu Art. 176, und Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Kommentar, Art. 159-180 ZGB, 2. Auflage, Bern 1999, N 41 zu Art. 176).

2.2. Daher wurden die Kinderbelange trotz der Einigung der Parteien von der Vorinstanz autoritativ festgelegt (Urk. 28 S. 5 f. Dispositivziffer 7). Als Folge daraus können die Kinderunterhaltsbeiträge – obwohl sich die Parteien über diese geeinigt haben – mit einer Berufung angefochten werden. Da die Ehegattenunterhaltsbeiträge in engem Zusammenhang mit den Kinderunterhaltsbeiträgen stehen, können diese zusammen mit den Kinderunterhaltsbeiträgen ebenfalls im Berufungsverfahren überprüft werden.

2.3. Aufgrund der Untersuchungs- und Officialmaxime erforscht das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen und trifft von sich aus Anordnungen, soweit dies zur Wahrung des Kindeswohls nötig ist. Belange, die das Kindeswohl nicht beeinflussen, werden von der Untersuchungs- und Officialmaxime nicht erfasst. Wenn sich die Parteien wie vorliegend geeinigt und eine Vereinbarung getroffen haben, bedeutet dies, dass das Gericht prüft, ob durch das Vereinbarte das Kindeswohl adäquat gewahrt wird. Ist dies der Fall, wird der Vereinbarung bzw. den gemeinsamen Anträgen entsprechend ein Entscheid gefällt. Dies ändert sich auch im Rechtsmittelverfahren nicht.

3. Im Berufungsverfahren können neue Tatsachen nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht wurden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung kommt Art. 229 Abs. 3 ZPO dabei nicht analog zur Anwendung, es ist einzig auf Art. 317 Abs. 1 ZPO abzustellen (BGE 138 III 626 f. E 2.2). Dies gilt auch in Verfahren betreffend Kinderbelange, die der Untersuchungsmaxime unterstehen. Unechte Noven können daher grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden, es sei denn, eine Partei rüge, die Vorinstanz habe eine bestimmte Tatsache in Verletzung der Untersuchungsmaxime nicht beachtet (F. Hohl, Procédure civile, Tome II, Deuxième Edition, Bern 2010, Rz. 1214 und 2414 f.). Solche unechten Noven sind im Sinne von Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO ohne Verzug, d.h. mit der Berufungsbegründung bzw. der Berufungsantwort vorzubringen. Nach Berufungsbegründung und -antwort können – auch in Verfahren die der Untersuchungsmaxime unterstehen – nur noch echte Noven vorgebracht werden, und zwar längstens bis zum Beginn der Urteilsberatung (BGE 138 III 788 E 4.2; F. Hohl, a.a.O., Rz 1172).

Die mit Eingabe vom 14. Oktober 2013 aufgestellten Behauptungen und Belege zu den Wohnungssuchbemühungen des Gesuchsgegners hätten ohne weiteres bereits mit der Berufungsschrift aufgestellt bzw. eingereicht werden können, sie sind daher verspätet und können nicht mehr beachtet werden (Urk. 37 ff.).

III. Unterhaltsbeiträge

1. Einleitend ist darauf hinzuweisen, dass im summarischen Eheschutzverfahren zwangsläufig mit Schätzungen und Pauschalen gearbeitet werden muss. Berechnungen können nicht auf den Rappen genau durchgeführt werden, die tatsächlichen Kosten werden häufig von den Entscheidungsgrundlagen abweichen. Die einzelnen Bedarfs- und Einkommenspositionen – besonders solche, die geschätzt werden müssen – sind daher zu runden, ein anderes Vorgehen würde nur eine zu vermeidende Scheingenauigkeit vorspiegeln.

2.1. Der Gesuchsgegner will auf die Trennungsvereinbarung der Parteien vom 11. Juli 2013 zurückkommen (Urk. 18). Sinngemäss macht er einen Irrtum über den Erhalt einer günstigen Wohnung und veränderte Verhältnisse aufgrund der Kündigung seines Arbeitsverhältnisses geltend (Urk. 27 S. 3 ff.). Weder der Nichterhalt der günstigen Wohnung noch die Kündigung wurden bestritten; diese Umstände sind daher den nachfolgenden Erwägungen zu Grunde zu legen.

2.2. Aus den Ausführungen des Gesuchsgegners vor der Vorinstanz geht hervor, dass er keine sichere Zusage für die günstige Wohnung hatte (Urk. 15 S. 3 oben). Er ging die Vereinbarung also im Wissen um die Unsicherheit des Erhalts der günstigen Wohnung ein. Er befand sich daher beim Abschluss der Trennungsvereinbarung nicht in einem Irrtum. Der Nichterhalt der günstigen Wohnung beschlägt damit die Gültigkeit der Vereinbarung nicht.

2.3.1. Der Gesuchsgegner bringt weiter vor, dass ihm per 31. August 2013 (recte: 31. Oktober 2013) gekündigt worden sei. Er werde daher ab 1. November 2013 nicht mehr Fr. 6'080.– p. M. verdienen, sondern nur noch über eine Arbeitslosenentschädigung von 80 % seines bisherigen Einkommens in der Höhe von Fr. 4'864.– p. M. verfügen (Urk. 27 S. 4 lit. B).

Dem hält die Gesuchstellerin sinngemäss entgegen, dass noch nicht feststehe, dass der Gesuchsgegner nicht innert Kürze eine neue Stelle mit einem gleich hohen Einkommen finde. Er habe sich beworben und sei bereits zu Vorstellungsgesprächen eingeladen worden. Die Kündigung sei daher nicht zu berücksichtigen (Urk. 35 S. 4 Ziff. 4).

2.3.2. Zurzeit steht noch nicht fest, dass es dem Gesuchsgegner nicht gelingt, eine neue, ähnlich entlohnte Stelle zu finden, zumal er seit dem 21. August 2013 freigestellt ist und sich daher vollzeitlich der Stellensuche widmen kann. Von Bedeutung ist dabei, dass zur Sicherung des Unterhalts unmündiger Kinder besonders hohe Anforderungen an die Ausnützung der Erwerbskraft zu stellen sind. Dies gilt insbesondere in – wie vorliegend – wirtschaftlich knappen Verhältnissen (BGE 137 III 118 E. 3.1; zu den finanziellen Verhältnissen: Vgl. auch E. III. 3.9. hiernach).

Der Gesuchsgegner bringt keine konkreten Argumente vor, weshalb es ihm nicht möglich sein soll, innert nützlicher Frist eine neue Stelle zu finden. Derartige Umstände sind auch weder aus den Akten ersichtlich noch allgemein bekannt. Insbesondere reichte der Gesuchsgegner keine Belege wie beispielsweise Absagen auf Stellenbewerbungen ein. Die nachträglich ins Recht gelegten Unterlagen über die Anmeldung bei der Arbeitslosenversicherung (Urk. 39/9 und Urk. 42) sagen diesbezüglich nichts aus. Es rechtfertigt sich daher im jetzigen Verfahrensstadium nicht, davon auszugehen, der Gesuchsgegner würde keine adäquat entlohnte Stelle finden. Den nachfolgenden Erwägungen sind daher unveränderte Einkommensverhältnisse, mithin das bisherige Einkommen von **Fr. 6'080.–** netto p. M. zu Grunde zu legen (Urk. 17). In Bezug auf die Weitergeltung der Trennungsvereinbarung ändert sich damit auch aufgrund der Kündigung einstweilen nichts.

2.4. Der Vollständigkeit halber ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass auch die Gesuchstellerin anmerkte, ihr befristeter Arbeitsvertrag laufe Ende Oktober 2013 aus, sie aber auf eine Weiterbeschäftigung bzw. Neuanstellung beim gleichen Arbeitgeber hoffe (Urk. 35 S. 2 f.). Diesbezüglich gilt grundsätzlich das Gleiche, das zum Einkommen des Gesuchsgegners ausgeführt wurde. Auch

der Gesuchstellerin ist daher das bisherige Einkommen von geschätzten **Fr. 1'300.–** netto p.M anzurechnen (vgl. Urk. 17).

3.1. Da die Trennungsvereinbarung nach wie vor Bestand hat, gilt es wie unter E. II. 2.3. hiervor dargelegt zu prüfen, ob die Vereinbarung den Bedürfnissen der Kinder sowie der Lebensstellung und Leistungsfähigkeit der Eltern entspricht (Art. 176 Abs. 3 i.V.m. Art. 285 Abs. 1 ZGB) und die Kinderbelange entsprechend geregelt werden können.

3.2. Die von der Vorinstanz ausgearbeitete Trennungsvereinbarung beruht auf einer Unterhaltsberechnung, deren einzelne Bedarfs- und Einkommenspositionen von den Parteien im vorliegenden Verfahren – mit Ausnahme der streitgegenständlichen Positionen (Mietkosten, Schuldzinsen und Einkommen des Gesuchsgegners) – im Quantitativen nicht bestritten bzw. sinngemäss anerkannt worden sind und überdies weitgehend mit den Akten in Einklang stehen (Urk. 27 S. 3 ff., insbesondere S. 5 oben Ziff. 2; Urk. 35 S. 5 Ziff. 6). Die entsprechenden Positionen können der Prüfung der Trennungsvereinbarung daher im Quantitativen zu Grunde gelegt werden. Konkret ging die Vorinstanz von folgenden Zahlen aus (Urk. 17):

Gesuchstellerin		Gesuchsgegner
1'350.00	Grundbetrag	1'200.00
400.00	Kinderzuschlag	
400.00	Kinderzuschlag	
1'185.00	Mietzins	1'000.00
50.00	Strom, Gas, Wasser	50.00
150.00	Telefon, Radio, TV	150.00
40.00	Hausrat / Haftpflicht	20.00
293.00	Krankenkasse	319.00
200.00	Krankenkasse Kinder	
- 231.00	Abzgl. IPV	- 75.00
50.00	Selbstbehalt Arzt	50.00
80.00	Fahrtkosten / Auto	159.00
60.00	Hort	
	Schuldzinsen	310.00
100.00	Steuern	100.00
4'127.00	Total	3'283.00
1'300.00	Einkommen	6'080.00

Gemäss der vorinstanzlichen Berechnung steht dem Familienbedarf von Fr. 7'410.– ein Familieneinkommen (exkl. Kinderzulagen von Fr. 400.– [Urk. 17])

von Fr. 7'380.– gegenüber; es besteht (ohne Berücksichtigung der Kinderzulagen) ein Fehlbetrag von Fr. 30.00.

Die Gesuchstellerin stellt sich auf den Standpunkt, weder der Abschluss des Mietvertrags noch die Arbeitslosigkeit dürfe zu einer Reduktion der Unterhaltspflicht führen. Werde der Unterhaltsbeitrag neu berechnet, wären jedenfalls die Abzahlungsraten, die Steuern und die Nebenkosten aus dem Bedarf des Gesuchstellers zu streichen (Urk. 35 S. 4 f.).

3.3. Das Gericht muss den familienrechtlichen Notbedarf in Ausübung pflichtgemässen Ermessens bestimmen (ZR 99 Nr. 25, E. 2.6.2; ZR 90 Nr. 95). Diese Bemessung hat das Gericht unabhängig davon vorzunehmen, ob die zu bestimmenden Unterhaltsleistungen unter Anwendung der Dispositions- (Ehegattenunterhalt) oder Officialmaxime (Kinderunterhalt) stehen. Dies, da die Frage, welche Einkünfte und Ausgaben der Ehegatten in welchem Umfang im Rahmen der Berechnung des Unterhaltsbeitrags im Sinne von Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB zu berücksichtigen sind, nicht tatsächlicher, sondern materiellrechtlicher Natur ist (vgl. Entscheid des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 13. Juli 2006, Kass-Nr. AA050192, E. II./1.2). Der Entscheid, in welchem Umfang Auslagen einer Partei, die von der Gegenseite anerkannt wurden, in die Berechnung des Unterhaltsbeitrags einzusetzen sind, ist daher eine Frage der Rechtsanwendung, die von Amtes wegen erfolgt (Art. 57 ZPO).

3.4. Die Grundbeträge und Kinderzuschläge gemäss Ziff. II des Kreisschreibens der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich betreffend die Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009 (nachfolgend Kreisschreiben), der Mietzins der ehemaligen Familienwohnung, die Kosten für Telefon, Radio, TV, Hausrat- und Haftpflichtversicherungen, Krankenkasse und Gesundheit sowie Mobilität und Hort sind nicht mehr umstritten bzw. anerkannt. Sie geben zu keinen weiteren Bemerkungen Anlass und können daher aus den vorinstanzlichen Akten übernommen werden.

Der Gesuchstellerin ist zuzustimmen, dass in einem Mankofall die Steuern nicht zu berücksichtigen sind (Urk. 35 S. 5 Ziff. 6). Wie nachfolgend aufgezeigt

wird, liegt knapp kein Mankofall vor, weshalb die Steuern grundsätzlich zu berücksichtigen sind. Aufgrund der bisherigen Steuerlast von jährlich Fr. 2'090.05 für die ganze Familie (Urk. 9/5) scheint es angebracht mit der Vorinstanz bei beiden Parteien je Fr. 100.– für die Steuern zu berücksichtigen.

3.5. Gemäss Ziff. III. 1. des Kreisschreibens sind dem Gesuchsgegner angemessene Mietkosten anzurechnen. Der Gesuchsgegner benötigt eine Wohnung, in der auch das Besuchsrecht adäquat ausgeübt werden kann. Dabei ist von Bedeutung, dass die beiden Söhne rund drei und fünf Jahre alt sind. Sie benötigen daher nicht je ein eigenes Zimmer. Ein Zimmer, in dem die Kinder übernachten bzw. in das sie sich während der Besuche zurückziehen können, erscheint aber insbesondere im Hinblick darauf, dass die Kinder im Schnitt doch vier Mal pro Monat beim Gesuchsgegner übernachten und zudem einen zusätzlichen Samstag bei ihm verbringen, als angemessen. Daran ändert auch nichts, dass der Gesuchsgegner bereit war, zunächst eine Zweizimmerwohnung zu beziehen, da dies nur als Zwischenlösung, bis bei der betreffenden Vermieterschaft eine Dreizimmerwohnung frei werde, gedacht war (Urk. 15 S. 3 oben). Im Ergebnis ist somit eine Dreizimmerwohnung angemessen.

Der Gesuchsgegner stand doch unter gewissem Zeitdruck, er konnte nicht längere Zeit zuwarten, bis eine günstige Wohnung (z. B. aus dem sozialen oder genossenschaftlichen Wohnungsbau) frei wird. Auch wirkt sich nachteilig auf die Wohnungssuche aus, dass der Gesuchsgegner arbeitssuchend und seine finanzielle Situation sehr angespannt ist. Zudem fällt ins Gewicht, dass insbesondere in den Ballungszentren im Kanton Zürich nur ein knappes Angebot an Mietwohnungen zur Verfügung steht. Aus dem von der Gesuchstellerin eingereichten Ausdruck aus Homegate geht hervor, dass im betreffenden Zeitpunkt in F. _____ nur 32 Wohnungen in der Grösse von 2.5 bis 3.5 Zimmer zu einer Miete bis Fr. 1'500.– p. M. inkl. Nebenkosten ausgeschrieben waren (Urk. 32). Aus dem Ausdruck geht überdies hervor, dass keine Wohnung für Fr. 1'000.– p. M., nur sechs Wohnungen für Fr. 1'300.– p. M. oder weniger zu mieten waren und der grösste Teil der Wohnungen (14 von 32) ungefähr Fr. 1'400.– bis Fr. 1'500.– p. M. kostete.

In Würdigung aller dieser Umstände erscheint es glaubhaft, dass es dem Gesuchsgegner nicht geglückt ist, in der zur Verfügung stehenden Zeit eine günstigere Wohnung zu finden. Die vom Gesuchsgegner ab 1. Oktober 2013 geltend gemachten Mietkosten von **Fr. 1'490.–** p. M. inkl. Nebenkosten gemäss Mietvertrag vom 8./11. August 2013 (Urk. 29/4) müssen daher als *gerade noch* angemessen qualifiziert werden.

3.6. In knappen Verhältnissen können Beträge, die nicht zum betriebsrechtlichen Existenzminimum gehören, nicht berücksichtigt werden. Die Kosten für Energie (ausser Heizenergie) sind daher aus dem Grundbetrag zu bezahlen (vgl. Ziff. II. und Ziff. III. 1.1. f. des Kreisschreibens). Da in den Mietkosten beider Parteien bereits Pauschalen bzw. Akontozahlungen für Warmwasser und Heizkosten enthalten sind, kann für Strom, Gas und Wasser keine gesonderte Position berücksichtigt werden (vgl. die jeweiligen Mietverträge: Urk. 6/3; Urk. 29/4 S. 2).

3.7.1. Darlehensschulden können im Existenzminimum nur berücksichtigt werden, wenn das aufgenommene Darlehen klarerweise den Interessen beider Ehegatten gedient hat (Bräm/Hasenböhler, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, 3. Auflage, Zürich 1993, S. 131). Davon ist auszugehen, wenn es vor Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes einverständlich eingegangen wurde. Zudem wird verlangt, dass der damit angeschaffte Gegenstand nach wie vor beiden Ehegatten dient. Dient dagegen ein Gegenstand nur (noch) einem Ehegatten, sind die dafür eingegangenen Schulden nicht zu berücksichtigen. Diesfalls können Schuldverpflichtungen gegebenenfalls nach Ermessen bei der Überschussaufteilung berücksichtigt werden.

3.7.2. Der Kredit, für dessen Rückzahlung der Gesuchsgegner die Anrechnung von Fr. 310.– p. M. verlangt, soll für die Anschaffung von Möbeln für den Gesuchsgegner eingesetzt werden (Urk. 27 S. 5 lit. E. Ziff. 2). Diese dienen nur ihm. Dementsprechend kann für die Tilgung dieses Kredits in seinem Bedarf keine Position berücksichtigt werden.

3.8. Gemäss höchstrichterlicher Praxis sind die Kinderzulagen zwar nicht dem Einkommen der Partei, die sie bezieht, hinzuzurechnen, jedoch vom Bedarf der Kinder abzuziehen (BGE 137 III 59 E. 4.2.3; BGE 128 III 305 E. 4b). Die Kin-

derzulagen in der Höhe von insgesamt Fr. 400.– sind daher vom Bedarf der Gesuchstellerin mit den Kindern in Abzug zu bringen (Urk. 17 und Urk. 9/6).

3.9. Insgesamt präsentiert sich die Bedarfsberechnung der Parteien, wie sie der Prüfung der Trennungsvereinbarung zu Grunde zu legen ist, wie folgt:

Gesuchstellerin		Gesuchsgegner
1'350.00	Grundbetrag	1'200.00
800.00	Kinderzuschlag (2x)	
- 400.00	Kinderzulagen	
1'185.00	Mietzins	1'490.00
150.00	Telefon, Radio, TV	150.00
40.00	Hausrat / Haftpflicht	20.00
293.00	Krankenkasse	319.00
200.00	Krankenkasse Kinder	
- 231.00	Abzgl. IPV	- 75.00
50.00	Selbstbehalt Arzt	50.00
80.00	Fahrtkosten / Auto	159.00
60.00	Hort	
100.00	Steuern	100.00
3'677.00	Total	3'413.00
1'300.00	Einkommen	6'080.00

Einem Familieneinkommen von Fr. 7'380.– steht ein Familienbedarf von Fr. 7'090.– gegenüber, es besteht ein Überschuss von Fr. 290.–. Wird der Gesuchsgegner dabei antragsgemäss zu Unterhaltsbeiträgen von Fr. 2'800.– p. M. verpflichtet, ist sein Existenzminimum um Fr. 133.– nicht gedeckt, der Gesuchstellerin stehen hingegen Fr. 423.– mehr zur Verfügung, als ihr Existenzminimum mit den Kindern beträgt.

3.10. Diese Lösung erscheint insbesondere vor dem Hintergrund, dass ein ausgedehnteres Besuchsrecht als üblich festgelegt wurde (Urk. 28 S. 5 Dispositivziffer 6), im Hinblick auf das Kindeswohl nicht optimal und mit Rücksicht auf den Grundsatz der Wahrung des betriebsrechtlichen Existenzminimums des Unterhaltsverpflichteten (BGE 135 III 166) nicht vertretbar. Dem gemeinsamen Parteiantrag kann daher nicht entsprochen werden.

Bei der Bemessung der Unterhaltsbeiträge ist die Parteivereinbarung nun aber nicht gänzlich unbeachtlich geworden. Ihr ist, soweit aufgrund der tatsächlichen Umstände möglich, zu entsprechen. Aus der vorinstanzlichen Unterhaltsberechnung geht hervor, dass beabsichtigt war, beiden Parteien das Existenzmini-

mum zu sichern und der Gesuchstellerin mit den Kindern darüber hinaus die Kinderzulagen im Betrag von Fr. 400.– p. M. zukommen zu lassen. Andererseits waren in der der Vereinbarung zu Grunde liegenden Unterhaltsberechnung auch Amortisationszahlungen von Fr. 310.– p. M. für den Kredit des Gesuchsgegners vorgesehen, von denen nur er profitiert (vgl. Urk. 17 und Urk. 27 S. 5 lit. E Ziff. 2). Insgesamt rechtfertigt es sich vor diesem Hintergrund und der Obhutszuteilung an die Gesuchstellerin, den Überschuss von Fr. 290.– im Verhältnis 2/3 zu 1/3 aufzuteilen.

Im Ergebnis ist der Gesuchsgegner daher zu verpflichten, ab Auszug aus der ehemaligen Familienwohnung Unterhaltsbeiträge von gerundet Fr. 2'570.– p. M. zu leisten. Von der vorinstanzlichen Aufteilung des Unterhaltsbeitrages abzuweichen, wonach vom Gesamtbetrag je Fr. 1'000.– für den Unterhalt eines Kindes und der Rest für den Unterhalt der Gesuchstellerin bestimmt ist, besteht kein Grund.

Die Gesuchstellerin teilte mit, dass der Gesuchsgegner für den Monat Oktober 2013 bereits Fr. 2'800.– bezahlt habe (Urk. 35 S. 2). Durch diese Zahlung hat der Gesuchsgegner seine Unterhaltsverpflichtung getilgt.

Als Schlussergebnis kann somit festgehalten werden, dass der Gesuchsgegner zu verpflichten ist, der Gesuchstellerin für sich und die Kinder monatliche Unterhaltsbeiträge von je **Fr. 1'000.–** pro Kind und **Fr. 570.–** für die Gesuchstellerin, insgesamt **Fr. 2'570.–**, zahlbar im Voraus jeweils auf den ersten eines jeden Monats, erstmals per 1. November 2013, zu bezahlen.

IV. Unentgeltliche Rechtspflege

1. Beide Parteien ersuchten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung ihrer Vertretung als unentgeltlichen Rechtsbeistand im Berufungsverfahren (Urk. 27 S. 2 und Urk. 35 S. 2).

2. Eine Prozesspartei hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Ist es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig,

wird ihr auch ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beigegeben (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

3. Aus den vorangehenden Erwägungen geht hervor, dass die Parteien nur über einen bescheidenen Überschuss von rund Fr. 200.– bzw. rund Fr. 100.– über dem betriebsrechtlichen Existenzminimum und über kein Vermögen verfügen. Sie müssen daher als bedürftig im Sinne von Art. 117 Abs. 1 lit. a ZPO gelten. Da keine Partei mit ihren Standpunkten vollumfänglich unterliegt, sind diese nicht als aussichtslos zu qualifizieren. Schliesslich ist der Beizug einer Anwältin oder eines Anwalts im vorliegenden Verfahren offensichtlich angebracht.

4. Insgesamt sind die Voraussetzungen zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gegeben. Den Parteien ist daher die unentgeltliche Prozessführung für das Berufungsverfahren zu gewähren, der Gesuchstellerin Rechtsanwält lic. iur. Y. _____ und dem Gesuchsgegner Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ als unentgeltliche Rechtsbeistände zu bestellen.

V. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 2 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2009 (GebV OG [LS 211.11]) sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG, § 5 Abs. 1 GebV OG und § 6 Abs. 1 lit. b GebV OG zu bemessen. Unter Berücksichtigung, dass zwar nur noch die Unterhaltsverpflichtung umstritten war, aber im vorliegenden Verfahren neben dem Endentscheid ein umfangreicherer Zwischenentscheid nötig war, ist die Entscheidgebühr auf Fr. 3'000.– festzusetzen.

2. Grundsätzlich werden die Kosten gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO nach Obsiegen und Unterliegen verlegt. Gemäss der Praxis des Obergerichtes sind aber die Kosten des Verfahrens in Bezug auf Kinderbelange unabhängig vom Ausgang den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses achtenswerte Gründe zur Antragstellung hatten. Dabei ist aber unter Kinderbelangen nur die elterliche Sorge, die Obhut, das Besuchsrecht und eine allfällige Beistandschaft zu verstehen. Obwohl Entscheidungen in diesen Punkten sehr häufig die Entscheidung in anderen Punkten be-

einflussen (insbesondere die Kinderunterhaltsbeiträge), gilt die Praxis der hälftigen Kostenauflage für weitere Streitpunkte zumindest dann nicht, wenn diesen eigenständige Bedeutung zukommt. (ZR 84 Nr. 41, Beschluss und Urteil vom 25. Januar 2012, Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, Geschäft Nr. LE110049, abzurufen unter <http://www.gerichte-zh.ch/entscheide/entscheidensuchen.html>). Da vorliegend nur noch die Unterhaltsbeiträge im Streit standen, sind die Kosten gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO nach Obsiegen und Unterliegen zu verlegen.

3. Zur Abschätzung, wie die Kosten zu verteilen sind, rechtfertigt es sich, davon auszugehen, dass die im Eheschutzverfahren getroffene Regelung während maximal drei Jahren – bis zum 1. Oktober 2016 – gilt. Gemäss den Anträgen der Gesuchstellerin bzw. dem Entscheid der Vorinstanz hätte der Gesuchsgegner während dieser Zeit Fr. 100'800.– an Unterhalt bezahlen müssen (36 x Fr. 2'800.–). Gemäss seinen eigenen Anträgen hätte er Fr. 40'460.– ([35 x Fr. 1'090.–] + Fr. 2'310.–) bezahlen müssen. Im vorliegenden Entscheid wird der Gesuchsgegner verpflichtet, Fr. 89'950.– (35 x Fr. 2'570.–) zu bezahlen. Er strebte also eine Senkung seiner Unterhaltspflicht um Fr. 60'340.– (Fr. 100'800.– ./ Fr. 40'460.–) an und erreichte im Ergebnis eine Senkung um Fr. 11'300.– (Fr. 100'800.– ./ Fr. 89'500.–). Er obsiegt somit zu rund 18.75 % bzw. gerundet zu 1/5. Dementsprechend sind die Kosten des vorliegenden Verfahrens dem Gesuchsgegner zu 4/5 und der Gesuchstellerin zu 1/5 aufzuerlegen. Da den Parteien die unentgeltliche Prozessführung gewährt wurde, sind die Kosten unter Hinweis auf die Rückzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen.

4. Gemäss Art. 105 Abs. 2 ZPO spricht das Gericht nach den Tarifen im Sinne von Art. 96 ZPO eine Parteientschädigung zu und verlegt diese in Anwendung von Art. 106 Abs. 2 ZPO. Gemäss § 1 Abs. 2 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV; LS 215.3) i.V.m. § 11 AnwGebV setzt sich die Entschädigung aus einer Grundgebühr und allfälligen Zuschlägen sowie den nötigen Auslagen zusammen. Im Eheschutzprozess beträgt die Grundgebühr gemäss § 6 Abs. 1 - 3 AnwGebV i.V.m. § 5 Abs. 1 AnwGebV rund Fr. 470.– bis Fr. 16'000.–. In diesem Rahmen ist sie unter Berücksichtigung

der Verantwortung, der Schwierigkeit des Falls und des Zeitaufwandes im Sinne von § 5 Abs. 1 AnwGebV festzulegen. Im Rechtsmittelverfahren ist gemäss § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV nur noch darauf abzustellen, was vor der Rechtsmittelinstanz noch streitig war, ausserdem findet eine Herabsetzung auf einen bis zwei Drittel statt.

5. Vorliegend waren nur noch die Unterhaltsbeiträge für die Gesuchstellerin mit den Kindern streitig. Die Anwaltschaft trug im vorliegenden Verfahren nicht überdurchschnittlich viel Verantwortung; unterhaltsrechtliche Fragen weisen zwar durchaus eine gewisse Komplexität und Unübersichtlichkeit auf, müssen aber sehr häufig entschieden werden. Es kann daher auch nicht von einer besonderen Schwierigkeit ausgegangen werden. Das Gleiche gilt entsprechend für den Zeitaufwand. Auch ist der Aktenumfang eher klein, und es mussten vorliegend nur noch einzelne Sach- und Rechtsfragen geklärt werden. Insgesamt ist damit von einer vollen Parteientschädigung von Fr. 1'600.– (exkl. MwSt. von 8 %) für Stellungnahme (Urk. 31) und Berufungsantwort (Urk. 35) auszugehen. Ausgangsgemäss ist der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin eine auf 3/5 reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 960.– zuzüglich der MwSt. von Fr. 76.80, also insgesamt Fr. 1'036.80 zu bezahlen.

6. Aufgrund der finanziellen Lage der Parteien erscheint die Parteientschädigung voraussichtlich uneinbringlich im Sinne von Art. 122 Abs. 2 ZPO. Die Prozessentschädigung ist daher direkt aus der Gerichtskasse an Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ zu bezahlen, der Anspruch auf die Parteientschädigung geht in diesem Umfang auf den Kanton Zürich über.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositiv-Ziffern 1 bis 6 sowie 8 bis 11 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 11. Juli 2013 (Geschäfts-Nr.: EE130079) am 27. August 2013 in Rechtskraft erwachsen sind.

2. Den Parteien wird die unentgeltliche Prozessführung bewilligt. Der Gesuchstellerin wird Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ und dem Gesuchsgegner Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin bzw. unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
3. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für die Dauer des Getrenntlebens einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von insgesamt Fr. 2'570.– zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen zu bezahlen, nämlich Fr. 570.– für die Gesuchstellerin persönlich und je Fr. 1'000.– zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen für die Kinder C. _____, geboren tt.mm.2008, und D. _____, geboren tt.mm.2010, zahlbar im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals auf den 1. November 2013.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsgegner zu 4/5 und der Gesuchstellerin zu 1/5 auferlegt, aufgrund der beidseits gewährten unentgeltlichen Prozessführung aber einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.

Eine Nachforderung im Sinne von Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
4. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine auf 3/5 reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'036.80.– zu bezahlen.

Diese Entschädigung wird dem Rechtsbeistand der Gesuchstellerin, Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____, direkt aus der Gerichtskasse ausgerichtet. Der Anspruch geht im Umfang von Fr. 1'036.80 auf den Kanton Zürich über.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.

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

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

Dies ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt mehr als Fr. 30'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 1. November 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. G. Kenny

versandt am:
mc