

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Nr.: LE140060-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

## Beschluss und Urteil vom 29. Januar 2015

in Sachen

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

Gesuchsgegner und Berufungskläger

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

gegen

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

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y. \_\_\_\_\_,

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 24. März 2014 (EE130126-F)**

**Rechtsbegehren:**

(Urk. 1 S. 2 und 3)

- "1. Es sei der Gesuchstellerin zu bewilligen, den gemeinsamen Haushalt aufzuheben und es sei festzuhalten, dass der Gesuchsgegner die eheliche Wohnung spätestens am 1. Oktober 2013 verlassen hat.
2. Es seien die Kinder, C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2009 und D.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2010, unter die elterliche Obhut der Gesuchstellerin zu stellen.
3. Dem Gesuchsgegner sei ein angemessenes, gerichtsübliches Besuchsrecht einzuräumen.
4. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin ab 1. Januar 2014 monatlich im Voraus einen angemessenen monatlichen Unterhaltsbeitrag, zahlbar jeweils auf den ersten Tag eines jeden Monats zu bezahlen.
5. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten an den Unterhalt von C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ ab 1. Januar 2014 einen monatlichen Kinderunterhalt von je mindestens CHF 1'200.00 zuzüglich allfälliger Kinder- und Familienzulagen, zahlbar an die Gesuchstellerin jeweils auf den ersten Tag eines jeden Monats zu bezahlen.
6. Es sei die Gütertrennung anzuordnen. Es sei festzustellen, dass das Mobilium in der Wohnung E.\_\_\_\_\_, ... F.\_\_\_\_\_, im Alleineigentum der Gesuchstellerin steht.
7. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (letztere zuzüglich MwSt.) zu Lasten des Gesuchsgegners."

**Prozessualer Antrag der Gesuchstellerin:**

(Urk. 1 S. 3)

- "1. Es sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin für das vorliegende Verfahren betreffend Eheschutz einen Prozesskostenvorschuss von einstweilen CHF 7'000.00 zu bezahlen.
2. Eventualiter sei der Gesuchstellerin die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und ihr in der Person der Schreibenden ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen."

**Anlässlich der Hauptverhandlung abgeänderte Rechtsbegehren der Gesuchstellerin:**

(Urk. 14 S. 3, Prot. S. 4, sinngemäss)

1. Es sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, an den Unterhalt von C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ ab 1. Januar 2014 einen monatlichen Kinderunterhalt von je mindestens CHF 1'400.00 zuzüglich allfälliger Kinder- und Familienzulagen, zahlbar an die Gesuchstellerin jeweils auf den ersten Tag eines jeden Monats, zu bezahlen;

2. Es sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin ab 1. Januar 2014 monatlich im Voraus einen monatlichen Unterhaltsbeitrag in der Höhe von CHF 1'200.–, zahlbar jeweils auf den ersten Tag eines jeden Monats zu bezahlen.

**Anlässlich der Hauptverhandlung gestellte Anträge des Gesuchsgegners:**

(Prot. S. 4 ff., sinngemäss)

1. Es sei der Antrag auf Vormerknahme vom Getrenntleben der Parteien seit 1. Oktober 2013 gutzuheissen;
2. Es seien die Kinder, C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2009, und D.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2010, unter die elterliche Obhut der Gesuchstellerin zu stellen;
3. Dem Gesuchsgegner sei ein angemessenes Besuchsrecht einzuräumen. Ferner sei dem Gesuchsgegner ein Ferienbesuchsrecht von 5 Wochen mit den gemeinsamen Töchtern zu gewähren;
4. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin für die Kinder und für sich persönlich einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von höchstens Fr. 2'000.– zu bezahlen;
5. Es sei der Antrag auf Gütertrennung per Einreichung des Gesuchs gutzuheissen.

**Prozessuale Anträge des Gesuchsgegners:**

(Prot. S. 14, sinngemäss)

1. Es sei der Antrag der Gesuchstellerin auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 7'000.– durch den Gesuchsgegner abzuweisen;
2. Es sei dem Gesuchsgegner die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.

**Urteil und Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren  
am Bezirksgericht Horgen vom 24. März 2014**

(Urk. 37)

**Es wird verfügt:**

1. Der Antrag der Gesuchstellerin auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses an sie durch den Gesuchsgegner wird abgewiesen.
2. Beiden Parteien wird die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt.
3. Der Gesuchstellerin wird Rechtsanwältin M<sup>L</sup>aw Y.\_\_\_\_\_, als unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.

4. Beide Parteien werden auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit nachfolgendem Entscheid.

**Sodann wird erkannt:**

1. Den Parteien wird das Getrenntleben bewilligt. Es wird festgestellt, dass die Parteien seit dem 1. Oktober 2013 getrennt leben.
2. Die Kinder  
C. \_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2009, und  
D. \_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2010  
werden für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Gesuchstellerin gestellt.
3. Der Gesuchsgegner ist berechtigt, die Kinder an den Wochenenden der geraden Wochen, von Freitag, 19.00 Uhr, bis Sonntag, 19.00 Uhr, mit sich oder zu sich auf Besuch zu nehmen.

Zudem ist der Gesuchsgegner berechtigt, die Kinder alternierend an folgenden Feiertagen auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch oder in die Ferien zu nehmen:

- in geraden Jahren an Ostern von Donnerstag 19.00 Uhr bis Ostermontag 19.00 Uhr;
- in ungeraden Jahren an Pfingsten von Freitag 19.00 Uhr bis Pfingstmontag 19.00 Uhr;
- in geraden Jahren von Beginn der Weihnachtsferien bis am 26. Dezember, 12.00 Uhr;
- in ungeraden Jahren vom 26. Dezember, 12.00 Uhr, bis Ende Weihnachtsferien.

Ausserdem ist der Gesuchsgegner berechtigt, die Kinder für die Dauer von 5 Wochen pro Jahr in den Schulferien auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.

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

4. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für die Kinder, C. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_, (je) monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'200.– zuzüglich allfälliger Kinder-/Ausbildungszulagen zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals auf den 1. April 2014.
5. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für sich persönlich einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 690.– zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals auf den 1. April 2014.
6. Zwischen den Parteien wird per 23. Dezember 2013 die Gütertrennung angeordnet.

7. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'600.–.

Wird keine Begründung verlangt, ermässigt sich die Gerichtsgebühr auf zwei Drittel.

8. Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung im Sinne von Art. 123 ZPO wird vorbehalten.

Die Mehrkosten für einen begründeten Entscheid trägt diejenige Partei, die eine Begründung verlangt.

9. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine halbe Parteientschädigung von Fr. 1'944.– zu bezahlen.
10. RAin Y.\_\_\_\_\_ wird für ihre Bemühungen und Barauslagen als unentgeltliche Rechtsvertreterin der gesuchstellenden Partei aus der Gerichtskasse mit Fr. 3'888.– (inkl. 8 % Mehrwertsteuer) entschädigt. Der Anspruch der Gesuchstellerin auf Parteientschädigung gegen die gesuchsgegnerische Partei im Betrag von Fr. 1'944.– (inkl. 8 % Mehrwertsteuer) geht auf den Kanton über.
11. (Schriftliche Mitteilungen.)
12. (Berufung).

### **Berufungsanträge:**

des Gesuchsgegners und Berufungsklägers (Urk. 36):

- "1. In Abänderung von Ziffer 4 des Dispositivs des Urteils vom 24. März 2014 bezüglich Eheschutz seien die Unterhaltsbeiträge an die Berufungsbeklagte für die Kinder C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ auf je CHF 1'158.– festzusetzen.
2. In Abänderung von Ziffer 5 des Dispositivs des Urteils vom 24. März 2014 bezüglich Eheschutz sei der Unterhaltsbeitrag an die Berufungsbeklagte persönlich auf CHF 0.00 festzusetzen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsbeklagten."

### **Prozessuale Anträge:**

- "1. Die Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, dem Berufungskläger für das vorliegende Berufungsverfahren einen Prozesskostenvorschuss in der Höhe von CHF 5'000.00 zu leisten.
2. Eventualiter sei dem Berufungskläger für das vorliegende Berufungsverfahren vor Obergericht die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, namentlich sei der Berufungskläger von der Bezahlung von Vorschuss- und Sicherheitsleistungen, sowie von der Bezahlung von Gerichtskosten zu befreien

und es sei ihm in der Person des Unterzeichneten mit kanzeiinterner Substitutionsbefugnis ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bewilligen."

der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (Urk. 42):

- "1. Es sei die Berufung vollumfänglich abzuweisen, sofern darauf einzutreten ist.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (letztere zuzüglich MwSt.) zu Lasten des Berufungsklägers."

Prozessuale Anträge:

- "1. Es sei der Berufungskläger zu verpflichten, der Berufungsbeklagten für das vorliegende Berufungsverfahren einen Prozesskostenvorschuss von einstuweilen CHF 5'000.00 zu bezahlen.
2. Eventualiter sei der Berufungsbeklagten die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und ihr in der Person der Schreibenden ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen."

**Erwägungen:**

I.

1. Die Parteien sind verheiratet und haben zwei gemeinsame Kinder: C. \_\_\_\_\_ (Jahrgang 2009) und D. \_\_\_\_\_ (Jahrgang 2010). Sie leben seit dem 1. Oktober 2013 getrennt. Mit Eingabe vom 23. Dezember 2013 machte die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchstellerin) das vorliegende Eheschutzverfahren bei der Vorinstanz anhängig. Am 13. März 2014 fand die Hauptverhandlung statt. Nach den Parteivorträgen wurden Vergleichsgespräche geführt, die jedoch zu keiner Einigung führten (Prot. VI S. 4 ff., S. 14). Am 24. März 2014 erliess die Vorinstanz den eingangs wiedergegebenen Entscheid im Dispositiv (Urk. 19). Auf Begehren des Gesuchsgegners wurde der Entscheid in der Folge begründet (Urk. 32 = Urk. 37) und am 3. Oktober 2014 den Parteien zugestellt (Urk. 33/1+2).
2. Dagegen erhob der Gesuchsgegner am 16. Oktober 2014 fristgerecht Berufung mit den einleitend genannten Rechtsmittelbegehren. Die Gesuchstellerin er-

stattete die Berufungsantwort am 18. November 2014. Mit Verfügung vom 19. November 2014 wurde dem Gesuchsgegner Frist angesetzt, um aktuelle Lohnunterlagen einzureichen (Urk. 45), dem er mit Eingabe vom 1. Dezember 2014 nachkam (Urk. 46 und 48/1-5). Die Gesuchstellerin nahm dazu mit Eingabe vom 17. November 2014 (recte 12. Dezember 2014) Stellung, welche am 5. Januar 2015 der Gegenseite zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (Urk. 51).

3. Die Einlegung der Berufung hemmt den Eintritt der Rechtskraft nur im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Nicht angefochten wurden die Dispositivziffern 1 (Bewilligung Getrenntleben), 2 (Obhutszuteilung), 3 (Besuchsrecht), 6 (Anordnung Gütertrennung), 7 (Gerichtsgebühr), 8 (Kosten- und Entschädigungsfolgen), 9 (Parteientschädigung), 10 (Entschädigung unentgeltliche Rechtsvertretung Gesuchstellerin). Diese Ziffern sind somit rechtskräftig geworden, was vorzumerken ist.

## II.

1. Im Berufungsverfahren sind die Unterhaltsbeiträge für die Gesuchstellerin und die zwei Kinder strittig. Die Vorinstanz hat den Gesuchsgegner - ausgehend von einem monatlichen Nettoeinkommen als Montageleiter bei der G.\_\_\_\_\_ Heizung/Sanitär, ..., von Fr. 6'913.- und einem Bedarf von Fr. 3'668.- - verpflichtet, der Gesuchstellerin einen Unterhaltsbeitrag von insgesamt Fr. 3'090.- zu bezahlen, davon für die Kinder C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ je Fr. 1'200.- (Urk. 36 S. 9-19).

2. Einkommen Gesuchsgegner

2.1 In der Berufung macht der Gesuchsgegner geltend, er habe seinen Arbeitsort per 1. September 2014 gewechselt und eine neue Stelle bei der H.\_\_\_\_\_ AG in ... als Spartenleiter Oel/Gas/Holz angetreten. Sein durchschnittliches Einkommen habe sich inklusive Anteil 13. Monatslohn auf Fr. 6'309.75 reduziert. Dies entspreche einer Reduktion von Fr. 603.25, weshalb eine neue Unterhaltsrechnung aufzustellen sei. Zudem sei sein Bedarf angestiegen (Urk. 36 S. 5 f.).

2.2 Die Gesuchstellerin vertritt in erster Linie die Auffassung, es sei auf die Berufung nicht einzutreten. Die Unterhaltsberechnung der Vorinstanz beruhe nicht auf einer unrichtigen Feststellung des Sachverhalts. Die angebliche Veränderung der beruflichen Situation des Gesuchsgegners habe sich erst nach Eröffnung des Urteils und der Verfügung vom 24. März 2014 ergeben. Daher werde bestritten, dass überhaupt ein Berufungsgrund nach Art. 310 ZPO vorliege (Urk. 42 S. 5).

2.3 Im Berufungsverfahren können neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Der Stellenwechsel per 1. September 2014 und der damit zusammenhängende neue Arbeitsvertrag bilden ein echtes Novum im Sinne von Art. 317 ZPO. Das Novum wurde denn auch unverzüglich mit der Berufungsschrift eingereicht. Aufgrund der zulässigen Noven darf der Aktenstand erweitert werden. Die Berufungsinstanz hat folglich zu prüfen, ob der zulässig erweiterte Aktenstand mit der Rechtsanwendung der Vorinstanz übereinstimmt. Es ist daher auf die Berufung einzutreten.

2.4. Im weiteren widerspricht die Gesuchstellerin den Angaben in der Berufungsbegründung. Der Gesuchsgegner habe seine Stelle freiwillig gewechselt. Allerdings habe er schon früher bei der Firma H.\_\_\_\_\_ AG gearbeitet und einen höheren Lohn erzielt, da er noch Pickettdienst-Entschädigung und eine Essenspauschale erhalten habe. Auch habe er seinerzeit eine Rückvergütung für die Garagemiete erhalten (Urk. 42 S. 6f.). Gestützt auf die vormaligen Lohnabrechnungen macht die Gesuchstellerin ein aktuelles Einkommen von mindestens Fr. 8'015.40 geltend (Urk. 42 S. 8) und führt aus, dass es angemessen wäre, in Anwendung der Oficialmaxime den Kinderunterhalt auf je Fr. 1'500.– anzuheben (Urk. 42 S. 11 f.).

2.5 Auf Editionsverfügung hin reichte der Gesuchsgegner antragsgemäss die aktuellen Lohnabrechnungen sowie das Spesen-, Bereitschaftsdienst- und Fahrzeugreglement ein (Urk. 48/1-4).

Laut den Abrechnungen betrug der Lohn im September 2014 Fr. 6'600.– brutto bzw. reduziert um die sozialversicherungsrechtlichen Abzüge Fr. 5'847.95 netto. Im Oktober und November 2014 wurden je eine Zulage für Pikettdienst und eine Essenspauschale entschädigt, weshalb der Lohn auf netto Fr. 6'623.95 bzw. Fr. 6'496.20 anstieg (Urk. 48/4).

2.6 Der Gesuchsgegner macht allerdings geltend, dass er für einen Arbeitskollegen in den Monaten Oktober und November 2014 zusätzliche Arbeiten übernehmen müssen, weshalb das Piketzusatzeinkommen nicht zu berücksichtigen sei. Diese Arbeiten seien überobligatorisch ausgeübt worden, d.h. er habe Arbeiten ausgeübt, welche sein 100%-iges Arbeitspensum überstiegen hätten, was gemäss bundesgerichtlicher Praxis nicht angerechnet werden dürfe. Dass er ab und an aufgrund des Bereitschaftsdienstreglements Zusatzeinkommen erziele, stehe ausser Frage, dieses betrage jedoch höchstens Fr. 100.– (Urk. 46 S. 6).

Die Gesuchstellerin hält dafür, für den Pikettdienst sei auf den Durchschnitt der Lohnabrechnungen Januar 2012, Februar 2012, Oktober 2014 und November 2014 abzustellen und es seien Fr. 430.10 p.Mt. anzurechnen (Urk. 50 S. 3 f.).

Die Behauptung, es handle sich um Sonderanstrengungen, wird durch keine Unterlagen gestützt. Gegenteilig bildet das Reglement betreffend den Bereitschaftsdienst einen integrierenden Bestandteil des Arbeitsvertrages (vgl. Schlussbestimmungen in Urk. 48/2 S. 5), und im Arbeitsvertrag selbst ist der Bereitschaftsdienst namentlich erwähnt, wiederum unter Verweis auf das entsprechende Reglement (Urk. 39/2). Daraus ist zu schliessen, dass es Teil der arbeitsvertraglichen Verpflichtung ist, Bereitschaftsdienst zu leisten. Entsprechend ist das Zusatzeinkommen anzurechnen.

2.7 Auszugehen ist von den aktuellen Lohnabrechnungen. Bei den von der Gesuchstellerin eingereichten Lohnabrechnungen Januar 2012/Februar 2012/Mai 2012 (Urk. 44/2-4) handelt es sich entgegen der Auffassung des Gesuchsgegners nicht um unzulässige Noven (Urk. 46 S. 6), da erst sein eigenes Novum für die Gesuchstellerin überhaupt Anlass gab, diese Lohnabrechnungen einzureichen,

und diese unverzüglich im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO vorgelegt wurden. Sie können somit zumindest als Vergleichswert herangezogen werden.

Es ist von folgenden Zahlen auszugehen:

Der Pikettdienst wurde im September 2014 mit Fr. 0.–, im Oktober 2014 mit Fr. 490.– und im November 2014 mit Fr. 315.– brutto entschädigt (Urk. 48/4). Zum Vergleich weisen die Lohnabrechnungen Januar 2012 und Februar 2012 Fr. 560.– und Fr. 490.– aus, der Mai 2012 dagegen Fr. 0.– aus; (Urk. 44/2-4). Der Pikettdienst, der mit Fr. 35.– pro Tag entschädigt wird, muss laut Reglement während des ganzen Jahres gewährleistet sein (Urk. 48/2, Ziff. 2.1. und 6.1.). Indessen ist zu berücksichtigen, dass der Gesuchsgegner Anspruch auf 22 Tage Ferien hat. Daher ist angesichts des summarischen Verfahrens von einem Betrag von Fr. 368.– brutto bzw. von Fr. 340.– netto auszugehen ( $[(Fr. 490.– + Fr. 315.–) : 2 \times 11 : 12]$ ), wobei der Anfangsmonat September ausser Betracht fällt.

2.8 Der Vollständigkeit halber ist zu der von der Gesuchstellerin in der Berufungsantwort geltend gemachten Aufrechnung von weiteren Positionen Folgendes anzuführen: Die "Aktionen/Prämien" sind nicht als wiederkehrender Lohnbestandteil zu qualifizieren, da in den Akten lediglich die Lohnabrechnung Februar 2012 eine solche ausweist (Urk. 44/3). Bei der Essenspauschale handelt es sich um einen Spesenersatz für Mittagessen pro Arbeitstag (Urk. 48/1, Ziff. 3.1.2), der weder in den Ferien ausbezahlt, noch beim 13. Monatslohn mitberücksichtigt wird. Dasselbe gilt für die "Rückerstattung der Garagenmiete" (vgl. Urk. 42 S. 8).

2.9 Das anrechenbare Monatseinkommen ist daher inkl. Anteil 13. Monatslohn mit gerundet Fr. 6'675.– zu veranschlagen (Grundlohn:  $Fr. 5'847.95 \times 13 : 12$  plus Pikettdienst: Fr. 340.–).

### 3. Bedarf Gesuchsgegner

#### 3.1 Die Vorinstanz bezifferte den Bedarf wie folgt (Urk. 37 S. 12 f.):

Grundbetrag	Fr. 1'200.–
Miete	Fr. 1'609.–
Garagenplatz	Fr. 100.–
Krankenkasse	Fr. 412.–
Hausrat-Versicherung	Fr. 30.–
Telefon/Radio/TV	Fr. 100.–
Auswärtige Verpflegung	Fr. 217.–
Total	Fr. 3'668.–

3.2 In der Berufungsschrift macht der Gesuchsgegner geltend, infolge des Stellenwechsels könne er über kein Firmenfahrzeug mehr verfügen. Da er für die Arbeit auf ein Auto angewiesen sei, seien ihm die gleich hohen Fahrzeugkosten wie der Gesuchstellerin (Fr. 325.–) sowie die Kosten für die Garage (Fr. 100.–) anzurechnen (Urk. 36 S. 5). In der Stellungnahme vom 1. Dezember 2014 anerkennt der Gesuchsgegner, dass ihm von seiner Arbeitgeberin ein Firmenfahrzeug zur privaten Verwendung zur Verfügung gestellt wird. Er habe aber für die Versicherungsprämie sowie die Verkehrsabgabe selbst aufzukommen. Daher seien die Kosten von Fr. 325.– monatlich ausgewiesen. Auch müsse er für die Garagekosten selber aufkommen (Urk. 46 S. 7).

Die Gesuchstellerin entgegnet, bei der Weiterbelastung der Verkehrsabgabe und Versicherungsprämie handle es sich um eine Kann-Vorschrift und der Gesuchsgegner könne nicht belegen, dass ihm die entsprechenden Kosten anfallen würden, abgesehen davon sei ein jährlicher Betrag von Fr. 3'900.– viel zu hoch für die geltend gemachten Positionen (Urk. 50 S. 4f.).

Der Gesuchsgegner zeichnet laut Arbeitsvertrag für den Bereich "Service Kundendienst - Bereich Oel/Gas/Holz" verantwortlich. Gemäss Fahrzeugreglement (Urk. 48/3) Ziff. 1.1.1 stehen dem Verkaufs-Aussendienst-Mitarbeiter und dem Kundendienst-Techniker ein Firmenauto als Arbeitswerkzeug zur Verfügung, das sie auch uneingeschränkt für Privatfahrten im Inland benutzen können (Ziff. 6.1). Für Kundendienst-Techniker gilt, dass die Servicefahrzeuge nach Möglichkeit in

einer Garage unterzubringen sind. Die Kosten dafür werden von der Firma getragen (Ziff. 1.13.2). Weiter gilt, dass je nach Regelung des Arbeitsvertrages und/oder Zusatz zum Arbeitsvertrag dem Benutzer die Verkehrssteuer und die Versicherungsprämie für die Teilkasko jährlich in Abzug gebracht werden (Ziff. 6.1.2). Der Arbeitsvertrag äussert sich dazu nicht. Über einen Zusatz zum Arbeitsvertrag ist nichts bekannt. Daher ist der behauptete Betrag nicht glaubhaft gemacht. Folglich sind dem Gesuchsgegner weder die neu geltend gemachten Auslagen für die Versicherung und Verkehrsabgabe anzurechnen, noch ist die Garagenmiete zu berücksichtigen. Letztere ist im Bedarf zu streichen.

3.3 Die Vorinstanz hat dem Gesuchsgegner Fr. 271.– für auswärtige Verpflegung angerechnet. Die Lohnabrechnungen Oktober und November 2014 weisen eine Essenspauschale von Fr. 323.– bzw. Fr. 357.– aus (Urk. 48/4). Gemäss Spesenreglement erhalten Aussendienst-Mitarbeiter und Kundendienst-Techniker eine pauschale Essensentschädigung von Fr. 17.– pro Mittagessen (Urk. 48/1 Ziff. 3.1.2). Da das Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich betreffend Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009 bei Auslagen für auswärtige Verpflegung nur Mehrauslagen zubilligt, nämlich max. Fr. 15.– (Kreisschreiben Ziff. III.3.2), sind dem Gesuchsgegner keine weiteren Auslagen zuzugestehen. Entsprechend ist der Betrag im Bedarf zu streichen. Es kann auch offen bleiben, weshalb im September 2014 keine Essensentschädigung vergütet wurde, da dem Gesuchsgegner ein Anspruch darauf gemäss dem besagten Reglement zustehen würde.

3.4 Der Bedarf berechnet sich daher wie folgt:

Total gemäss Vorinstanz	Fr. 3'668.–
./ Garage	Fr. 100.–
./ Verpflegung	Fr. 217.–
Bedarf neu	Fr. 3'351.–

#### 4. Unterhalt

##### 4.1 Die Gegenüberstellung von Einkommen und Bedarf ergibt das Folgende:

Einkommen Gesuchstellerin	Fr. 2'003.– (vgl. Urk. 37 S. 18)
Einkommen Gesuchsgegner	Fr. 6'675.–
Bedarf Gesuchstellerin	Fr. 4'784.– (vgl. Urk. 37 S. 18)
Bedarf Gesuchsgegner	Fr. 3'351.–
Überschuss	Fr. 543.–

##### 4.2 Der Überschuss ist analog dem angefochtenen Entscheid zu zwei Dritteln der Gesuchstellerin samt Kindern zuzuweisen (vgl. Urk. 37 S. 18).

4.3 Bedarf Gesuchstellerin	Fr. 4'784.–
+ 2/3 Überschuss	Fr. 362.–
- Einkommen	Fr. 2'003.–
Unterhaltsanspruch	Fr. 3'143.–

4.4 Mit einem anrechenbaren Einkommen von Fr. 6'675.– und einem Bedarf von Fr. 3'351.– ist der Gesuchsgegner ohnehin in der Lage, die von der Vorinstanz festgelegten Unterhaltsbeiträge von je Fr. 1'200.– für die Kinder und von Fr. 690.– für die Gesuchstellerin zu bezahlen, ohne dass in sein Existenzminimum eingegriffen wird. Daher kann die Frage, ob der Gesuchsgegner seine vormalige Stelle freiwillig verlassen hat, offen bleiben.

4.5 Reduziert man den unter Ziff. 4.3 errechneten Unterhaltsanspruch von Fr. 3'143.– um den Unterhalt für die Gesuchstellerin von Fr. 690.–, resultieren Fr. 2'453.–. Das sich aus der Dispositionsmaxime ergebende Verbot der reformatio in peius (d.h. der Berufungskläger darf nicht schlechter gestellt werden als gemäss erstinstanzlichem Entscheid und muss im für ihn ungünstigsten Fall einzig mit dessen Bestätigung durch die Berufungsinstanz rechnen) gilt u.a. dann nicht, wenn es sich um Ansprüche handelt, welche der Officialmaxime unterliegen, wie etwa Kinderunterhaltsbeiträge (Reetz, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/ Leuenberger, ZPO Komm., 2. Aufl., Zürich 2013, Vorbemerkungen zu Art. 308-318, N 17). Die Berufungsinstanz ist im Anwendungsbereich der Officialmaxime nicht an die Rechtsmittelanträge der Parteien gebunden bzw. darf von diesen abweichen

(Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 317 N 76). Die geringfügige Abweichung von Fr. 53.– lässt es indes vertretbar erscheinen, den Kinderunterhaltsbeitrag von je Fr. 1'200.– zu belassen.

5. Nach dem Gesagten erweisen sich die Vorbringen in der Berufung als unbegründet und sind die angefochtenen Dispositiv-Ziffern 4 und 5 zu bestätigen.

### III.

1. Der Gesuchsgegner unterliegt mit seiner Berufung, weshalb ihm die Gerichtskosten aufzuerlegen sind. Überdies ist der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.– zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer zu bezahlen (§ 5 Abs. 1, § 6 Abs. 3, § 11 und § 13 der Anw-GebV).

2. Für das zweitinstanzliche Verfahren rechtfertigt sich in Anwendung von § 2 lit. a, c und d sowie § 12 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 und § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 2 lit. b und § 8 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) eine pauschale Entscheidgebühr von Fr. 2'500.–.

3. Prozesskostenvorschuss / unentgeltliche Rechtspflege Gesuchsgegner

3.1 Der Gesuchsgegner beantragt einen Prozesskostenvorschuss (sinngemäss Prozesskostenbeitrag) von Fr. 5'000.–, eventualiter die unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 36 S. 3).

3.2 Gemäss konstanter Praxis der Kammer kann im Eheschutz die angesprochene Partei gestützt auf Art. 159 Abs. 3 ZGB verpflichtet werden, der ansprechenden Partei einen Betrag an ihre finanziellen Aufwendungen für das Verfahren zu bezahlen (ZR 85 Nr. 32). Die Pflicht des Staates zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege geht der Beistandspflicht aus Familienrecht nach (BGE 85 I 4 ff. E. 3; ZR 83 Nr. 21 und ZR 90 Nr. 82). Bei der Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags sind die für die Gewährung des prozessualen Armenrechts entwickelten Grundsätze analog anzuwenden. Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person

Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b).

3.3 Der Gesuchsgegner begründet seine Berufung mit dem Stellenwechsel und der damit verbundenen Lohneinbusse und dem daraus resultierenden höheren Bedarf. Er war indessen im Zeitpunkt der Einreichung der Berufung am 16. Oktober 2014 bereits im Besitz der entsprechenden Reglemente (der Arbeitsvertrag datiert vom 25. Juni 2014) und wusste daher sehr wohl, dass er Pickettdienst leisten muss, dass ihm weiterhin ein Firmenfahrzeug für private Zwecke zur Verfügung steht und die Arbeitgeberin auch die Kosten für die Garage übernimmt. Zudem muss ihm bekannt gewesen sein, dass er gemäss Spesenreglement Anspruch auf eine Essensentschädigung hat, auch wenn in der Lohnabrechnung September 2014 keine solche enthalten war. Vor diesem Hintergrund erweist sich die Berufung als aussichtslos im Sinne der Rechtsprechung. Damit fehlt es auch an den Voraussetzungen für einen Prozesskostenvorschuss bzw. Prozesskostenbeitrag. Das eventualiter gestellte Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist desgleichen abzuweisen.

#### 4. Prozesskostenvorschuss / unentgeltliche Rechtspflege Gesuchstellerin

4.1 Die Gesuchstellerin beantragt ebenfalls einen Prozesskostenvorschuss (sinngemäss Prozesskostenbeitrag), eventualiter die unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 42 S. 2).

4.2 Die Gesuchstellerin macht geltend, dass sie über ein monatliches Einkommen von Fr. 2'003.– verfüge und einen Bedarf von Fr. 5'840.80 habe (Urk. 42 S. 12). Die Vorinstanz hat die Gesuchstellerin (bei einem minimalen Freibetrag von Fr. 309.–) als mittellos eingeschätzt (Urk. 37 S. 23), wovon auch im Berufungsverfahren auszugehen ist. Der Prozessstandpunkt war insgesamt nicht aussichtslos und die Gesuchstellerin auf anwaltlichen Rechtsbeistand angewiesen. Da der Gesuchsgegner ebenfalls nicht als leistungsfähig gilt, zumal diesbezüglich auch die Steuern zu berücksichtigen sind, ist das Begehren um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags abzuweisen, der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege dagegen ausgewiesen. Aufgrund der Kostenverteilung im Berufungsverfahren

ist das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung allerdings gegenstandslos geworden. Dagegen ist Rechtsanwältin MLaw Y.\_\_\_\_\_ antragsgemäss als unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

4.3 Nach Art. 122 Abs. 2 ZPO wird die unentgeltliche Rechtsbeiständin oder der unentgeltliche Rechtsbeistand vom Kanton angemessen entschädigt, wenn die unentgeltlich prozessführende Partei obsiegt und die Parteientschädigung bei der Gegenpartei nicht oder voraussichtlich nicht einbringlich ist. Mit der Zahlung geht der Anspruch auf den Kanton über. Die Mittellosigkeit des Gesuchsgegners ist, wie erwähnt, zu bejahen. Folglich ist in Anwendung der genannten Bestimmung die Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin direkt aus der Gerichtskasse mit Fr. 2'000.– zuzüglich Fr. 160.– Mehrwertsteuer zu entschädigen. Der Anspruch auf diese unerhältliche Parteientschädigung, welche in derselben Höhe festzusetzen ist, geht auf die Gerichtskasse über, was festzustellen ist.

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

1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositiv-Ziffern 1 bis 3 und 6 bis 10 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 24. März 2014 in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Das Begehren des Gesuchsgegners um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses (bzw. Prozesskostenbeitrags), eventualiter Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
3. Das Begehren der Gesuchstellerin um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses (bzw. Prozesskostenbeitrags) für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
4. Das Gesuch der Gesuchstellerin um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung für das Berufungsverfahren wird abgeschrieben. Der Gesuchstellerin wird für das Berufungsverfahren Rechtsanwältin MLaw Y.\_\_\_\_\_ als unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.

5. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen und Dispositiv-Ziffern 4 und 5 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 24. März 2014 werden bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'500.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsgegner auferlegt.
4. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'160.– zu bezahlen. Diese Entschädigung wird der Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin, Rechtsanwältin M<sup>Law</sup> Y.\_\_\_\_\_, direkt aus der Gerichtskasse ausgerichtet. Der Anspruch auf die unerhältliche Parteientschädigung geht im Umfang von Fr. 2'160.– auf die Gerichtskasse über.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, das Migrationsamt des Kantons Zürich, das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Horgen sowie an die Kasse des Obergerichts des Kantons Zürich, 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 übersteigt Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 29. Januar 2015

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Notz

versandt am:  
se