

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE140069-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichterin Dr. D. Scherrer sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. E. Iseli

Beschluss und Urteil vom 26. Januar 2015

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____,

betreffend **Eheschutz**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 20. Oktober 2014 (EE130119-F)

Rechtsbegehren:

der Gesuchstellerin (Urk. 21):

- "1. Die Gesuchstellerin sei gemäss Art. 175 ZGB zum Getrenntleben berechtigt zu erklären und es sei davon Vormerk zu nehmen, dass die Parteien seit 15. Februar 2014 getrennt leben.
2. Das [recte: Die] Kinder C._____, geb. tt.mm.1998 und D._____, geb. tt.mm.2000 seien für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Gesuchstellerin zu stellen.
3. Der Gesuchsgegner sei berechtigt zu erklären, die Kinder an jedem zweiten Wochenende auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Über ein weitergehendes Besuchsrecht einigen sich die Parteien aussergerichtlich.
4. Die eheliche Wohnung sei mit Mobiliar und Hausrat der Gesuchstellerin zur alleinigen Benützung zuzuteilen. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin auf erstes Verlangen die Gartenmöbel und den Buddhakopf auszuhändigen.
5. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin für den Unterhalt und die Erziehung der Kinder sowie für sie persönlich angemessene monatliche Unterhaltsbeiträge zu bezahlen, ab 15. Februar 2014, für die Dauer des Getrenntlebens.
6. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin einen Prozesskostenbeitrag von einstweilen Fr. 6'000.– zu bezahlen, eventualiter ist der Gesuchstellerin die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und ihr in der Person der Sprechenden eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu ernennen."

des Gesuchsgegners (Urk. 23):

- "1. Es sei vorzumerken, dass die Parteien seit Mitte Februar 2014 getrennt leben.
2. Es seien die beiden Kinder
 - C._____, geboren tt.mm.1998, und
 - D._____, geboren tt.mm.2000unter der gemeinsamen Obhut der Parteien zu belassen;
und es sei über die weiteren Kinderbelange nach Durchführung der Anhörung der Kinder zu befinden;
jedenfalls sei eine alternierende Wochenendbetreuung (Freitagabend bis Montagmorgen) zu installieren, und es sei eine Betreuungsregelung unter der Woche der freien Vereinbarung der Parteien und der Kinder zu überlassen,
weiter sei die Ferienbetreuung resp. die entsprechende Betreuungsverantwortung den Parteien hälftig zu überlassen.

3. Für den Fall, dass ein Kind oder beide Kinder bei der Mutter wohnen sollten, sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin einen monatlichen Kinderunterhalt von Fr. 400.– pro Kind zuzüglich Kinderzulagen zu bezahlen, unter Anrechnung bereits geleisteter Zahlungen.

Für den Fall, dass ein Kind oder beide Kinder beim Vater wohnen sollten, sei (im Umfang der hälftigen Kinderkosten) von Amtes wegen über die Unterhaltspflicht der Klägerin zu befinden.

4. Im Übrigen sei festzustellen, dass sich die Parteien gegenseitig keine Unterhaltsbeiträge schulden.
5. Darüber hinausgehende Begehren der Klägerin insbesondere auch dasjenige um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses seien allesamt abzuweisen.
6. Es sei auf das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen nicht einzutreten, eventualiter sei es abzuweisen.
7. Die prozessualen Anträge seien allesamt abzuweisen, sofern darauf einzutreten ist.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin."

Urteil des Bezirksgerichtes Horgen vom 20. Oktober 2014:

(Urk. 63)

1. Den Parteien wird das Getrenntleben bewilligt. Es wird vorgemerkt, dass die Parteien seit dem 15. Februar 2014 getrennt leben.
2. Das Kind D._____, geb. tt.mm.2000, wird unter die Obhut der Gesuchstellerin gestellt.
Das Kind C._____, geb. tt.mm.1998, wird unter der gemeinsamen Obhut der Parteien belassen.
3. Die Vereinbarung der Parteien vom 22. bzw. 25. August 2014 wird genehmigt beziehungsweise vorgemerkt. Sie lautet wie folgt:
 - "1. Die Parteien erklären, auf unbestimmte Zeit getrennt zu leben.
Es sei vorzumerken, dass die Parteien bereits seit dem 15. Februar 2014 getrennt leben.
 2. Das Kind D._____, geb. tt.mm.2000, sei für die Dauer des Getrenntlebens unter die alleinige Obhut der Gesuchstellerin zu stellen.
Das Kind C._____, geb. tt.mm.1998, sei für die Dauer des Getrenntlebens unter der gemeinsamen Obhut der Parteien zu belassen.
 3. Der Wohnsitz der Kinder D._____ und C._____ befindet sich bei der Gesuchstellerin.

4. Die Parteien einigen sich über den persönlichen Verkehr und in Absprache mit dem Kind D._____ untereinander. Sollte eine Einigung nicht zustande kommen, gilt folgende Regelung:
Der Gesuchsgegner ist berechtigt, mit dem Kind D._____ die Wochenenden der geraden Wochen von Samstagmorgen bis Sonntagabend, sowie den zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr sowie in geraden Jahren die ganzen Osterfeiertage und in ungeraden Jahren die ganzen Pfingstfeiertage auf eigene Kosten zu verbringen.
 5. Die Parteien einigen sich betreffend der Betreuung von C._____ untereinander und in Absprache mit dem Kind. Sollte eine Einigung nicht zustande kommen, gilt folgende Regelung:
Der Gesuchsgegner betreut C._____ an den Wochenenden der geraden Wochen von Freitagabend bis Montagmorgen, sowie am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr sowie in geraden Jahren über die ganzen Osterfeiertage und in ungeraden Jahren über die ganzen Pfingstfeiertage auf eigene Kosten.
 6. Auf eine Ferienregelung wird aufgrund des Alters der Kinder ausdrücklich verzichtet.
 7. Der Gesuchsgegner verpflichtet sich, der Gesuchstellerin auf erstes Verlangen den Buddhakopf zur alleinigen Benützung herauszugeben.
 8. Die Gesuchstellerin überlässt dem Gesuchsgegner das Gartenset von Royal Garden zur alleinigen Benützung."
4. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für die Kinder D._____ und C._____ einem monatlichen Unterhaltsbeitrag von je Fr. 600.– zuzüglich allfälliger Kinder-/Familienzulage zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf dem ersten eines jeden Monats, rückwirkend ab dem 15. Februar 2014.
 5. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für sich persönlich monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 732.– für die Dauer des Getrenntlebens zu bezahlen, zahlbar im Voraus jeweils auf dem Ersten eines jeden Monats, rückwirkend ab dem 15. Februar 2014, abzüglich der bisher geleisteten Zahlungen.
 6. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 4'400.–.
 7. Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung im Sinne von Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
 8. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
 9. [Mitteilung]
 10. [Berufung]

Berufungsanträge:

des Gesuchsgegners und Berufungsklägers (Urk. 62 S. 2):

- "1. Es sei der Berufungskläger in Abänderung von Disp.-Ziff. 4. des angefochtenen Entscheides zu verpflichten, der Berufungsbeklagten mit Wirkung ab 15. Februar 2014 für die Kinder D. _____ und C. _____ einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von je Fr. 400.– zuzüglich Kinderzulagen zu bezahlen; unter Abzug der bisher erbrachten Unterhaltsleistungen gemäss den nachstehenden Ausführungen.
2. Es sei Disp.-Ziff. 5. des angefochtenen Entscheides aufzuheben. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsbeklagten."

der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (Urk. 67 S. 2):

- "Die Berufung sei abzuweisen.
Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Berufungsklägers"

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind verheiratet und Eltern der Kinder C. _____, geboren am tt.mm.1998, und D. _____, geboren am tt.mm.2000. Mit Eingabe vom 4. Dezember 2013 gelangte die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan: Gesuchstellerin) an das Bezirksgericht Horgen (Urk. 1) und stellte in der Folge eingangs wiedergegebene Rechtsbegehren. Betreffend den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 63 S. 2 ff.). Die Vorinstanz fällte am 20. Oktober 2014 das eingangs wiedergegebene Urteil (Urk. 63).

2. Gegen dieses Urteil erhob der Gesuchsgegner und Berufungskläger (fortan: Gesuchsgegner) am 10. November 2014 innert Frist Berufung, wobei er

die oben angeführten Anträge stellte (Urk. 62 S. 2). Zeitgleich stellte er die Anträge, es sei ihm für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen, und es sei ihm ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen, sowie es sei der Berufung betreffend die rückwirkenden und künftigen, Fr. 400.– je Kind und Monat (zuzüglich Kinderzulagen) übersteigenden, Kinderunterhaltsbeiträge sowie betreffend die rückwirkenden und künftigen Ehegattenunterhaltsbeiträge die aufschiebende Wirkung zu erteilen (Urk. 62 S. 3). Mit Verfügung vom 17. November 2014 wurde der Gesuchstellerin Frist zur Berufungsantwort angesetzt (Urk. 66 Dispositiv-Ziffer 1) sowie Frist angesetzt, um zum Gesuch des Gesuchsgegners um Erteilung der aufschiebenden Wirkung Stellung zu nehmen (Dispositiv-Ziffer 2). Mit Eingabe vom 27. November 2014 erstattete die Gesuchstellerin die Berufungsantwort und die Stellungnahme zur aufschiebenden Wirkung. Zudem stellte sie das Gesuch, es sei ihr für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und ihr in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu ernennen (Urk. 67 S. 2). Mit Verfügung vom 2. Dezember 2014 wurde der Berufung des Gesuchsgegners gegen Dispositiv-Ziffer 5 des angefochtenen Urteils betreffend Ehegattenunterhalt die aufschiebende Wirkung erteilt. Zudem wurde der Berufung des Gesuchsgegners gegen Dispositiv-Ziffer 4 des angefochtenen Urteils die aufschiebende Wirkung im die Kinderunterhaltsbeiträge von je Fr. 400.– pro Monat zuzüglich allfälliger Kinder-/Familienzulage übersteigenden Umfang erteilt (Urk. 70 Dispositiv-Ziffern 1a und 1b) und die Berufungsantwort samt Beilagenverzeichnis und Beilagen der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt (Dispositiv-Ziffer 2). Am 5. Dezember 2014 erstattete der Gesuchsgegner eine Stellungnahme (Urk. 71). Diese wurde der Gegenpartei am 12. Dezember 2014 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 72). Daraufhin erfolgte eine Stellungnahme der Gesuchstellerin (Urk. 73), was der Gegenpartei am 17. Dezember 2014 zur Kenntnisnahme gebracht wurde (Urk. 74).

II.

Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die Dispositiv-Ziffern 1 bis 3 sowie 6

bis 8 des vorinstanzlichen Urteils blieben unangefochten. In diesem Umfang ist das vorinstanzliche Urteil am 14. November 2014 in Rechtskraft erwachsen (vgl. Urk. 58/1+2). Dies ist vorzumerken.

III.

1. Der Gesuchsgegner ist selbständiger Vermögensverwalter. Die Vorinstanz hat wegen der stetigen Reduktion seines Einkommens zur Ermittlung desselben nicht auf den Durchschnitt von drei Jahren abgestellt, sondern nur auf das Jahr 2013. Die neuerliche Reduktion im Jahr 2014 infolge Wegfalls des grössten Kunden wurde von der Vorderrichterin nicht berücksichtigt (Urk. 63 S. 22). Sie erwog sodann, der Gesuchsgegner schöpfe seine Arbeitskraft nicht voll aus und hat ihm daher ein zusätzliches Einkommen von Fr. 2'000.– auf Basis einer 50 %-Anstellung als ...-Chauffeur angerechnet. Zuzüglich der Fr. 4'000.– für die Tätigkeit als selbständiger Vermögensverwalter ergebe dies somit ein monatliches Einkommen des Gesuchsgegners von Fr. 6'000.–. Da er sich die unterlassenen Bemühungen selbst zuzuschreiben habe, gewährte ihm die Vorinstanz keine Übergangsfrist zur Aufnahme der Zusatztätigkeit und rechnete ihm das Einkommen von Beginn seiner Unterhaltspflicht weg an (Urk. 63 S. 23 f.).

2. Der Gesuchsgegner rügt, die Vorinstanz habe ihm nicht nur keine Übergangsfrist gewährt, sondern das hypothetische Einkommen sogar rückwirkend angerechnet. Weiter beanstandet der Gesuchsgegner, sein während der Trennung nochmals reduziertes Einkommen sei nicht berücksichtigt worden. Schliesslich habe er bereits Unterhaltsleistungen erbracht, wozu sich aber die Vorinstanz nicht geäussert habe (Urk. 62 S. 4 ff.).

3. (Rückwirkendes) hypothetisches Einkommen

3.1. Aus den bei den Akten liegenden Steuererklärungen der Jahre 2007 bis 2011 geht hervor, dass die Parteien folgende Einkünfte des Gesuchsgegners aus selbständiger Erwerbstätigkeit versteuerten: Fr. 230'137.– (2007, Urk. 22/4/1), Fr. 284'010.– (2008, Urk. 22/4/2), Fr. 171'420.– (2009, Urk. 22/4/3), Fr. 109'540.– (2010, Urk. 22/4/4) und Fr. 108'685.– (2011; Urk. 22/4/5). Im Jahr

2012 versteuerten sie Fr. 60'515.– (Urk. 8/1). Für das Jahr 2013 befindet sich keine Steuererklärung bei den Akten. Die Betriebsrechnung des Gesuchsgegners für das Jahr 2013 vom 12. März 2014 weist nur noch einen Gewinn von Fr. 49'287.60 aus (Urk. 20). Damit ist zwar ersichtlich und glaubhaft, dass der Gewinn des Gesuchsgegners seit dem Jahr 2008 und damit schon lange vor der Trennung der Parteien kontinuierlich und erheblich sank. Wie die Vorinstanz zu Recht ausführte, zeigt der Gesuchsgegner bezüglich der Entwicklung seines Einkommens aber eine erstaunlich resignative Haltung (Urk. 63 S. 22 f.). Es finden sich keinerlei Urkunden bei den Akten, dass er sich um neue Kunden bemüht oder sich um eine Zusatztätigkeit beworben hätte. In Anbetracht dieses Umstandes stellt sich die Frage, ob der Gesuchsgegner genügende Suchbemühungen für ein zusätzliches Erwerbseinkommen unternommen hat. Es entsteht der Eindruck, dass er sein Potential nicht vollständig ausschöpft (vgl. insbesondere Prot. I S. 40). Deshalb ist zu prüfen, ob ihm ein hypothetisches Einkommen anzurechnen ist (auf die Ermittlung seines Einkommens aus selbständiger Vermögensverwaltertätigkeit wird unter E. 4 zurückzukommen sein).

3.2.1. Ein hypothetisches Einkommen ist nach der Rechtsprechung einzusetzen, wenn die betreffende Prozesspartei bei gutem Willen und zumutbarer Anstrengung ein solches Einkommen erzielen kann (BGE 137 III 118 E. 2.3; 128 III 4 E. 4a; 127 III 136 E. 2a). Gemäss Rechtsprechung werden hohe Anforderungen an die Ausnützung der Erwerbskraft gestellt, wenn es um Kinderunterhalt geht und wie im vorliegenden Fall wirtschaftlich enge Verhältnisse vorliegen (BGE 137 III 118 E. 3.1). Bei der Festsetzung des hypothetischen Einkommens ist zwischen Rechts- und Tatfrage zu unterscheiden. Rechtsfrage ist, welche Tätigkeit aufzunehmen als zumutbar erscheint (Vermögensverwalter, kaufmännischer Angestellter, ...chauffeur etc.); die entsprechenden Annahmen beruhen auf allgemeiner Lebenserfahrung, was als Rechtsfrage gewürdigt wird (BGE 126 III 10 E. 2b). Tatfrage ist, ob die als zumutbar erkannte Tätigkeit möglich (Ausbildung, Arbeitsmarktlage, Alter, Gesundheit etc.) und welches Einkommen dabei effektiv erzielbar ist (Lohnstrukturerhebungen des Bundesamtes für Statistik; Philippe Mülhau-

ser, Das Lohnbuch 2014, Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Zürich; allgemein verbindliche Gesamtarbeitsverträge etc.).

3.2.2. Der Gesuchsgegner ist 54-jährig. Er ist Kaufmann und arbeitet gemäss eigenen Angaben seit rund 14 Jahren als selbständiger Vermögensverwalter (Prot. I S. 22). Aufgrund dieser Ausgangslage ist in rechtlicher Hinsicht – aufgrund allgemeiner Lebenserfahrung – festzuhalten, dass dem Gesuchsgegner eine Tätigkeit als angestellter Vermögensverwalter oder kaufmännischer Mitarbeiter (in der Finanzbranche oder in anderen Branchen) zumutbar ist. Eine Tätigkeit als ...chauffeur käme erst in zweiter Linie in Betracht, ist doch davon auszugehen, dass der Gesuchsgegner als kaufmännischer Angestellter ein höheres Einkommen erzielen kann und scheint er bisher nur in bescheidenem Umfang als Chauffeur gearbeitet zu haben. Weiter macht er glaubhaft geltend, die Tätigkeit als Chauffeur sei aufgrund grosser Konkurrenz nur schwierig ausbaubar (Prot. I S. 24). In tatsächlicher Hinsicht ist eine Tätigkeit im angestammten Beruf des Gesuchsgegners somit eher möglich, weil derzeit die Arbeitsmarktlage grundsätzlich als gut zu bezeichnen ist und der Gesuchsgegner aufgrund seiner Ausbildung und seines Leistungsausweises als langjähriger selbständiger Vermögensverwalter eine entsprechende Stelle finden dürfte. Gesundheitliche Probleme des Gesuchsgegners sind nicht bekannt. Es ist zwar zutreffend, dass er als älterer und entsprechend teurer Mitarbeiter in der Finanzbranche – wo oft auf jüngere Mitarbeiter gesetzt wird – bei der Stellensuche benachteiligt sein dürfte. Andererseits verfügt er als selbständiger Vermögensverwalter über ein einflussreiches Beziehungsnetz (vgl. Prot. I S. 23). Es obliegt ihm damit, diese Beziehungen zu nutzen und sich nicht nur als Vermögensverwalter sondern auch für kaufmännische Stellen in- und ausserhalb der Finanzbranche zu bewerben. Es geht nicht an, dass er sich (längerfristig) lediglich das Einkommen, welches er von den verbliebenen Vermögensverwaltungskunden bezieht, anrechnen lassen will. Da dem Gesuchsgegner nur noch acht Kunden mit einem Vermögensverwaltungswert von rund Fr. 2,5 Mio. verbleiben (Urk. 39 S. 2 in Verbindung mit Urk. 23 S. 6) ist ihm die Aufnahme eines 50 % Pensums auch zeitlich zumutbar. Aufgrund statistischer Erhebungen und da sich der Gesuchsgegner aufgrund seines Alters auch für kaufmännische

Teilzeitstellen wird bewerben müssen, für welche er überqualifiziert ist, dürfte ein Nettolohn für ein 50 % Pensum als Vermögensverwalter oder Kaufmann von ca. Fr. 2'000.– angemessen sein (Lohnbuch 2014, a.a.O., S. 369: Ausführung sich wiederholender Tätigkeiten in der Finanzbranche mit bis zu fünf Dienstjahren Bankenerfahrung: Bruttomonatslohn Fr. 4'512.–).

3.3.1. Es ist grundsätzlich unzulässig, rückwirkend von einem höheren hypothetischen Einkommen des Pflichtigen auszugehen, denn offensichtlich fehlt es an einer realen Möglichkeit der rückwirkenden Einkommenssteigerung. Eine Rückwirkung kann im Einzelfall allenfalls dann statthaft sein, wenn dem Unterhaltsschuldner ein unredliches Verhalten vorgeworfen werden kann oder wenn die geforderte Umstellung in seinen Lebensverhältnissen und das Erfordernis eines vermehrten beruflichen Einsatzes für ihn vorhersehbar gewesen sind (BGer 5P.79/2004 vom 10. Juni 2004, E. 4.3 mit Hinweis auf BGer 5P.388/2003 vom 7. Januar 2004, E. 1.2; für den nahehelichen Unterhalt: BGE 127 III 136 E. 2c).

3.3.2. Dem Gesuchsgegner kann vorliegend kein unredliches Verhalten vorgeworfen werden. Auch kann nicht gesagt werden, die Aufnahme einer Zusatzanstellung sei für ihn vorhersehbar gewesen – beides behauptet auch die Gesuchstellerin nicht (Urk. 67 S. 4 f.). Damit ist dem Gesuchsgegner aber das hypothetische Einkommen entgegen der Vorinstanz nicht rückwirkend anzurechnen. Dem Gesuchsgegner, der aufgrund des Verlustes seines grössten Kunden nun schon ein halbes Jahr weiss, dass er sich um ein Zusatzeinkommen bemühen muss, ist aber nur noch eine kurze Übergangsfrist einzuräumen. Ihm ist daher ab 1. März 2015 ein Einkommen aus Zusatzverdienst von Fr. 2'000.– anzurechnen.

4. Vermindertes Einkommen infolge Wegfalls des grössten Kunden

4.1. Die Vorinstanz stellte zur Ermittlung des Einkommens aus selbständiger Vermögensverwaltungstätigkeit auf den Gewinn des Jahres 2013 von Fr. 49'287.– ab und ermittelte ein monatliches Einkommen von Fr. 4'107.– (Urk. 63 S. 22). Aufgrund des stetig sinkenden Einkommens des Gesuchsgegners ist an dieser Vorgehensweise nichts zu beanstanden. Für die finanzielle Leistungsfähigkeit eines Unterhaltsverpflichteten ist bei unsteten Einkommensverhält-

nissen sowie bei selbständig erwerbstätigen Parteien grundsätzlich auf den Durchschnitt mehrerer Jahre – in der Regel der letzten drei Jahre – abzustellen (Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, N 01.34 und 05.72 mit weiteren Hinweisen). Dabei können auffällige, d.h. besonders gute oder schlechte, Abschlüsse unter Umständen ausser acht gelassen werden. Bei stetig sinkenden oder steigenden Erträgen gilt jedoch der Gewinn bzw. das Einkommen des letzten Jahres als massgebendes Einkommen (ZK-Bräm/Hasenböhler, Art. 163 N 77; BGer 5D_167/2008 vom 13. Januar 2009, E. 2).

4.2. Was die (mögliche) weitere Reduktion dieses Einkommens anbelangt, ist folgendes festzuhalten: Die Fortsetzung der erstinstanzlichen Hauptverhandlung fand am 3. Juli 2014 statt (Prot. I S. 37). Mit Eingabe vom 10. Juli 2014 machte der Gesuchsgegner geltend, in unmittelbarem Anschluss an die Verhandlung erfahren zu haben, dass er seinen grössten Kunden, E._____, verloren habe (Urk. 39 S. 1). Der Gesuchsgegner beteuert, dass diese Koinzidenz zufällig sei (Urk. 51). Wie hoch der Gewinn des Gesuchsgegners im Jahr 2014 war bzw. sein wird, ist jedoch noch offen bzw. Gegenstand von Mutmassungen. Es liegen für das Jahr 2014 weder ein Geschäftsabschluss noch eine Steuererklärung vor. Dass der Gewinn – trotz des Verlusts seines grössten Kunden – für das Jahr 2014 schliesslich höher ausfallen könnte, als dies vom Gesuchsgegner dargestellt wird, zeigt auch eine E-Mail vom 4. Juli 2014, wonach er gerade dabei sei, für seine Kunden ein Bonuszertifikat aufzusetzen auf Nestlé, Novartis und Roche mit einer Laufzeit von zwei Jahren; E._____ solle ihn wissen lassen, ob er interessiert sei (Urk. 52/2). Damit ist aber noch nicht klar, ob das Einkommen des Gesuchsgegners im Jahr 2014 tatsächlich tiefer liegt und ob er den Wegfall von E._____ anderweitig kompensieren konnte. Es ist damit beim Gesuchsgegner in Übereinstimmung mit der Vorinstanz von einem monatlichen Einkommen aus selbständiger Vermögensverwaltungstätigkeit von Fr. 4'000.– auszugehen.

5. Berechnung Unterhaltsbeiträge

5.1. Wie bereits erwähnt ist dem Gesuchsgegner bis am 28. Februar 2015 ein Einkommen von Fr. 4'000.– aus seiner Tätigkeit als selbständiger Vermö-

gensverwalter anzurechnen. Ab dem 1. März 2015 ist von einem Einkommen von Fr. 6'000.– (Einkommen als selbständiger Vermögensverwalter zuzüglich hypothetisches Einkommen als angestellter Vermögensverwalter bzw. kaufmännischer Angestellter) auszugehen (vgl. Urk. 63 S. 22 ff.). Das von der Vorinstanz veranschlagte Einkommen der Gesuchstellerin von Fr. 2'578.– (Urk. 63 S. 24) ist unbestritten und erweist sich als angemessen. Das Gleiche gilt für den Bedarf der Gesuchstellerin und der beiden Kinder von Fr. 6'664.– (Urk. 63 S. 24 f.). Betreffend den Bedarf des Gesuchsgegners von Fr. 4'068.– fordert die Gesuchstellerin, dass wenn von einem tieferen Einkommen ausgegangen werde, dem Gesuchsgegner auch ein tieferer Mietzins als der vorinstanzlich berücksichtigte von Fr. 2'200.– pro Monat anzurechnen sei. Es sei nicht einzusehen, weshalb er für sich eine 5.5-Zimmerwohnung benötige (Urk. 67 S. 6). Analog zur Situation bei der rückwirkenden Anrechnung eines hypothetischen Einkommens kann dem Gesuchsgegner jedoch rückwirkend auch kein tieferer Mietzins angerechnet werden, da es an der realen Möglichkeit der rückwirkenden Ersparnis von Mietzinsen fehlt.

5.2. Die Unterhaltsrechnung präsentiert sich demgemäss wie folgt:

	bis Febr. 2015	ab März 2015
Einkommen Gesuchstellerin:	Fr. 2'578.–	Fr. 2'578.–
Einkommen Gesuchsgegner:	Fr. 4'000.–	Fr. 6'000.–
./.. Bedarf Gesuchstellerin und Kinder	Fr. 6'664.–	Fr. 6'664.–
./.. Bedarf Gesuchsgegner	Fr. 4'068.–	Fr. 4'068.–
Manko	- Fr. 4'154.–	- Fr. 2'154.–

Die Teilung des Mankos (mit der möglichen Folge, dass unter Umständen beide Parteien unterhalb ihres Existenzminimums leben müssten) hat das Bundesgericht in Bezug auf den Schuldner verneint. Ihm ist ein bestimmtes Minimum in jedem Fall und unabhängig davon, wer Ansprecher des Unterhalts ist, zu garantieren (Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, N 02.63; BGE 135 III 66

E. 2 – 10). Da ein Mankofall vorliegt, errechnet sich die Unterhaltspflicht des Gesuchsgegners demgemäss aus der Differenz seines Einkommens und seines Bedarfs. Die obenstehende Berechnung zeigt, dass er bis Ende Februar 2015 nicht zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen verpflichtet werden könnte; ab dem 1. März 2015 vermag er Unterhaltsbeiträge von monatlich Fr. 1'932.– zu bezahlen. Der Gesuchsgegner hat jedoch monatliche Kinderunterhaltsbeiträge von je Fr. 400.– (zuzüglich Kinderzulagen) unter der Prämisse anerkannt, dass bisher erbrachte Unterhaltsleistungen in Abzug gebracht werden und anerkennt im Ergebnis eine (noch offene) Unterhaltspflicht je Kind von Fr. 400.– (zuzüglich Kinderzulagen) ab dem 1. Dezember 2014 (Urk. 62 S. 2 und 11). Es sind – auch in Anbetracht der ebenfalls zu Gunsten des Unterhaltspflichtigen geltenden *Offizialmaxime* – keine Gründe ersichtlich, welche dem Gesuchsgegner eine entsprechende Bezahlung verunmöglichen würden. Der Gesuchsgegner ist deshalb für die Zeit vom 1. Dezember 2014 bis 28. Februar 2015 zu verpflichten, der Gesuchstellerin für die Kinder D._____ und C._____ einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von je Fr. 400.– zuzüglich allfälliger Kinder-/Familienzulage zu bezahlen. Zudem ist er zu verpflichten, ab dem 1. März 2015 je Kind monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 600.– (zuzüglich allfälliger vertraglicher und gesetzlicher Kinder-/Familienzulagen) zu bezahlen. Schliesslich ist der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin für sich persönlich ab dem 1. März 2015 für die weitere Dauer des Getrenntlebens monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 732.– zu bezahlen.

6. Bereits erbrachte Unterhaltsverpflichtungen

6.1. Bei einer rückwirkenden Verpflichtung zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen sind schon tatsächlich erbrachte Unterhaltsleistungen zu berücksichtigen bzw. anzurechnen (ZK-Bräm/Hasenböhler, Art. 163 ZGB N 150; ZR 107 Nr. 60; vgl. BGE 135 II 315, E. 2). Die Berufungsinstanz hat Behauptungen des Klägers zu prüfen, die Unterhaltspflicht bereits (zum Teil) durch Unterhaltszahlungen getilgt zu haben, und darf den Kläger nur zur Leistung solcher Unterhaltsbeiträge verpflichten, welche dieser nach Abzug sämtlicher geltend gemachten, geprüften

und als begründet erkannten daran anrechenbaren Leistungen im Zeitpunkt des vorliegenden Urteils noch schuldet (vgl. ZR 107 Nr. 60).

6.2. Der Gesuchsgegner macht geltend, für die Zeit bis zum 30. November 2014 keine Unterhaltsbeiträge mehr zu schulden, da er (teilweise) für Miete, Krankenkasse, Telefon- und Generalabonnementkosten direkt aufgekommen sei. Diese Positionen seien anrechenbar, was praxisgemäss festzuhalten sei (Urk. 62 S. 10 f.). Da festgestellt wurde, dass der Gesuchsgegner für die Zeit vor dem 30. November 2014 keine Unterhaltsbeiträge schuldet, muss die Anrechenbarkeit von bereits erbrachten Unterhaltsleistungen nicht mehr geprüft werden.

IV.

1.1. Beiden Parteien wurde vor Vorinstanz die unentgeltliche Rechtspflege gewährt (vgl. Urk. 63 Dispositiv-Ziffer 7). Auch für das Berufungsverfahren stellen beide Parteien je ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege. Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO).

1.2. Der Gesuchsgegner macht bezüglich seines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege geltend, es liege offensichtlich und aktenkundig Einkommens- und Vermögensarmut vor, weshalb ihm das vollumfängliche Armenrecht auch für das Berufungsverfahren zu gewähren sei. Es könne auf die bisherigen Ausführungen sowie die Vorbringen vor Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 62 S. 12).

Die finanzielle Situation des Gesuchsgegners hat sich seit der erstinstanzlichen Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht verbessert. Gemäss obigen Erwägungen war seine Berufung auch nicht aussichtslos. Dem Gesuchsgegner ist damit auch für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO ist vorzubehalten.

1.3. Die Gesuchstellerin verweist für ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und betreffend ihre finanzielle Situation auf die vor Vorinstanz gemachten Ausführungen. Sie verfüge über ein monatliches Nettoeinkommen von ca. Fr. 2'300.–, zuzüglich 13. Monatslohn (Urk. 67 S. 8 unter Hinweis auf ihre Lohnabrechnungen Juli bis Oktober 2014, Urk. 69/1). Unterhaltszahlungen habe sie vom Gesuchsgegner mit Ausnahme allenfalls direkt getätigter Zahlungen seit Mitte Februar 2014 noch keine erhalten. Da sie nicht in der Lage sei, ihren Bedarf zu decken, habe sie sich, damit sie überhaupt ihre Miete und die notwendigen Ausgaben habe decken können, bei ihrem Partner verschulden müssen. Dieser habe ihr Darlehen von monatlich Fr. 3'000.– bezahlt. Über Vermögen verfüge sie nicht (Urk. 67 S. 8 unter Hinweis auf Urk. 69/2).

Aus den eingereichten Unterlagen geht hervor, dass sich die finanzielle Situation der Gesuchstellerin seit der erstinstanzlichen Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht verbessert hat (Urk. 69/1+2). Gemäss obigen Erwägungen waren ihre Begehren zudem nicht aussichtslos. Der Gesuchstellerin ist damit auch für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO ist vorzubehalten.

2. Die Höhe der Gerichtsgebühr richtet sich für das Berufungsverfahren nach § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit §§ 2, 5 Abs. 1, 6 Abs. 2 lit. b der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG). Unter Berücksichtigung des tatsächlichen Streitinteresses, des Zeitaufwands des Gerichts und der Schwierigkeit des Falles erscheint eine Gerichtsgebühr von Fr. 3'000.– angemessen. Sind Kinderbelange strittig, werden die Kosten des Verfahrens gemäss obergerichtlicher Praxis – unabhängig vom Ausgang – den Parteien grundsätzlich je zur Hälfte auferlegt und die Prozessentschädigungen wettgeschlagen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt der Interessen des Kindes gute Gründe zur Antragstellung hatten. Davon ausgenommen sind die Kinderunterhaltsbeiträge (ZR 84 Nr. 41). Damit sind die Kosten des vorliegenden Verfahrens nach dem Verfahrensausgang zu verteilen (Art. 106 ZPO). Ausgehend

von einer Gültigkeitsdauer der vorliegenden Eheschutzmassnahmen von 24 Monaten ab 15. Februar 2014 unterliegen die Parteien ungefähr gleichmässig. Damit sind die Gerichtsgebühren des Berufungsverfahrens den Parteien je hälftig aufzuerlegen und die Parteienschädigungen wettzuschlagen. Zuzufolge der beiden Parteien gewährten unentgeltlichen Rechtspflege sind die Gerichtsgebühren jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass die Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 20. Oktober 2014 hinsichtlich der Dispositiv-Ziffern 1 bis 3 und 6 bis 8 am 14. November 2014 in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Dem Gesuchsgegner wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung gewährt und es wird ihm in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
3. Der Gesuchstellerin wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung gewährt und es wird ihr in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
4. Schriftliche Mitteilung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für die Kinder D._____ und C._____ einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von je Fr. 400.– zuzüglich allfälliger Kinder-/Familienzulagen zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den ersten eines jeden Monats, erstmals rückwirkend per 1. Dezember 2014 bis 28. Februar 2015.

2. Der Gesuchsgegner wird für die weitere Dauer des Getrenntlebens verpflichtet, der Gesuchstellerin für die Kinder D. _____ und C. _____ einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von je Fr. 600.– zuzüglich allfälliger Kinder-/Familienzulagen zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den ersten eines jeden Monats, erstmals per 1. März 2015.
3. Der Gesuchsgegner wird für die weitere Dauer des Getrenntlebens verpflichtet, der Gesuchstellerin für sich persönlich monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 732.– zu bezahlen, zahlbar im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals ab dem 1. März 2015.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge der ihnen gewährten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.

Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

6. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Horgen, je gegen Empfangsschein.

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

8. 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 Endentscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 90 und 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, 26. Januar 2015

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Iseli

versandt am:
se