

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LE130062-O/U

Mitwirkend: Oberrichterinnen Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,  
Dr. M. Schaffitz und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiber lic. iur. G. Kenny

## **Beschluss und Urteil vom 6. Juni 2014**

in Sachen

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

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

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

gegen

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

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter

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

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

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 9. September 2013 (EE130071-K)**

**Rechtsbegehren:**

(Urk. 1)

- " 1. Es sei festzustellen, dass die Gesuchstellerin zum Getrenntleben berechtigt sei und es sei davon Vormerk zu nehmen, dass die Parteien bereits seit dem 30. Mai 2013 getrennt leben;
2. Die Kinder C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2008, und D.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2011, seien unter die Obhut der Gesuchstellerin zu stellen;
3. Der Gesuchsgegner sei für berechtigt zu erklären, die Kinder C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ an jedem zweiten Wochenende am Samstag, zwischen 10:00 Uhr und 17:00 Uhr zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen;
4. Der Gesuchsgegner sei weiter für berechtigt zu erklären, die Kinder C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ ab dem Jahr 2014 in den Jahren mit gerader Jahreszahl über Ostern, in den Jahren mit ungerader Jahreszahl über Pfingsten sowie zusätzlich jeweils vom 25. Dezember, 15.00 Uhr bis 26. Dezember, 14.00 Uhr sowie während zwei Wochen während der Schulferien zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen; das Ferienbesuchsrecht sei mindestens drei Monate im Voraus mit der Gesuchstellerin abzusprechen;
5. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin für sie persönlich als auch die Kinder ab 1. Juni 2013 für die Dauer des Getrenntlebens einen monatlich im Voraus zahlbaren Unterhaltsbeitrag von CHF 6'750 [davon CHF 4'250 für die Gesuchstellerin persönlich und je CHF 1'250 für die Kinder] zuzüglich allfälliger vertraglicher oder gesetzlicher Kinderzulagen zu bezahlen;
6. Die vormals eheliche Wohnung an der ...-Strasse ... in Winterthur sei für die Dauer des Getrenntlebens dem Gesuchsgegner zur Benützung zuzuweisen und er sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin auf erstes Verlangen die persönlichen Gegenstände der Gesuchstellerin sowie weitere noch zu bestimmende Gegenstände herauszugeben;
7. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, die für die Mietvertragsänderung - der vormals ehelichen Wohnung - notwendigen Unterschriften zu leisten, sodass die Gesuchstellerin aus dem Vertrag entlassen werden kann;
8. Der Gesuchstellerin sei für die Dauer des Getrenntlebens das Fahrzeug Renault Scénic zur Benützung zuzuweisen;
9. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin nach Art. 159 ZGB an die Kosten des Gerichtsverfahrens sowie der anwaltlichen Vertretung vorerst einen Betrag von CHF 5'000 zu bezahlen;

10. Eventualiter sei der Gesuchstellerin die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und ihr in der Person des unterzeichnenden Rechtsanwaltes ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen [zzgl. 8,0% MwSt.]  
zulasten des Gesuchsgegners."

**Verfügung und Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 9. September**

**2013:**

(Urk. 16 S. 13 ff.)

**"Es wird verfügt:**

1. Beiden Parteien wird die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und der Gesuchstellerin in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ sowie dem Gesuchsgegner in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y. \_\_\_\_\_ je ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
2. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Es wird festgestellt, dass die Parteien zum Getrenntleben berechtigt sind, und es wird davon Vormerk genommen, dass die Parteien seit dem 30. Mai 2013 getrennt voneinander leben.
2. Die Kinder C. \_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2008, und D. \_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2011, werden für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Gesuchstellerin gestellt.
3. Es wird vorgemerkt, dass sich die Parteien verpflichten, einander gegenseitig unaufgefordert über wichtige Ereignisse im Leben ihrer Kinder zu informieren. Die Gesuchstellerin wird den Gesuchsgegner insbesondere auch informieren, falls sie aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage ist, die Kinder zu betreuen.
4. Es wird vorgemerkt, dass sich die Parteien über das dem Gesuchsgegner zustehende Besuchsrecht untereinander einigen. Kommt eine Einigung nicht zustande, gilt folgende Regelung:

Die Parteien vereinbaren, dass sie zusammen ihren Sohn C. \_\_\_\_\_ am ersten Kindertag (19. August 2013) begleiten.

Der Gesuchsgegner wird berechtigt erklärt, die Kinder bis Ende Oktober 2013 wöchentlich entweder am Samstag oder am Sonntag von 10.00 Uhr bis 17.00 Uhr, ab 1. November 2013 jeweils jedes zweite Wochenende von Samstag, 10.00 Uhr, bis Sonntag, 17.00 Uhr, sowie zusätzlich ab Dezember 2013 in den Jahren mit gerader Jahreszahl von Karfreitag bis Ostermontag und in den Jahren mit ungerader Jahreszahl von Pfingstsamstag bis Pfingstmontag sowie zusätzlich jeweils vom 25. Dezember, 15.00 Uhr, bis am 26. Dezember, 14.00 Uhr, auf eigene Kosten zu sich auf Besuch zu nehmen.

Ferner wird ihm ab Juli 2014 das Recht eingeräumt, die Kinder jährlich während der Schulferien 14 Tage auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.

Der Gesuchsgegner ist verpflichtet, die Ausübung des Ferienbesuchsrechts mindestens drei Monate im Voraus anzumelden beziehungsweise mit der Gesuchstellerin abzusprechen.

5. Die eheliche Wohnung an der ...-Strasse ..., ... Winterthur, wird samt Hausrat und Mobiliar (mit Ausnahme der gemäss Dispositiv Ziff. 6 herauszugebenden Gegenstände) für die Dauer des Getrenntlebens dem Gesuchsgegner zur alleinigen Benützung zugewiesen.

Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, die für die Mietvertragsänderung notwendigen Handlungen vorzunehmen, insbesondere alle Unterschriften zu leisten, so dass die Gesuchstellerin aus dem Vertrag entlassen werden kann.

6. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin auf erstes Verlangen die in der der Getrenntlebensvereinbarung beigehefteten Liste (act. 11) aufgeführten Gegenstände herauszugeben, mit Ausnahme von einem Bügeleisen, einem Bügeltisch, des Wäschetrockners und des Staubsaugers Electrolux.
7. Es wird vorgemerkt, dass sich die Gesuchstellerin bezüglich des geleasteten Fahrzeuges Renault Scénic einverstanden erklärt und sich verpflichtet, dem Gesuchsgegner das Auto sofort herauszugeben, wenn er den Leasingvertrag auflösen kann. Bis zu diesem Zeitpunkt ist die Gesuchstellerin berechtigt, das Fahrzeug für einzelne Fahrten (insbesondere zum Transport der Kinder) zu benutzen, sie verpflichtet sich aber, möglichst wenige Kilometer zu fahren.
8. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für sie und die beiden Kinder monatlich im Voraus, auf den Ersten eines jeden Monats zahlbare Unterhaltsbeiträge von Fr. 2'400.- (davon je Fr. 800.- für jedes Kind), zuzüglich Kinder- und Ausbildungszulagen (von total Fr. 400.-) zu bezahlen, rückwirkend per 1. Juni 2013.
9. Die Entscheidegebühr wird festgesetzt auf Fr. 800.-.

10. Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, infolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die in Art. 123 ZPO umschriebene Nachzahlungspflicht bleibt vorbehalten.
11. Vom gegenseitigen Verzicht der Parteien auf Parteientschädigung wird Vormerk genommen.
12. [Schriftliche Mitteilung]
13. [Rechtsmittel Berufung, kein Fristenstillstand]

### **Berufungsanträge:**

der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (Urk. 15 S. 2 f.):

In materieller Hinsicht:

- " 1. [Hauptantrag] Dispositiv Ziffer 8 des Urteils des Bezirksgerichts Winterthur vom 9. September 2013 [EE130071-K] sei aufzuheben und es sei der Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Berufungsklägerin für sie persönlich und die beiden Kinder ab 1. Juni 2013 für die Dauer des Getrenntlebens einen monatlich im Voraus zahlbaren Unterhaltsbeitrag von CHF 5'900 [davon CHF 3'400 für die Gesuchstellerin persönlich und je CHF 1'250 für die Kinder] zuzüglich allfälliger vertraglicher oder gesetzlicher Kinder- und Ausbildungszulagen zu bezahlen;
2. [Eventualantrag] Dispositiv Ziffer 8 des Urteils des Bezirksgerichts Winterthur vom 9. September 2013 [EE130071-K] sei aufzuheben und es sei der Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Berufungsklägerin für sie persönlich und die beiden Kinder ab 1. Juni 2013 für die Dauer des Getrenntlebens einen monatlich im Voraus zahlbaren Unterhaltsbeitrag von CHF 4'269 [davon CHF 1'769 für die Gesuchstellerin persönlich und je CHF 1'250 für die Kinder] zuzüglich allfälliger gesetzlicher Kinder- und Ausbildungszulagen zu bezahlen;
3. Es sei der Berufungsbeklagte zu verpflichten, dem unentgeltlichen Rechtsvertreter der Berufungsklägerin eine angemessene Prozessentschädigung zu bezahlen; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen [zzgl. 8.0 % MwSt.] zulasten des Berufungsbeklagten."

In prozessualer Hinsicht:

- " 1. Der Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, der Berufungsklägerin nach Art. 159 ZGB an die Kosten des Gerichtsverfahrens sowie der anwaltlichen Vertretung vorerst einen Betrag von CHF 5'000 zu bezahlen;
2. Eventualiter sei der Berufungsklägerin die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und ihr in der Person des unterzeichnenden Rechtsanwalts ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen."

des Gesuchstellers und Berufungsklägers in der Berufungsantwort (Urk. 23 S. 2):

In materieller Hinsicht:

- "1. Die Berufung sei abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% MwSt.) zulasten der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (nachfolgend: Berufungsklägerin).
2. Der Antrag der Berufungsklägerin auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses sei abzuweisen.
3. Bezüglich des Antrags der Berufungsklägerin auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege verzichtet der Berufungsbeklagte auf Stellung eines Antrags."

In prozessualer Hinsicht:

- "1. Die Berufungsklägerin sei zu verpflichten, dem Berufungsbeklagten einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 5'000.- zu bezahlen.
2. Eventuell: Dem Berufungsbeklagten sei die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und ihm sei in der Person der Unterzeichneten eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen."

des Gesuchstellers und Berufungsklägers gemäss der Eingabe vom 26. Februar 2014 (Urk. 32 S. 2):

- " Die Unterhaltspflicht des Berufungsbeklagten sei ab dem 1. April 2014 auf Fr. 500.-/Monat (zuzüglich allfällige Kinderzulagen) zu reduzieren; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% MwSt.) zulasten der Berufungsklägerin."

## **Erwägungen:**

### **I.**

1. Die Parteien sind Eheleute und stammen ursprünglich aus Rumänien, der Gesuchsgegner und Berufungsbeklagte (nachfolgend Gesuchsgegner) übersiedelte aber im Kindesalter nach Deutschland und nahm die deutsche Staatsbürgerschaft an. Die Parteien standen vor der Vorinstanz in einem Eheschutzverfahren. Sie haben zwei gemeinsame Söhne, C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2008, und D.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2011. Die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Gesuchstellerin) verfügt über einen Bachelor in Banking und Finance, sie ist nicht berufstätig. Sie musste sich aufgrund einer ernsthaften Krebserkrankung im Zeitraum vor der vorinstanzlichen Eheschutzverhandlung in medizinische Behandlung begeben, die fort dauert. Der Gesuchsgegner ist promovierter Biologe, er ist im Forschungsbereich tätig.

2. Vor der Vorinstanz wurde eine weitgehende Einigung zwischen den Parteien erzielt, lediglich über die Höhe der Unterhaltsbeiträge kam kein Konsens zustande (Urk. 11; Urk. 16 S. 5 ff.). Dementsprechend ist der Hauptstreitpunkt im vorliegenden Berufungsverfahren die Höhe des Einkommens des Gesuchsgegners und die daraus resultierende Höhe der Unterhaltszahlungen.

3. Über den Verlauf des Verfahrens vor der Vorinstanz gibt der angefochtene Entscheid Auskunft (Urk. 16 S. 3 ff.). Gegen den Endentscheid der Vorinstanz vom 9. September 2013 erhob die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 22. September 2013 form- und fristgerecht Berufung. Sie stellte dabei die eingangs angeführten Berufungsanträge (Urk. 15). In der Folge erstattete der Gesuchsgegner am 28. Oktober 2013 ebenfalls form- und fristgerecht die Berufungsantwort (Urk. 23). Am gleichen Datum reichte die Gesuchstellerin eine Bestätigung, dass sie Sozialhilfe beziehe, nach. Diese Eingaben wurden den Parteien zur Kenntnis gebracht (Urk. 21 f. und Urk. 26).

4. Mit Verfügung vom 29. Januar 2014 wurde die Gesuchstellerin in Hinblick auf die Prüfung ihres Gesuches um unentgeltliche Rechtspflege aufgefordert, weitere Unterlagen einzureichen (Urk. 27). In der Folge machte zunächst die Gesuchstellerin selber am 26. Februar 2014 eine Eingabe, die dem Gesuchsgegner zur Kenntnis gebracht wurde (Urk. 29). Innert erstreckter Frist erfolgte danach am 3. März 2014 eine weitere Eingabe des Vertreters der Gesuchstellerin, die dem Gesuchsgegner ebenfalls zur Kenntnis gebracht wurde (Urk. 36 f.).

5. Am 26. Februar 2014 brachte der Gesuchsgegner Noven vor, insbesondere teilte er mit, dass er inskünftig in Deutschland leben und arbeiten werde und verlangte eine entsprechende Anpassung seiner Unterhaltsverpflichtung. Auch diese Eingabe wurde der Gesuchstellerin am 3. März 2014 zur Kenntnis gebracht (Urk. 32 ff.).

6. Die Gesuchstellerin geht einzig gegen die Dispositivziffer 8 des angefochtenen Entscheides vor. Die nicht angefochtenen Dispositivziffern des vorinstanzlichen Entscheides sind daher mit Ablauf der Berufungsfrist am 23. September 2013 in Rechtskraft erwachsen, was vorzumerken ist.

## II.

1.1. Im Berufungsverfahren können neue Tatsachen nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht wurden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Dies gilt auch in Verfahren, die von der Untersuchungsmaxime bestimmt sind (BGE 138 III 788 E 4.2; F. Hohl, Procédure civile, Tome II, Deuxième Edition, Bern 2010, Rz 1172).

1.2. Der Gesuchsgegner bringt in seiner Eingabe vom 26. Februar 2014 vor, ihm sei mit Schreiben vom 20. Dezember 2013 auf den 31. März 2014 gekündigt worden und er werde am 1. April 2014 eine Stelle in Deutschland antreten. Weiter machte er alle durch diesen Umstand bewirkten Änderungen betreffend seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit geltend (insbesondere verminderter Lohn und Bedarf; Urk. 32 S. 3 f.).

1.3. Der Gesuchsgegner macht damit Umstände geltend, die sich nach dem vorinstanzlichen Urteil sowie nach der Erstattung der Berufungsantwort am 28. Oktober 2014 (Urk. 23) ereignet haben und daher nicht schon mit dieser Rechtschrift geltend gemacht werden konnten. Nachdem der betreffende Arbeitsvertrag am 20. Januar 2014 (Urk. 34/28) unterschrieben worden war, kann die Geltendmachung Ende Februar 2014 noch als umgehend qualifiziert werden. Es handelt sich daher um zulässige Noven, die nachfolgend berücksichtigt werden müssen.

2.1. Aufgrund des neuen Wohnsitzes des Gesuchsgegners in Deutschland liegt ein internationaler Sachverhalt vor. Die internationale Zuständigkeit für den Ehegatten- und Kinderunterhalt richtet sich nach dem Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen, vgl. Art. 5 Ziff. 2 a). Im Regelungsbereich des LugÜ gilt der Grundsatz der Fixierung des Gerichtsstandes, d.h. die Zuständigkeit des zu Recht angerufenen Gerichts bleibt trotz Wohnsitzwechsels bestehen. Ist also im Zeitpunkt der Klageerhebung eine Zuständigkeit nach dem LugÜ gegeben, schadet ein späterer Wohnsitzwechsel nicht (Dasser, Kommentar zum Lugano Übereinkommen, 2. Aufl., Bern 2011, Art. 2 N 28).

2.2. Da die Gesuchstellerin mit den Kindern, als das Eheschutzverfahren anhängig gemacht wurde, ihren Wohnsitz in der Schweiz hatte, bestand in Bezug auf Fragen des Unterhalts zu diesem Zeitpunkt die Zuständigkeit der Schweizer Gerichte (Art. 5 Ziff. 2 lit. b LugÜ). Nach dem Grundsatz der Fixierung des Gerichtsstandes bleibt diese Zuständigkeit auch nach der Verlegung des Wohnsitzes des Gesuchsgegners nach Deutschland bestehen.

3.1. Das anwendbare Recht mit Bezug auf den Anspruch auf Ehegatten- und Kinderunterhalt bestimmt sich gemäss Art. 49 und Art. 83 IPRG nach dem Haager Übereinkommen vom 2. Oktober 1973 über das auf die Unterhaltspflicht anwendbare Recht. Nach Art. 4 des Abkommens ist für die in dessen Art. 1 genannten Unterhaltspflichten (Ehegatten- und Kinderunterhalt) das am gewöhnli-

chen Aufenthalt der Unterhaltsberechtigten geltende innerstaatliche Recht massgebend.

3.2. Da die Gesuchstellerin mit den Kindern ihren Wohnsitz in der Schweiz hat, kommt unbeschadet des Umzuges des Gesuchsgegners nach wie vor Schweizer Recht zur Anwendung.

### III.

1.1. Unbestritten blieb zunächst, dass der Gesuchsgegner seit dem 15. Oktober 2010 einen Nettolohn von rund Fr. 10'100.– p.M. (exkl. Kinderzulagen) erhalten hatte, er am 18. Juni 2013 vertraglich einer Lohnkürzung um rund Fr. 4'000.– p.M. zustimmte (Urk. 16 S. 8) und danach ab dem 1. Juli 2013 ein Nettoeinkommen von gerundet Fr. 6'136.– p.M. (exkl. Kinderzulagen, kein 13. Monatslohn [Urk. 7/1; Urk. 16 S. 8]) erzielte. Ebenso wurde nicht bestritten, dass der Gesuchsgegner am 1. April 2014 eine neue Stelle in Deutschland angetreten hat und dort ein Nettoeinkommen von umgerechnet rund Fr. 2'876.– erzielt (Urk. 32 S. 3).

1.2. Die Vorinstanz ging davon aus, die Lohnkürzung sei vom Gesuchsgegner nicht, um den Unterhaltsanspruch der Gesuchstellerin zu schmälern, akzeptiert worden. Sie erachtete es weiter als nicht nachgewiesen, dass – unabhängig davon, ob die Lohnkürzung in Schädigungsabsicht akzeptiert worden sei – der Gesuchsgegner die Lohnkürzung wieder rückgängig machen könne. Da der Gesuchsgegner in einem Startup-Unternehmen, das zur Vermarktung seiner eigenen Erfindung gegründet worden sei, arbeite, verglich sie seine Situation mit der eines selbstständig Erwerbenden. In den ersten ein bis drei Jahren nach dem Schritt in die Selbständigkeit sei mit einem verminderten Einkommen zu rechnen. Da der Schritt in die Selbständigkeit im Einverständnis zwischen den Ehegatten erfolgt sei, rechtfertige sich die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung in einer solchen Situation nicht. Sie verzichtete daher auf die Prüfung eines solchen. Weiter erachtete es die Vorinstanz als glaubhaft, dass der Gesuchsgegner keine nennenswerten Einkünfte

aus seiner Beratungstätigkeit an der Universität ... in Rumänien oder aus anderen Nebentätigkeiten erziele. Im Ergebnis verzichtete die Vorinstanz daher auf die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens und ging von einem Nettoeinkommen des Gesuchsgegners ohne Kinderzulagen in der Höhe von Fr. 6'136.– p.M. aus (Urk. 16 S. 8 - 11 mit Verweis auf Six, Eheschutz, Zürich/Basel/Genf 2008, N. 2.149).

1.3. Die Gesuchstellerin rügt, die berufliche Situation des Gesuchsgegners sei nicht mit jener eines selbstständig Erwerbenden vergleichbar. Er sei vielmehr als gewöhnlicher Angestellter arbeitstätig (Urk. 15 S. 11 ff. Rz 34 ff.). Der Gesuchsgegner sei zudem nicht bei der Gesellschaft, in deren Räumlichkeiten er für gewöhnlich seine Arbeit verrichte – der E.\_\_\_\_\_ AG in Schlieren – angestellt, sondern bei deren Muttergesellschaft, der E1.\_\_\_\_\_ AG in Düsseldorf (inzwischen durch die F.\_\_\_\_\_ AG absorbiert [Urk. 25/14a]). Soweit daher die E.\_\_\_\_\_ AG in Schlieren mit Liquiditätsproblemen zu kämpfen gehabt habe, betreffe das den Gesuchsgegner nicht, da er ja nicht bei dieser sondern bei deren Muttergesellschaft angestellt sei. Überdies sei es dem Gesuchsgegner nicht gelungen, darzulegen, wofür die E.\_\_\_\_\_ AG ihre Mittel verbrauche. Weder die wirtschaftliche Not der E.\_\_\_\_\_ AG noch der F.\_\_\_\_\_ AG seien damit glaubhaft gemacht worden. Der Gesuchsgegner habe über einen ordentlichen Arbeitsvertrag verfügt und sei daher nicht verpflichtet gewesen, einer Lohnkürzung zuzustimmen. Es müsse mithin geschlossen werden, der Gesuchsgegner versuche aufgrund des Trennungsverfahrens, seine Leistungsfähigkeit zu reduzieren (Urk. 15 S. 15 ff. Rz 45 ff.). Wenn der Gesuchsgegner einer Lohnkürzung nicht zugestimmt hätte und in der Folge entlassen worden wäre, hätte er von der Arbeitslosenversicherung rund Fr. 8'500.– p.M. erhalten, mithin rund Fr. 1'500.– mehr als er nun verdiene. Gemäss der jüngeren bundesgerichtlichen Rechtsprechung müsse ihm daher rückwirkend zumindest ein Einkommen in der Höhe der Leistung der Arbeitslosenversicherung angerechnet werden (Urk. 15 S. 17 f. Rz 50 ff.).

Schliesslich führt die Gesuchstellerin aus, dass der Gesuchsgegner einer nicht gewinnträchtigen Beratertätigkeit an der Universität ... nachgehe, Vorträge halte, ohne dafür adäquat entschädigt zu werden, und unentgeltlich einen Bioin-

formatiker für das Institut gesucht habe. Sie leitet aus diesen Umständen ab, dass der Gesuchsgegner neben seiner Haupttätigkeit noch freie Kapazitäten habe, die er angesichts der angespannten finanziellen Situation der Familie für gewinnbringende Tätigkeiten einsetzen müsse (Urk. 15 S. 18 ff. Rz 54 ff.).

1.4. Der Gesuchsgegner hält dieser Argumentation hauptsächlich entgegen, dass er nicht freiwillig auf einen Teil seines Lohnes verzichtet und keine Schädigungsabsicht gegenüber der Gesuchstellerin habe. Ausserdem entspreche der Lohn, den er nun erhalte, dem üblichen Salär für Arbeitnehmer in seinem Alter, mit seiner Qualifikation und Erfahrung. Daraus folge, dass er anderweitig kein höheres Einkommen erzielen könne und damit der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens die Grundlage fehle (Urk. 23 S. 6 ff.). In Bezug auf seine Nebentätigkeit als Berater der Universität ... führte er aus, er könne sich diese Nebentätigkeit zurzeit nicht leisten, zumal er von seiner Hauptbeschäftigung stark absorbiert sei (Urk. 23 S. 6 ff.). Bezüglich weiterer Tätigkeiten wie Vorträgen an Kongressen oder der Suche nach einem Softwareentwickler merkte der Gesuchsgegner an, die Vortragstätigkeit erfolge im Rahmen seiner Haupttätigkeit. Bei der Hilfe bei der Suche nach einem Softwareentwickler handle es sich um einen Freundschaftsdienst für einen Berufskollegen und nicht um eine berufliche Tätigkeit (Urk. 23 S. 5 f. und S. 14). Sinngemäss macht er damit geltend, keine weiteren Kapazitäten zu haben, um zusätzlich zu seinem Haupterwerb ein weiteres Einkommen zu erwirtschaften.

2.1.1. Vorliegend ist die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens der zentrale Streitpunkt. So setzt sich denn auch die Gesuchstellerin sowohl in dogmatischer als auch in konkreter Hinsicht vertieft mit diesem Rechtsinstitut auseinander (Urk. 15 S. 9 - 20). Die diesbezüglichen rechtlichen Ausführungen der Gesuchstellerin erscheinen grundsätzlich zutreffend. Der besseren Verständlichkeit halber sind vorliegend dennoch die entscheiderelevanten Grundlagen zur Anrechnung eines hypothetischen Einkommens kurz darzulegen.

2.1.2. Um familiären Unterhaltspflichten nachkommen zu können, müssen die Unterhaltsverpflichteten alles ihnen Zumutbare unternehmen; insbesondere um den Unterhalt von Minderjährigen sicherzustellen, sind grosse Anstrengungen

zu erwarten (BGE 137 III 118 E. 3.1.). Kann ein Unterhaltsverpflichteter aufgrund eines zu tiefen Einkommens seinen finanziellen Verpflichtungen nicht nachkommen, gilt es in sämtlichen Familiensachen zu prüfen, ob ein hypothetisches Einkommen anzurechnen ist (BGE 128 II 6 E. 4a). Vom Unterhaltsverpflichteten wird verlangt, dasjenige Einkommen zu erzielen, das mit zumutbarem Aufwand und gutem Willen tatsächlich erzielt werden kann. Mit der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens wird kein Strafzweck verfolgt, vielmehr geht es darum, die wirtschaftliche Existenz der Unterhaltsberechtigten bzw. der Familie sicherzustellen und die Lasten des Familienunterhalts gleichmässig zu verteilen. Dazu ist zunächst die Rechtsfrage zu beantworten, ob dem Unterhaltsverpflichteten zugemutet werden kann, ein höheres als das tatsächlich erzielte Einkommen zu erwirtschaften. Gegebenenfalls ist dann die Tatsachenfrage der Höhe dieses Einkommens zu bestimmen. Schliesslich ist zu klären, ob dieses Einkommen tatsächlich erzielbar ist. Dabei ist auf entsprechende Tatsachenfeststellungen oder die allgemeine Lebenserfahrung abzustellen (BGE 128 III 4 E. 4a ff.). Auch können statistische Daten herangezogen werden, wenn diese in so differenzierter Form vorliegen, dass die individuellen Umstände wie Alter, Ausbildung, bisherige Berufserfahrung, Wohnort etc. berücksichtigt werden können (BGE 137 III 118 E. 3.2).

2.1.3. Grundsätzlich ist ein hypothetisches Einkommen nicht rückwirkend anzurechnen. Von diesem Grundsatz ist ausnahmsweise abzuweichen, wenn es für den Unterhaltsverpflichteten deutlich voraussehbar war, dass er seine Lebensumstände anpassen muss, oder wenn er sich rechtsmissbräuchlich und unredlich verhalten hat (BGer vom 10. Juni 2004, 5P.79/2004 E. 4.3; BGer vom 22. November 2011, 5A\_317/2011 E. 6.2, BGer vom 21. Februar 2014, 5A\_636/2013 E. 5.1; je m.w.H.). Ob es für den Unterhaltsverpflichteten voraussehbar war, dass er seine Lebensumstände anpassen muss, oder ob ihm gar Rechtsmissbrauch vorgeworfen werden muss, kann nicht schematisch nach fixen Regeln geprüft werden, sondern ist aufgrund aller konkreten Umstände im Einzelfall zu entscheiden.

2.2. Da vorliegend der Familienbedarf offensichtlich nicht mit dem Einkommen des Gesuchsgegners gedeckt werden kann, es besteht in jedem Fall ein

Manko von mehr als Fr. 2'500.–, muss grundsätzlich geprüft werden, ob er seinen Verdienst steigern kann bzw. ob ihm das zuzumuten ist.

2.3.1. Soweit die Vorinstanz die Prüfung eines hypothetischen Einkommens gestützt auf eine Literaturstelle als unnötig erachtete, muss ihr widersprochen werden, da die entsprechende Literaturmeinung nicht zu überzeugen vermag (Urk. 16 S. 11 mit Verweis auf Six, Eheschutz, 1. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, S. 87 Rz 2.149). Der Autor generalisiert an dieser Stelle zu stark: Dem von ihm zitierten höchstrichterlichen Urteil lässt sich nur ein Verweis auf einen weiteren höchstrichterlichen Entscheid entnehmen, in dem festgehalten wird, dass es im damals zu entscheidenden, konkreten Fall willkürlich war, einem Unterhaltsverpflichteten während der ersten zwei Jahre seiner selbstständigen Erwerbstätigkeit zusätzlich einen hypothetischen Nebenverdienst anzurechnen, *ohne* die näheren Umstände abzuklären; eine allgemeine Regel stellte das Bundesgericht dabei aber weder ausdrücklich noch sinngemäss auf. Eine Regel, dass nach einverständlicher Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit grundsätzlich während einer bestimmten Dauer kein hypothetisches Einkommen angerechnet werden kann, besteht mithin nicht. Auf die Prüfung der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens kann daher vorliegend nicht zum vornherein verzichtet werden. Der Umstand, dass die ehemalige Arbeitgeberin des Gesuchsgegners neu gegründet wurde, um seine Erfindung zu vermarkten, ist aber deswegen nicht bedeutungslos. Er muss bei allen zur Prüfung der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens relevanten Fragen angemessen berücksichtigt werden.

2.3.2. Der Gesuchsgegner erfuhr zwei Mal eine Lohnsenkung (vgl. E. III. 1.1. hiervor). Es müssen daher zwei entsprechende Zeitabschnitte gebildet werden, für welche die Frage nach der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens je einzeln zu prüfen ist.

2.4.1. Da der erste zu prüfende Zeitraum vollumfänglich in der Vergangenheit liegt, ist zunächst auf die Frage der Möglichkeit der rückwirkenden Anrechnung einzugehen, denn ist diese negativ zu beantworten, kann auf die weitere Prüfung verzichtet werden.

2.4.2. Die Trennung der Parteien scheint sich nicht schon lange abgezeichnet zu haben (Urk. 8 S. 2); es kann dem Gesuchsgegner daher nicht vorgeworfen werden, er hätte sich schon vor der Trennung um eine andere – insbesondere um eine sicherere und besser bezahlte – Stelle bemühen müssen.

2.4.3. Soweit die Gesuchstellerin argumentiert, die wirtschaftliche Not der ehemaligen Arbeitgeberin sei nicht glaubhaft gemacht worden, und daher schliesst, dass der Gesuchsgegner die erste Lohnsenkung nur akzeptiert habe, um nicht zu hohen Unterhaltsbeiträgen verpflichtet zu werden bzw. um ihr zu schaden, ist anzumerken, dass es keinerlei objektive Anzeichen dafür gibt:

a) Zwar fällt die Lohnreduktion zeitlich mit der Trennung zusammen, dabei handelt es sich aber lediglich um ein schwaches Indiz, da aus dem zeitlichen Zusammenfallen zweier Ereignisse nach den Regeln der Logik nicht geschlossen werden kann, dass diese einander ursächlich bedingen.

b) Es ist weder behauptet noch ersichtlich, dass der Gesuchsgegner neben seinem Lohn verdeckte Zuwendungen von seiner Arbeitgeberin quasi als Ausgleich für die Lohneinbusse erhielt oder anderweitig indirekt von der Einkommensenkung profitiert habe. Schliesslich ist er an seiner Arbeitgeberin auch nicht beteiligt (Prot. I. S. 15 und 23). Vielmehr musste auch der Gesuchsgegner aufgrund der Lohneinbusse mit seinem betriebsrechtlichen Existenzminimum (exkl. Steuern) auskommen. Dass er dies freiwillig tat, nur um der Gesuchstellerin zu schaden, erscheint nahezu lebensfremd, zumal auch für die gemeinsamen Kinder nur sehr knappe Mittel zur Verfügung stehen bzw. auch die Kinder auf die Unterstützung durch die öffentliche Hand angewiesen sind. Der Umstand, dass die Gesuchstellerin im Berufungsverfahren nicht mehr an ihrem Standpunkt, beim Vorgesetzten des Gesuchsgegners handle es sich um dessen persönlichen Freund (Urk. 6 S. 4 Rz 14, vgl. auch Prot. I. S. 16), festhält, stützt die Darstellung des Gesuchsgegners, dass die Lohnkürzung nicht von ihm angeregt worden war, sondern von der Arbeitgeberin ausging.

c) Der Gesuchstellerin ist zwar zuzustimmen, dass eine gewisse Uneinheitlichkeit bei der Bezeichnung der Arbeitgeberin des Gesuchsgegners besteht:

Der Arbeitsvertrag lautet auf die E1.\_\_\_\_\_ AG bzw. Ltd. (englisches Äquivalent für AG) an der ...-Strasse ... in Schlieren (Urk. 10/1 [= Urk. 19/3] S. 1 und S. 20), auf dem Nachtrag zum Arbeitsvertrag vom 18. Juni 2013 und auf der Geschäftskorrespondenz ist die E1.\_\_\_\_\_ AG an der ...-Strasse ... in Schlieren aufgeführt (Urk. 10/2-3 = 19/10-12) und auf den Lohnabrechnungen ist die E.\_\_\_\_\_ AG in Schlieren vermerkt (Urk. 10/5 = Urk. 19/8-9). Aus dem Auszug des Handelsregisters des Kantons Zürich geht hervor, dass die korrekte Firma der Unternehmung mit Sitz an der ...-Strasse ... in Schlieren "E.\_\_\_\_\_ AG" lautet (Urk. 19/14). Die E1.\_\_\_\_\_ AG an der ...-Allee in Düsseldorf (wohl nun F.\_\_\_\_\_ AG; Urk. 25/14 a+b) erscheint auf den die Anstellung des Gesuchsgegners betreffenden Dokumenten nirgendwo. Vor diesem Hintergrund ist unzweifelhaft, dass der Gesuchsgegner bei der E.\_\_\_\_\_ AG in Schlieren angestellt war und nicht bei der E1.\_\_\_\_\_ AG in Düsseldorf. Daran ändert auch der rechtlich problematische, aber in der Praxis häufig vorkommende ungenaue Firmengebrauch nichts.

Die Aussagen des Gesuchsgegners (Prot. I S. 4 ff. und 15 f.), dass die E.\_\_\_\_\_ AG fremdfinanziert gewesen sei und zunächst (naturgemäss nicht gewinnträchtige) Forschungsarbeiten betrieben habe, wurden nicht substantiiert bestritten. Wenn diese Forschungsarbeiten nicht innert der erwarteten Frist zu kommerziell verwertbaren Ergebnissen führen, ist es den Geldgebern bzw. den Eigentümern grundsätzlich nicht verwehrt, auf die fremdfinanzierte Gesellschaft hinsichtlich Sparmassnahmen – auch zulasten des Personals – einzuwirken, nur noch geringe Mittel einzuschiessen oder sich gar von der Gesellschaft abzuwenden. Ob diese Sparmassnahmen sinnvoll und zielführend oder gar zwingend sind, liegt weitgehend im Ermessen der Arbeitgeberin bzw. der hinter dieser stehenden Geldgeber. Dementsprechend müssen derartige Sparmassnahmen in der Regel von den Arbeitnehmern – so sie weiter bei dieser Arbeitgeberin tätig sein wollen – akzeptiert werden. Aufgrund des Schreibens des CEO der E.\_\_\_\_\_ AG vom 17. Juni 2013 erscheint – im Rahmen eines summarischen Eheschutzverfahrens – als glaubhaft, dass die Arbeitgeberin des Gesuchsgegners (E.\_\_\_\_\_ AG) solche Sparmassnahmen ergriff und diese den Gesuchsgegner trafen (Urk. 10/2). Die finanzielle Lage der E1.\_\_\_\_\_ AG bzw. F.\_\_\_\_\_ AG in Düsseldorf ist daher für das vorliegende Verfahren nicht von Belang und nicht weiter zu untersuchen. Ebenso

muss vor diesem Hintergrund der konkrete Mitteleinsatz der E.\_\_\_\_\_ AG nicht näher untersucht werden.

Im Ergebnis, unter Berücksichtigung aller soeben aufgezählten Umstände, ist somit nicht davon auszugehen, der Gesuchsgegner habe seinen Lohn per 1. Juli 2013 böswillig senken lassen.

2.4.4. Die Gesuchstellerin argumentiert sinngemäss weiter, der Gesuchsgegner hätte keine Lohnkürzung akzeptieren dürfen, härter verhandeln und unter Umständen gar eine Kündigung riskieren müssen, da er diesfalls zumindest die Arbeitslosenunterstützung (die höher als sein Lohn gewesen wäre) erhalten hätte (Urk. 15 S. 17 Rz 50 ff.). Da er dies nicht getan habe, müsse ihm nun rückwirkend zumindest in der Höhe der Arbeitslosenunterstützung ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden. Diesbezüglich muss geprüft werden, ob das Vorgehen des Gesuchsgegners im unter E. III. 2.1.3. hiervor dargelegten Sinne vorwerfbar ist und dadurch die rückwirkende Anrechnung eines hypothetischen Einkommens rechtfertigt, oder ob die Entscheidung des Gesuchsgegners vertretbar war. Konkret gilt es die zeitlich auf die maximale Anzahl von verfügbaren Arbeitslosentaggelder beschränkte Einkommenssteigerung durch den Bezug von Arbeitslosengeldern in der Grössenordnung von rund Fr. 1'900.– ( $\approx$  Arbeitslosenentschädigung [80% von Fr. 10'100.– = 8'080.–] ./ Fr. 6'136.–) gegenüber dem Risiko der Arbeitslosigkeit, der daraus folgenden ungünstigen Position für die Stellensuche sowie der anderweitigen Verdienstmöglichkeiten abzuwägen.

2.4.5.1. Der Prüfung der möglichen Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners ist zugrunde zu legen, dass er promovierter Biologe ist. Bevor er bei der E.\_\_\_\_\_ AG arbeitete, war er am Universitätsspital ... als "Postdoc" beschäftigt. Der Gesuchsgegner kann mithin als gut ausgebildeter Naturwissenschaftler qualifiziert werden. Andererseits war er bis anhin soweit ersichtlich hauptsächlich in der universitären bzw. universitätsnahen Forschung tätig und nicht in der Privatwirtschaft; er kann nicht auf eine grössere Erfahrung ausserhalb des (universitären) Forschungsbetriebes oder im Management zurückblicken (Urk. 7/4). Zwar verfügt er durch die Tätigkeit bei der E.\_\_\_\_\_ AG über gewisse Erfahrungen in der Privatwirtschaft. Da dieser Tätigkeit bis heute aber kein wirtschaftlicher Erfolg

beschrieben war, ist die positive Wirkung dieser Erfahrung bei der Arbeitssuche zu relativieren.

2.4.5.2. Als Postdoc verdiente der Gesuchsgegner am Unispital, bevor er bei der E.\_\_\_\_\_ AG anfang, in der Zeitspanne vom 1. Januar 2010 bis zum 14. Oktober 2010 (rund 9 ½ Monate) Fr. 62'111.– bzw. Fr. 6'538.– netto p.M. (inkl. Kinderzulagen) bzw. Fr. 6'138.– netto p.M. (exkl. der Kinderzulagen für die beiden Söhne; Urk. 25/13b). Ein weiterer Vergleichswert zu diesem Lohn kann durch Konsultation des Salariums gewonnen werden. Dabei handelt es sich um eine Internetanwendung des Bundesamtes für Statistik zur Lohnberechnung ([www.lohnrechner.bfs.admin.ch](http://www.lohnrechner.bfs.admin.ch) oder [www.salarium.ch](http://www.salarium.ch)). Dazu müssen im Internet verschiedene Kriterien eingegeben werden (Branche, Region, Ausbildung, Dienstjahre, etc.), danach wird basierend auf diesen Kriterien und den Daten der Lohnstrukturerhebung 2010 automatisch ein Medianlohn berechnet. Sind nicht alle von der Internetanwendung benötigten Kriterien bekannt, werden diese automatisch eingesetzt, wobei die Anwendung selbständig die statistisch häufigsten Werte auswählt. Konkret sind in folgende Kriterien der Berechnung zu Grunde zu legen:

Branche:	72. Forschung und Entwicklung
Region:	Zürich (ZH)
Tätigkeit:	28. Forschung und Entwicklung
Anforderungsniveau:	Selbständige und qualifizierte Arbeiten
Stellung:	Unteres Kader
Arbeitszeit (Stunden):	42
Ausbildung:	Universitäre Hochschule (UNI, ETH)
Alter:	38
Dienstjahre:	2
Unternehmensgrösse:	50 und mehr Beschäftigte
Aufenthaltsstatus:	Niederlassungsbewilligung (Kat. C)
Auszahlung:	12 Monatslöhne
Sonderzahlungen:	Nein
Stunden / Monatslohn:	Monatslohn

Zu den Kriterien – soweit diese nicht selbsterklärend sind – ist anzumerken, dass der Gesuchsgegner bei der E.\_\_\_\_\_ AG als Chief Scientific Officer (CSO) wohl zum höheren Kader gehörte. Dies war aber dadurch bedingt, dass es sich um ein Start-Up-Unternehmen bzw. um ein Spin-Off der Universität handelte, das überdies nur einige wenige Mitarbeiter beschäftigte (vgl. Urk. 25/21 S. 3). Nach Beendigung seines Postdocs bzw. wenn der Gesuchsgegner nun eine andere Anstellung bei einem etablierten Unternehmen oder einer staatlichen For-

schungseinrichtung antritt, kann er nicht erwarten, sofort dem höheren Kader anzugehören. Dementsprechend ist der Lohnberechnung eine Stelle im unteren Kader zugrunde zu legen. Bei Anwendung dieser Kriterien resultiert ein Medianbruttolohn von Fr. 9'337.– p.M. bzw. rund Fr. 8'100.– netto p.M. (exkl. Kinderzulagen, inkl. 13. Monatslohn). Dem umfassendsten statistischen Nachschlagewerk für Löhne in der Schweiz, dem "Lohnbuch 2014", können weiter beispielhafte Löhne entnommen werden (jeweils inkl. 13. Monatslohn): Für einen Oberassistenten an der Universität Zürich wird ein Lohn von rund Fr. 7'000.– netto p.M. (exkl. Kinderzulagen), für einen wissenschaftlichen Abteilungsleiter von rund Fr. 8'000.– netto p.M. (exkl. Kinderzulagen, inkl. 13. Monatslohn) aufgelistet (Mülhauser, Das Lohnbuch 2014, Zürich 2014, S. 511).

2.4.5.3. In Bezug auf die Arbeitsmöglichkeiten ist von Bedeutung, dass es sich beim Gesuchsgegner als promovierten Biologen um einen qualifizierten Naturwissenschaftler handelt. Für Naturwissenschaftler besteht in der Schweiz grundsätzlich ein guter Arbeitsmarkt. Dabei ist insbesondere von Bedeutung, dass es in der Schweiz verschiedene renommierte Hochschulen gibt, die auch international von Bedeutung sind, die im naturwissenschaftlichen Bereich intensiv forschen (Universität Zürich mit den zugehörigen Universitätskliniken, ETH Zürich, EPF Lausanne etc.). Sodann sind verschiedene grosse Pharma-, Chemie- und Biotechunternehmen von weltweiter Bedeutung mit Forschungseinrichtungen in der Schweiz präsent (z.B. Novartis, Roche, Merck etc.). Sodann präsentiert sich die Schweizer Wirtschaft insgesamt immer noch als robust. Es kann daher grundsätzlich von einem für den Gesuchsgegner intakten Arbeitsmarkt ausgegangen werden. Auch von Bedeutung ist, dass es dem Gesuchsgegner bereits einmal gelungen ist, eine Stelle in der Schweiz zu finden, im Rahmen derer er offenbar seine Fähigkeiten gut einsetzen konnte. Letztlich ist der Gesuchsgegner nicht nur auf die Industrie und die Universität angewiesen, denn aufgrund seiner Ausbildung und Erfahrung kann auch eine Dozententätigkeit an einer Fachhochschule in Betracht gezogen werden.

Der Gesuchsgegner führt in diesem Zusammenhang an, dass er bei der Stellensuche durch ein Konkurrenzverbot in seinem Arbeitsvertrag mit der

E.\_\_\_\_\_ AG stark eingeschränkt sei (Prot. I S. 5; Urk. 10/1 S. 11 § 9). Dieses Konkurrenzverbot ist jedoch stark zu relativieren. Zunächst ist zu beachten, dass Konkurrenzverbote, die den Arbeitnehmer in seiner wirtschaftlichen Entfaltung zu stark einschränken, ganz grundsätzlich keine oder nur eine eingeschränkte Wirkung entfalten. Sodann fällt ein Konkurrenzverbot im Falle der unverschuldeten Entlassung des Arbeitnehmers gemäss Art. 340c Abs. 2 ZGB dahin (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar, 7. A., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 340c N3). Entlässt eine Arbeitgeberin also einen Arbeitnehmer, da sie diesem den Lohn nicht mehr bezahlen kann oder will, und ist der Arbeitnehmer nicht bereit, auf einen namhaften Teil seines Lohnes zu verzichten, ist grundsätzlich von einer unverschuldeten Entlassung und damit dem Dahinfallen des Konkurrenzverbotes auszugehen. Bezüglich der aktuellen Situation ist zudem von Bedeutung, dass die Arbeitgeberin des Gesuchsgegners, also die aus dem betreffenden Konkurrenzverbot berechnete E.\_\_\_\_\_ AG, per 31. März 2014 liquidiert wurde (Urk. 34/25).

2.4.5.4. In Bezug auf die Zumutbarkeit des Antritts einer neuen Stelle ist zu berücksichtigen, dass der Gesuchsgegner diesfalls nicht mehr an der Realisierung seiner eigenen Erfindung arbeiten könnte. Da er aber für den Unterhalt minderjähriger Kinder aufzukommen hat, kann ihm dies ohne weiteres zugemutet werden.

2.4.5.5. Um eine Prognose zu stellen, welches Einkommen der Gesuchsgegner erzielen könnte, müssen die soeben dargelegten Umstände gewürdigt werden. Dabei darf nicht vergessen gehen, dass der Gesuchsgegner seit seiner Zeit als Postdoc am Unispital doch gewisse Erfahrungen hinzugewonnen hat. Es ist daher davon auszugehen, dass er einen höheren Lohn erzielen kann, als am Unispital. Unter Berücksichtigung der hiervor dargelegten Einkommenszahlen ist ein Lohnband zwischen Fr. 7'000.– und Fr. 8'000.– netto p.M. realistisch. Bei der Prognosestellung ist eine gewisse Zurückhaltung und Vorsicht walten zu lassen, da es ungewisse Ereignisse zu beurteilen gilt. Andererseits müssen vom gut ausgebildeten Gesuchsgegner grosse Anstrengungen verlangt werden, gilt es doch den Unterhalt der minderjährigen Kinder sicherzustellen. Schliesslich darf nicht

unbeachtet bleiben, dass der Gesuchsgegner im Falle einer Kündigung doch eine gewisse Sicherheit gehabt hätte, wäre ihm wie seitens der Gesuchstellerin zutreffend angeführt rund 80 % des Durchschnittes seines Lohnes während der letzten 12 Monate ausbezahlt worden, mithin ein Betrag in der Grössenordnung von rund Fr. 8'100.– p.M. (netto exkl. Kinderzulagen). Im Ergebnis ist es daher insgesamt angemessen, dem Lohn des Gesuchsgegners bei der E. \_\_\_\_\_ AG ab 1. Juli 2013 in der Höhe von rund Fr. 6'136.– einen andernorts erzielbaren Lohn in der Grössenordnung von Fr. 7'500.– netto p.M. (inkl. 13. Monatslohn, exkl. Kinderzulagen) gegenüber zu stellen.

2.4.5.6. Der Gesuchsgegner führte weiter an, er habe an den wirtschaftlichen Erfolg seiner Arbeitgeberin innerhalb eines Jahres und an die Möglichkeit, danach zumindest wieder den ursprünglichen Lohn oder gar deutlich mehr zu erhalten, geglaubt (Prot. I. S. 18 f.). Da der Gesuchsgegner aufgrund des Alters der Kinder noch lange unterhaltspflichtig sein wird, ist es grundsätzlich vernünftig, zu Gunsten einer langfristigen Perspektive auf eine zeitlich beschränkte Einkommensmaximierung durch den Bezug von Arbeitslosengeldern zu verzichten, zumal dadurch eine Arbeitslosigkeit vermieden werden kann. Der Unterschied zwischen dem wohl erzielbaren Einkommen und dem tatsächlichen Einkommen von rund Fr. 1'350.– ( $\approx$  Fr. 7'500.– ./ Fr. 6'136.–) ist zwar beachtlich aber noch nicht dermassen hoch, dass es sich nicht rechtfertigen würde – in Hinblick auf eine deutliche und längerfristige Lohnsteigerung in absehbarer Zukunft – einstweilen zum tieferen Lohn weiterzuarbeiten und nach angebrachter Zeit die Situation neu zu beurteilen, zumal auch mit dieser Einkommenshöhe zumindest noch nennenswerte Unterhaltsbeiträge von insgesamt Fr. 2'400.– entrichtet werden können.

2.4.5.7. Schliesslich dürfen zwei weitere, mehr allgemeine Faktoren nicht unberücksichtigt bleiben: Eine Trennungssituation ist nicht nur persönlich und gefühlsmässig sehr belastend; sie verursacht auch in tatsächlicher Hinsicht eine grosse Belastung, muss doch nahezu der ganze Alltag neu organisiert werden. Dies bewirkt eine schlechte Ausgangslage für die Stellensuche, die regelmässig den Einsatz aller verfügbaren Ressourcen benötigt, um sich einem potentiellen

Arbeitgeber möglichst positiv zu präsentieren und gegenüber den Konkurrenten zu bestehen. Dies spricht dagegen, überstürzt die Stelle zu kündigen bzw. die Kündigung zu riskieren, sich bei der Arbeitslosenversicherung anzumelden und auf Stellensuche zu begeben. Sodann muss *rückblickend* beurteilt werden, ob die Entscheidung weiterhin bei der E.\_\_\_\_\_ AG zu arbeiten, richtig war. Dabei darf aber nicht geschlossen werden, dass es vor dem Hintergrund der aktuellen Entwicklungen die falsche Entscheidung war und die Entscheidung daher nicht vertretbar war. Vielmehr muss geprüft werden, ob diese Entscheidung zum damaligen Zeitpunkt vertretbar war.

2.5. Insgesamt, in Würdigung aller hiervoor dargestellten Umstände, ist dem Gesuchsgegner nicht vorzuwerfen, er habe sich, indem er die Lohnsenkung akzeptiert, sich nicht umgehend bei der Arbeitslosenkasse angemeldet und eine andere Stelle gesucht habe, im unter E. III. 2.1.3. hiervoor dargelegten Sinn unredlich oder rechtsmissbräuchlich verhalten. Seine Entscheidung, einstweilen weiterhin bei der E.\_\_\_\_\_ AG zu arbeiten, muss aus damaliger Sicht als vertretbar qualifiziert werden. Es liegt damit kein Verhalten vor, das es rechtfertigen würde, rückwirkend auf die Lohnsenkung vom 1. Juli 2013 ein hypothetisches Einkommen anzurechnen.

2.6.1. Aufgrund der sehr angespannten Finanzlage der Familie vermag die nicht weiter konkretisierte Hoffnung auf eine substantielle Lohnsteigerung die Tätigkeit zu einem tieferen als dem tatsächlich erzielbaren Lohn hingegen nur für eine begrenzte Zeit zu rechtfertigen. Dies ist in Hinblick auf die Beurteilung der neu angetretenen Tätigkeit als CSO für die F.\_\_\_\_\_ AG in Deutschland von Bedeutung. Durch den Antritt dieser Stelle und den damit verbundenen Umzug nach Deutschland verharnte die finanzielle Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners nicht nur auf einem eigentlich zu tiefen Niveau, sondern verschlechterte sich zusätzlich massiv, führt er doch an, nun nur noch Fr. 500.– (bei einem Existenzminimum der Gesuchstellerin mit den Kindern von rund Fr. 5'000.– [Urk. 16 S. 6]) an den Unterhalt leisten zu können (Urk. 32 S. 4). Der Unterschied zwischen dem möglichen Lohn bzw. der finanziellen Leistungsfähigkeit in der Schweiz und dem tatsächlich erzielten Lohn bzw. der tatsächlichen finanziellen Leistungsfähigkeit

wurde durch den Stellenantritt in Deutschland stark vergrössert. Die nicht weiter konkretisierte Aussicht auf einen höheren Lohn vermag dies offensichtlich nicht mehr zu rechtfertigen, zumal nun eindeutig feststeht, dass die E.\_\_\_\_\_ AG nicht reüssieren wird. Zudem war es dem Gesuchsgegner insbesondere aufgrund des Urteils der Vorinstanz, das er nicht angefochten hatte, klar, dass seine Familie auf seine Unterhaltsbeiträge in beachtlichem Umfang noch für längere Zeit angewiesen sein wird.

2.6.2. Der Gesuchsgegner bringt vor, er habe trotz intensiver Suche in der Schweiz keine adäquate Stelle gefunden. Sinngemäss macht er damit geltend, er habe das Stellenangebot der F.\_\_\_\_\_ AG in Deutschland mangels Alternativen annehmen müssen (Urk. 32 S. 2). Um seine Stellensuche zu belegen reichte er folgende Belege ins Recht (Urk. 34/26):

- 2 Bestätigungen über Onlinebewerbungen bei G.\_\_\_\_\_ (beide vom 13. Januar 2014)
- 4 Bestätigungen über Onlinebewerbungen bei H.\_\_\_\_\_ nebst einem Absageschreiben (alle datierend zwischen 12. Dezember 2013 und 8. Januar 2014)
- 1 Begleitschreiben für eine Bewerbung für eine Postdoc-Stelle an der Uni ... nebst Stellenbeschreibung (vom 5. Dezember 2013)

Die Dokumente tragen Daten zwischen dem 5. Dezember 2013 und dem 13. Januar 2014. Weitere Belege betreffend Arbeitsbemühungen wurden nicht eingereicht. Allein schon die relativ geringe Anzahl von Bewerbungen während eines kurzen Zeitraumes von nur etwas mehr als einem Monat, der sich überdies über die Weihnachts- und Neujahrsfesttage erstreckt, kann nicht als starker Hinweis auf die Unmöglichkeit, eine Anstellung in der Schweiz zu finden, qualifiziert werden. Dabei ist auch von Bedeutung, dass nur ein einziges Absageschreiben bei den Akten ist; das Schicksal der weiteren Bewerbungen ist nicht belegt. Zu weiteren Arbeitsbemühungen werden weder Behauptungen aufgestellt, noch Belege eingereicht. Die Vorbringen und Belege des Gesuchsgegners vermögen daher die unter E. III. 2.4.5.1. ff. hiervoor dargelegte positive Einschätzung der Arbeitsmöglichkeiten des Gesuchsgegners nicht zu erschüttern bzw. keine genügenden Arbeitsbemühungen zu belegen.

In diesem Zusammenhang ist auch das Vorbringen des Gesuchsgegners, die kürzlich angenommene Masseneinwanderungsinitiative erschwere seine Arbeitsbemühungen, einzugehen (Urk. 32 S. 33): Besonders in Wirtschafts- und Wissenschaftskreisen fanden sich zahlreiche Gegner der Masseneinwanderungsinitiative, die argumentierten, die ausländischen Arbeitskräfte würden benötigt. Sodann bedarf es noch eines gewissen Zeitraumes, die Initiative umzusetzen, zurzeit hat sie noch keine tatsächlichen Auswirkungen. Es ist daher nach wie vor von einem für den Gesuchsgegner intakten Arbeitsmarkt in der Schweiz auszugehen, zumal er ja bereits über die Niederlassungsbewilligung verfügt (Prot. I. S. 24)

2.6.3. Bei der Beurteilung der Situation des Gesuchsgegners in Bezug auf die erste Lohnkürzung wurde davon ausgegangen, dass er ein Nettoeinkommen von Fr. 7'500.– p.M. (inkl. 13. Monatslohn) erzielen kann (vgl. E. III. 2.4.5.5. hier- vor). Diese Einschätzung ist grundsätzlich auch für die Beurteilung der Situation des Gesuchsgegners, nachdem er die Kündigung bei der E.\_\_\_\_\_ AG in Schlie- ren erhalten hatte, gültig. Die Sachlage hat sich aber in zwei relevanten Punkten verändert: Im Zeitpunkt des Verlustes der Stelle bei der E.\_\_\_\_\_ AG am 31. März 2014 hatte der Gesuchsgegner bereits seit dem 1. Juli 2013 zu einem Nettolohn von rund Fr. 6'136.– (vgl. E. III. 1.1. hier- vor, Urk. 7/1 sowie Urk. 16 S. 11) gearbeitet. Sein Anspruch aus der Arbeitslosenversicherung, der sich aufgrund des versi- cherten durchschnittlichen Lohnes während der letzten zwölf beitragspflichtigen Monate berechnet, beträgt daher nur noch rund Fr. 5'700.– ( $\approx 80\%$  von  $[9 \times 6'136.– + 3 \times 10'100.–] / 12$  [exkl. Kinderzulagen]). Sodann ist zu berücksichtigen, dass die Stellensuche aus der Arbeitslosigkeit schwieriger ist als aus einem be- stehenden Arbeitsverhältnis. Insbesondere bezüglich Lohnverhandlungen befin- det sich ein Arbeitsloser in einer wesentlich schlechteren Verhandlungsposition. Ermessensweise ist daher von einem erzielbaren Einkommen in der Höhe von Fr. 7'000.– p.M. (inkl. 13 Monatslohn, exkl. Kinderzulagen) auszugehen.

2.6.4. Im Ergebnis muss dem Gesuchsgegner vorgeworfen werden, er habe sich im Wissen, dass seine Familie auf seine Unterhaltsbeiträge angewiesen ist, deutlich ungenügend um eine adäquat entlohnte Stelle in der Schweiz bemüht. Es

entsteht der Eindruck, der Gesuchsgegner habe der weiteren Verfolgung seiner bisherigen Tätigkeit bzw. der Weiterentwicklung seiner Erfindung (vgl. auch Urk. 25/14a, Urk. 34/25 und Urk. 34/28) den Vorrang gegenüber seiner Familie eingeräumt, und dabei willentlich in Kauf genommen, keine nennenswerten Unterhaltsbeiträge mehr leisten zu können. Die Senkung seiner finanziellen Leistungsfähigkeit kann daher im vorliegenden Verfahren keine Berücksichtigung finden, vielmehr muss ihm rückwirkend ab 1. April 2014 (Zeitpunkt des Stellenverlustes bei der E. \_\_\_\_\_ AG) ein hypothetisches Nettoeinkommen in der Höhe von Fr. 7'000.– p.M. angerechnet werden. Da er seit Dezember 2013 wusste, dass er eine neue Stelle suchen muss und ihm seitens seiner Arbeitgeberin gemäss Art. 329 Abs. 3 OR auch die nötige Zeit hierfür hätte eingeräumt werden müssen – ihm mithin gut drei Monate zur Stellensuche zur Verfügung standen – ist auch keine Übergangsfrist festzusetzen.

3.1. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass dem Gesuchsgegner für die Zeitspanne vom 1. Juni 2013 bis zum 31. März 2014 (Stellenverlust bei der E. \_\_\_\_\_ AG in Schlieren) kein hypothetischen Einkommen anzurechnen ist, sondern mit der Vorinstanz von einem tatsächlichen Nettoeinkommen in der Höhe von rund Fr. 6'136.– (inkl. 13. Monatslohn, exkl. Kinderzulagen) auszugehen ist.

Für diesen Zeitraum war einzig das anrechenbare Einkommen des Gesuchsgegners umstritten. Die weiteren für die Berechnung der Unterhaltsbeiträge massgeblichen Umstände, insbesondere der Bedarf und die Existenzminima der Parteien, sind so wie von der Vorinstanz berechnet anerkannt worden (Urk. 16 S. 6, Urk. 15 S. 20 f. Rz 63 ff. und Urk. 23 S. 14). Auch aus den Akten geht nichts hervor, was eine diesbezügliche Korrektur als notwendig erscheinen liesse. Die Berufung für diesen Zeitraum ist daher abzuweisen. Der Klarheit halber ist aber das Dispositiv anders zu redigieren, so dass klar zum Ausdruck kommt, dass allfällige Kinderzulagen unabhängig von deren Höhe, insbesondere wenn diese den Betrag von Fr. 400.– übersteigen, zusätzlich zum Unterhaltsbeitrag zu bezahlen sind.

3.2. Für den Zeitraum nach dem 31. März 2014 (Stellenverlust bei der E.\_\_\_\_\_ AG in Schlieren) und für die weitere Verfahrensdauer ist von einem hypothetischen Nettoeinkommen in der Höhe von Fr. 7'000.– (exkl. Kinderzulagen, inkl. 13. Monatslohn) auf Seite des Gesuchsgegners auszugehen.

Der Bedarf und die Existenzminima der Parteien in der Schweiz, wie von der Vorinstanz berechnet, wurden anerkannt (Urk. 16 S. 6, Urk. 15 S. 20 f. Rz 63 ff. und Urk. 23 S. 14). Im Rahmen der Berechnung der hypothetischen Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners im summarischen Verfahren rechtfertigt es sich, weiterhin auf diese Zahlen abzustellen. Den nachfolgenden Erwägungen ist daher das von der Vorinstanz berechnete Existenzminimum des Gesuchsgegners in der Schweiz in der Höhe von Fr. 3'714.– sowie das Existenzminimum der Gesuchstellerin mit den Kindern in der Höhe von Fr. 5'052.– zu Grunde zu legen (Urk. 16 S. 6 und Urk. 15 S. 21). Einem hypothetischen Familieneinkommen von Fr. 7'000.– (der Gesuchstellerin kann aufgrund ihrer Betreuungspflichten kein Erwerbseinkommen angerechnet werden) steht ein Familienexistenzminimum von rund Fr. 8'766.– gegenüber, es besteht ein Fehlbetrag von rund Fr. 1'766.–. Dementsprechend kann dem Gesuchsgegner nur sein betriebsrechtliches Existenzminimum belassen werden. Seine maximale Leistungsfähigkeit ist damit auf gerundet Fr. 3'250.– p.M. ( $\approx$  Fr. 7'000.–  $\cdot$   $\frac{3'714.-}{7'000.-}$ ) festzusetzen.

Der Gesuchsgegner ist daher zu verpflichten, der Gesuchstellerin für sich und die Kinder ab 1. April 2014 teils rückwirkend einen monatlichen Unterhaltsbeitrag in der Höhe von insgesamt Fr. 3'250.– zuzüglich allfälliger Kinderzulagen zu bezahlen. Die Aufteilung der Unterhaltsbeiträge der Vorinstanz, gemäss welcher vom gesamten Unterhaltsbeitrag je Fr. 800.– für je ein Kind und der Rest für die Gesuchstellerin bestimmt sind, erscheint angemessen und kann so übernommen werden. Diese Unterhaltsbeiträge sind monatlich jeweils im Voraus auf den ersten eines jeden Monats zu bezahlen.

#### IV.

1. Die Gesuchstellerin verlangte, der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, ihr einen Prozesskostenbeitrag in der Höhe von Fr. 5'000.– zu leisten, eventualiter sei ihr die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihr Vertreter als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen (Urk. 15 S. 3).

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). Die eheliche Beistandspflicht geht der unentgeltlichen Rechtspflege vor. Einer Partei kann diese nur gewährt werden, wenn sie keinen Prozesskostenvorschuss gemäss Art. 159 Abs. 3 ZGB erhältlich machen kann. Die Voraussetzungen, dass ein solcher Vorschuss zugesprochen werden kann, sind vergleichbar mit jenen der unentgeltlichen Rechtspflege. Insbesondere kann ein solcher Vorschuss nur zugesprochen werden, wenn die betreffende Partei den Prozess nicht aus eigenen Mitteln finanzieren kann.

3.1. Dass die Gesuchstellerin aus laufenden Einkünften oder aus Spar Guthaben den vorliegenden Prozess nicht finanzieren kann, ist offensichtlich (vgl. Urk. 16 S. 6). Sie verfügt aber unbestrittenermassen über eine Eigentumswohnung in Spanien (Urk. 36 S. 2).

3.2. Parteien, deren Vermögen aus Immobilien besteht, dürfen nicht besser gestellt werden als solche, deren Vermögen liquid oder zumindest leicht liquidierbar ist. Von Letzteren wird ohne weiteres erwartet, dass sie zur Finanzierung des Prozesses das Geld sofort abheben oder die Wertschriften veräussern (BGE 119 Ia 11 = Pra 1995 Nr. 21; AJP 2/95 S. 181). Dementsprechend muss von der Gesuchstellerin verlangt werden, darzulegen, dass ihre Immobilie weder vermietet noch belehnt oder verkauft werden kann. Bei der Beurteilung dieser Fragen ist zu beachten, dass es sich vorliegend um ein summarisches Eheschutzverfahren handelt, welches beförderlich vorangetrieben werden muss. Ausserdem muss die Gesuchstellerin den naturgemäss schwierigen Nachweis negativer Tatsachen erbringen. Insbesondere in Hinblick auf Immobilien im Ausland, dürfen daher keine

zu hohen Anforderungen an diesen Nachweis gestellt werden (Meichsner S., Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege, Diss. Basel 2008, S. 88 oben m.w.H.).

3.3.1. Dass die Belehnung der Immobilie aufgrund der angespannten finanziellen Lage nicht tragbar ist, ist offensichtlich. Weiter bringt die Gesuchstellerin vor, der Wert ihrer Wohnung könne nicht mobilisiert werden, da es sich um eine subventionierte Wohnung handle, die aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften nicht frei gehandelt, sondern nur zu einem behördlich festgelegten Preis an junge, nicht vermögende Leute verkauft werden dürfe. Überdies sei die Wohnung mit einem Wohnrecht zugunsten ihrer nahen Angehörigen belastet, was ebenfalls einen Verkauf ausschliesse (Prot. I. S. 12, Urk. 36 S. 2 f.).

3.3.2. Aus den von der Gesuchstellerin eingereichten Unterlagen geht hervor, dass sie die betreffende Wohnung für € 90'000.– am 21. April 2008 gekauft und den Kaufpreis am Vortrag bar bezahlt hat (Urk. 38/3 S. 1 und 3). Weiter ist den Unterlagen zu entnehmen, dass es sich bei der fraglichen Wohnung tatsächlich um eine subventionierte Wohnung handelt, die zwar verkauft werden kann, aber nur an Personen in bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen und zu einem behördlich genehmigten Preis (Urk. 38/1). Im Jahr 2008 war dieser Wert auf rund € 107'000.– festgelegt worden (Urk. 38/3 S. 16). Im weiteren darf die Wohnung nur als Erstwohnsitz benützt werden bzw. muss dauerhaft bewohnt werden, andernfalls droht der Verlust der Wohnung und eine Pflicht zur Rückerstattung der Subvention nebst Gewinnabschöpfung (Urk. 38/3 S. 8 ff.). Schliesslich ist den Unterlagen bzw. dem Kaufvertrag zu entnehmen, dass der Verkäufer der Wohnung – der Stiefvater der Gesuchstellerin – sich kein Wohnrecht gesichert hat, es aber Wille der Parteien gewesen sei, dass der Stiefvater der Gesuchstellerin und eine weitere Person ein Wohnrecht auf Lebzeiten erhalten und sich die Gesuchstellerin daher vertraglich verpflichtet habe, die Wohnung zu Lebzeiten der "Wohnrechtinhaber" nicht zu verkaufen (Urk. 38/3 S. 23 Ziff. 2. f.).

3.3.3. Aufgrund der Unterlagen steht fest, dass die betreffende Wohnung entgegen den Angaben der Gesuchstellerin grundsätzlich verkauft werden kann. Da der Kaufpreis von € 90'000.–, den die Gesuchstellerin für die Wohnung auf-

bringen musste, deutlich unter dem maximal zulässigen Preis von € 107'000.– liegt, zwingt diese Preisbindung auch nicht zu einem Verkauf zu einem unzumutbar tiefen Preis, vielmehr wäre sogar ein Gewinn realisierbar. Bevor ein Verkauf durchgeführt werden kann, bedarf es aber der Festsetzung des Verkaufspreises durch die zuständige spanische Behörde, das Verfahren zum Verkauf ist mithin erschwert. Auch ist der Kreis der Käufer eingeschränkt, da die Wohnung nur an jemandem verkauft werden darf, der diese als Hauptwohnsitz beziehen will und in bescheidenen Verhältnissen lebt. Insbesondere kann die Wohnung nicht an vermögende Ausländer, die nicht in Spanien wohnen wollen, verkauft werden. Das obligatorische Wohnrecht verunmöglicht einen Verkauf nicht grundsätzlich, da dieses im Gegensatz zu einem dinglichen Wohnrecht nicht die Wohnung selber belastet, sondern nur die betreffende Vertragspartei. Es wirkt aber ebenfalls erschwerend, da es vor einem Verkauf zur Vermeidung von Schadenersatzforderung abgelöst werden müsste.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Liegenschaft grundsätzlich verkauft werden kann. Der Verkauf ist aber sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht aufwendiger und langwieriger, als bei einer Wohnung mit "gewöhnlichen" Eigentumsverhältnissen.

3.3.4. In Hinblick auf die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist nicht die grundsätzliche Möglichkeit des Verkaufs entscheidend, sondern es muss vielmehr darüber befunden werden, ob und gegebenenfalls zu welchem Preis die Wohnung tatsächlich innert nützlicher Frist verkauft werden kann (Urteil des Bundesgerichts 5P.458/2006 vom 6. Dezember 2006, E. 2.2 ff.).

3.3.5. In Spanien kam es im Jahr 2007 zu einer schwerwiegenden Immobilienkrise. In der Folge fielen bedeutende und systemrelevante Banken in Konkurs, weitere Banken mussten vom Staat gestützt werden, bzw. es war gar die Gründung einer "Bad Bank" nötig, um notleidende Immobilienkredite zu übernehmen. Diese Immobilien-/Bankenkrise weitete sich zu einer eigentlichen Wirtschaftskrise aus. Als Folge kamen die Immobilienpreise stark unter Druck, es scheint ein massives Überangebot an Immobilien zu bestehen, nicht zuletzt da aufgrund der sehr hohen Arbeitslosenquote (mehr als 25 %) nur wenig solvente Käufer existieren

bzw. aufgrund der Bankenkrise die Vergabe von Hypotheken nun seriös gehandhabt werden und für die Finanzierung von Wohneigentum gewisse Eigenmittel verlangt werden müssen. Eine eigentliche Erholung der spanischen Wirtschaft scheint bis heute noch nicht stattgefunden zu haben, diese scheint vielmehr erst langsam und auf tiefem Niveau einzusetzen (vgl. auch die Zeitungsartikel "Verlockende Immobilien in Spanien", Tagesanzeiger, 8. Februar 2013; "Leichtes Wachstum in Spanien", NZZ, 31. Oktober 2013; "Der Klotz am Bein Europas"; NZZ, 11. Januar 2014).

Der Verkauf einer Liegenschaft ist mit grösseren Umtrieben und Kosten verbunden (Kosten für Makler, Inserate, Verkaufsdokumentationen, Gebühren, Steuern, Kosten für den Notar, Verkaufsgespräche etc.). Die Gesuchstellerin ist dabei aufgrund ihrer persönlichen Lage (Krebserkrankung, Betreuungspflicht für zwei kleine Kinder, Mankosituation, Lage der Liegenschaft im Ausland) in ihrer Handlungsfähigkeit eingeschränkt.

3.3.6. Zwar hat es die Gesuchstellerin unterlassen, Verkaufsbemühungen zu unternehmen, deren (dokumentiertes) Ergebnis es erlauben würde, die Verkäuflichkeit der Wohnung fundiert einzuschätzen. Insgesamt muss aber dennoch befürchtet werden, dass sich die betreffende Wohnung – wenn überhaupt – zumindest nicht innert kurzer, dem summarischen Verfahren entsprechender Frist verkaufen lässt. Zwar muss, wer einen Prozess führen will, grundsätzlich selber im Voraus um dessen Finanzierung besorgt sein. Dazu gehört auch die vorgängige und umgehende Liquidierung vorhandener Vermögenswerte. Es geht nicht an, dies zu unterlassen und die Prozessfinanzierung gleichsam auf den Staat abzuschieben. Vorliegend handelt es sich aber um ein summarisches Verfahren, das beförderlich zu behandeln ist; es dient der einstweiligen Regelung des Notwendigsten nach dem Auftreten einer Ehekrise. Dieses Verfahren kann nicht von langer Hand und umsichtig im Voraus geplant werden, zumal sich die Trennung auch nicht schon lange im Voraus abgezeichnet zu haben scheint (vgl. E. III. 2.4.1. hiervor). Trotz der doch schon relativ langen Verfahrensdauer kann es der Gesuchstellerin daher noch nicht zum Vorwurf gereichen, dass sie noch keine Verkaufsbemühungen bzw. Bestrebungen, das obligatorische Wohnrecht abzulösen, unternommen hat. Mit dieser Beurteilung steht überdies auch der Umstand, dass

die Vorinstanz ihr die unentgeltliche Rechtspflege gewährt hatte (Urk. 16 S. 13), in Einklang.

3.3.7. Insgesamt rechtfertigt es sich daher, davon auszugehen, dass die Gesuchstellerin ihre Liegenschaft in Spanien nicht innert dem summarischen Verfahren nützlicher Frist liquidieren kann und ihr die bisherige Untätigkeit noch nicht zum Vorwurf gereicht. Sie ist daher als mittellos im Sinne von Art. 117 Abs. 1 lit. a ZPO zu qualifizieren. Sie ist aber darauf hinzuweisen, dass in einem folgenden Verfahren – wie beispielsweise einem Scheidungs- oder Abänderungsverfahren – diese Fragen neu und unter Umständen anders zu beurteilen sein werden.

3.4. Das Rechtsmittel der Gesuchstellerin war nicht zum vornherein aussichtslos, konnte sie doch zumindest einen Teilerfolg erringen. Aufgrund der Komplexität und der Wichtigkeit des vorliegenden Verfahrens ist der Beizug eines Anwaltes angebracht.

3.5. Insgesamt sind die Voraussetzungen bei der Gesuchstellerin gegeben, ihr die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren bzw. ihr einen Prozesskostenvorschuss bzw. Prozesskostenbeitrag zuzusprechen. Der Gesuchsgegner kann aus seinen laufenden Einkünften offensichtlich keinen Prozesskostenbeitrag leisten (vgl. E. IV. 4.2. hiervor). Zwar behauptet die Gesuchstellerin, der Gesuchsgegner verfüge über freie Mittel, diese Behauptung wurde aber nicht weiter substantiiert, auch wurden keine Belege genannt (Urk. 15 S. 23 Rz 74). Da weder aus den Akten noch den Vorbringen der Parteien hervorgeht, dass er über verfügbares liquides Vermögen verfügen würde, kann er nicht zur Leistung eines Prozesskostenbeitrages verpflichtet werden. Der Gesuchstellerin ist daher die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihr in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beizugeben.

4.1. Auch der Gesuchsgegner verlangte einen Prozesskostenvorschuss und eventualiter die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung seiner Vertretung als unentgeltliche Rechtsbeistandin im Berufungsverfahren (Urk. 27 S. 2 und Urk. 35 S. 2).

4.2. Aus den vorangehenden und den vorinstanzlichen Erwägungen geht hervor, dass das Familieneinkommen nicht einmal das betreibungsrechtliche

Existenzminimum deckt, mithin keine freien Mittel zur Prozessfinanzierung vorhanden sind. Aus den Akten sind keine Hinweise auf Vermögen des Gesuchsgegners ersichtlich (Urk. 16 S. 6 ff. und E. IV. 3.5. hiervor). Der Gesuchsgegner muss daher ebenfalls als mittellos im Sinne von Art. 117 Abs. 1 lit. a ZPO gelten. Auch der Standpunkt des Gesuchsgegners im Berufungsverfahren kann nicht als zum vornherein aussichtslos qualifiziert werden, ebenso ist auch auf seiner Seite der Beizug einer Rechtsanwältin aufgrund der Wichtigkeit und der Komplexität des Verfahrens angebracht. Da auch ihm aufgrund der mangelnden Leistungsfähigkeit der Gesuchstellerin kein Prozesskostenbeitrag zugesprochen werden kann, ist ihm im Ergebnis ebenfalls die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y. \_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin beizugeben.

## V.

1. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 2 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (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 nur noch die Unterhaltsverpflichtung umstritten war, die Parteien diesbezüglich aber doch zahlreiche zu prüfende Argumente vorbrachten und massgeblich Noven zu berücksichtigen waren, der Sachverhalt und die damit verbundenen tatsächlichen und rechtlichen Fragestellungen auch eine gewisse Komplexität aufweisen, ist die Entscheidgebühr auf Fr. 5'500.– festzusetzen.

2. Streitig war die Unterhaltspflicht des Gesuchsgegners. Die Gesuchstellerin beantragte, die von der Vorinstanz festgelegten Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 2'400.– p.M. seien auf Fr. 5'900.– p.M. zu erhöhen (Urk. 15 S. 2; Urk. 16 S. 15 Dispositivziffer 8), während der Gesuchsgegner verlangte, das vorinstanzliche Urteil sei bezüglich des Zeitraumes bis zum 1. April 2014 zu bestätigen und danach seien die Unterhaltsbeiträge um Fr 1'900.– auf Fr. 500.– p.M. zu senken.

Zur Abschätzung, wie die Kosten zu verteilen sind, rechtfertigt es sich, davon auszugehen, dass die im Eheschutzverfahren getroffene Regelung während drei Jahren – bis zum 30. Juni 2016 – gilt. Gemäss den Anträgen der Gesuchstellerin hätte der Gesuchsgegner während dieser Zeit Fr. 212'400.– an Unterhalt bezahlen müssen (= 36 x Fr. 5'900.–). Gemäss eigenen Anträgen hätte der Gesuchsgegner für die Zeit vom 1. Juni 2013 bis zum 31. März 2014 Fr. 24'000.– (= 10 x Fr. 2'400.–) und von 1. April 2014 bis zum 30. Juni 2016 Fr. 13'000.– (= 26 x Fr. 500.–) bezahlen müssen, insgesamt also Fr. 37'000.–. Im vorliegenden Entscheid wird der Gesuchsgegner verpflichtet, folgende Unterhaltszahlungen zu leisten:

Von	Bis	Anz. Monate	Unterhaltsbeitrag	Total/Phase
1.06.2013	31.03.2014	10	2'400.00	24'000.00
1.04.2014	31.06.2016	26	3'250.00	84'500.00
<b>Total</b>				<b>Fr. 108'500.00</b>

Die Gesuchstellerin unterliegt daher mit ihrem Antrag um Fr. 103'900.– (= Fr. 212'400.– ./. Fr. 108'500.–), der Gesuchsgegner um Fr. 71'500.– (= Fr. 108'500 ./. Fr. 37'000.–). Diese Beträge stehen im gerundeten Verhältnis von 6 zu 4 zueinander, dementsprechend sind die Kosten der Gesuchstellerin zu 6/10 (bzw. 3/5) und dem Gesuchsgegner zu 4/10 (bzw. 2/5) aufzuerlegen.

3. 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 und gemäss § 9 zu reduzieren. Im Rechtsmittelverfahren ist gemäss § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV nur darauf abzustellen, was vor der Rechtsmittelinstanz noch streitig war, ausserdem findet eine Herabsetzung auf einen bis zwei Drittel statt. Mussten neben der Berufungsbegründung

und Berufungsantwort weitere Eingaben gemacht werden, ist gemäss § 11 Abs. 2 AnwGebV ein Einzelzuschlag von höchstens der Hälfte der Grundgebühr einzuberechnen.

4. Vorliegend waren nur noch 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 nicht von einer besonderen Schwierigkeit ausgegangen werden. Das Gleiche gilt entsprechend für den Zeitaufwand. Leicht erhöhend wirkt sich aber auf den Zeitaufwand aus, dass es sowohl über den Wert und Veräusserbarkeit einer Immobilie im Ausland zu entscheiden galt, sowie die in Bezug auf den Weggang nach Deutschland eingereichten Akten als Noven zu berücksichtigen waren. Da beide Parteien je eine zusätzliche Rechtschrift einreichen mussten (Urk. 32 und Urk. 36) ist ein Zuschlag im Sinne von § 11 Abs. 2 AnwGebV einzuberechnen.

Insgesamt ist damit von einer vollen Gebühr inkl. Zuschlag von Fr. 3'000.– auszugehen.

Ausgangsgemäss ist die Gesuchstellerin zu verpflichten, dem Gesuchsgegner eine auf 1/5 reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 600.– zuzüglich MwSt. von 8 % auf Fr. 600.– in der Höhe von Fr. 48.–, also insgesamt Fr. 648.– zu bezahlen.

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

1. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil und die Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 9. September 2013 (Prozess Nr. EE130071) mit Ausnahme der Dispositivziffer 8 des nämlichen Urteils am 23. September 2013 in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Beiden Parteien wird die unentgeltliche Prozessführung gewährt.

3. Der Gesuchstellerin wird Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_ und dem Gesuchsgegner Rechtsanwältin lic. iur. Y.\_\_\_\_\_ als unentgeltliche Rechtsbeistände beigegeben.
4. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. In Abänderung der Dispositivziffer 8 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 9. September 2013 (Prozess Nr. EE130071) wird der Gesuchsgegner verpflichtet, der Gesuchstellerin für sie persönlich und für die beiden Kinder Unterhaltsbeiträge wie folgt zu bezahlen (teils rückwirkend):
  - Fr. 2'400.– ab 1. Juni 2013 bis zum 31. März 2014 (davon je Fr. 800.– für jedes Kind) zuzüglich allfälliger Kinderzulagen;
  - Fr. 3'250.– ab 1. April 2014 (davon je Fr. 800.– für jedes Kind) zuzüglich allfälliger Kinderzulagen;zahlbar monatlich jeweils im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'500.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchstellerin zu 3/5 und dem Gesuchsgegner zu 2/5 auferlegt, aufgrund der beidseits gewährten unentgeltlichen Prozessführung aber einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.

Eine Nachforderung im Sinne von Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
4. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner für das zweitinstanzliche Berufungsverfahren eine auf 1/5 reduzierte Parteientschädigung von Fr. 648.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur, je gegen Empfangsschein.

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, 6. Juni 2014

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. G. Kenny

versandt am: js