

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LE150070-O/U.doc

Mitwirkend: Die Oberrichterinnen Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,  
Dr. M. Schaffitz und Dr. D. Scherrer sowie Gerichtsschreiberin  
lic. iur. M. Reuss Valentini

## **Beschluss und Urteil vom 1. Juni 2016**

in Sachen

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

Gesuchsgegner und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X.\_\_\_\_\_

gegen

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

Gsuchstellerin und Berufungsbeklagte

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

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren  
am Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung, vom 10. September 2015  
(EE150171-L)**

**Rechtsbegehren:**

(Urk. 15 S. 1, 11)

- "1. Es sei festzustellen, dass die Gesuchstellerin gestützt auf Art. 175 ZGB zum Getrenntleben berechtigt ist.
2. Die Kinder C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.11, und D.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.12, seien unter die alleinige Obhut der Gesuchstellerin zu stellen.
3. Es sei ein angemessenes Besuchsrecht des Gesuchsgegners festzusetzen.
- 4.a) Die eheliche Wohnung an der E.\_\_\_\_\_-Str. ..., ... Zürich, sei der Gesuchstellerin samt Hausrat und Mobilier – ausgenommen die persönlichen Effekten des Gesuchsgegners – zur alleinigen Benutzung zuzuweisen und es sei vorzumerken, dass der Gesuchsgegner bereits ausgezogen ist.
- 4.b) Der Gesuchsteller sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin sämtliche zur Wohnung gehörenden Schlüssel (also auch Haustüre, Keller, Briefkasten), die sich noch in seinem Besitz befinden, auszuhändigen.
- 5.a) Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin rückwirkend ab dem 1.5.15 angemessene, nach Vorlage der sachdienlichen Unterlagen des Gesuchsgegners und Erstattung der Klageantwort zu beziffernde, monatliche, monatlich zum Voraus zahlbare Kinderunterhaltsbeiträge zu bezahlen. Die Unterhaltsbeiträge seien – unter Vorbehalt der Neubezifferung – auf monatlich mindestens Fr.1'440.-- (zzgl. Kinderzulagen) festzusetzen, nämlich je Fr. 720.-- (zzgl. Kinderzulagen) an jedes der beiden Kinder.
- 5.b) Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin rückwirkend ab dem 1.5.15 angemessene, nach Vorlage der sachdienlichen Unterlagen des Gesuchsgegners und Erstattung der Klageantwort zu beziffernde, monatliche, monatlich zum Voraus zahlbare, persönliche Unterhaltsbeiträge zu bezahlen.  
Eventualiter sei festzuhalten, dass mangels Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners keine persönlichen Unterhaltsbeiträge festgesetzt werden können.
6. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin einen angemessenen Prozesskostenvorschuss von Fr. 5'000.-- zu bezahlen.
7. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zulasten des Gesuchsgegners."

**Urteil des Einzelgerichts der 4. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich vom**  
**10. September 2015:**  
(Urk. 36 S. 15 ff.)

1. Es wird festgehalten, dass die Parteien seit dem 1. Mai 2015 getrennt leben.
2. Die Obhut für die Kinder C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2011, und D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2012, wird der Gesuchstellerin zugeteilt.
3. Der Gesuchsgegner wird für berechtigt und verpflichtet erklärt, die Betreuungsverantwortung für die Kinder auf eigene Kosten wie folgt zu übernehmen:
  - an jedem zweiten Wochenende von Samstag, 10.00 Uhr, bis Sonntag, 19.00 Uhr;
  - jeweils am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr von 10.00 Uhr bis 19.00 Uhr;
  - in Jahren mit gerader Jahreszahl von Karfreitag, 10.00 Uhr, bis Ostermontag, 19.00 Uhr und in Jahren mit ungerader Jahreszahl an Pfingstsamstag, 10.00 Uhr, bis Pfingstmontag, 19.00 Uhr (das auf diese Feiertagsregelung folgende Wochenende verbringen die Kinder bei der Gesuchstellerin, womit die abwechselnde Wochenendregelung von neuem beginnt);

Ausserdem wird der Gesuchsgegner für berechtigt und verpflichtet erklärt, die Kinder ab Eintritt in den Kindergarten (D.\_\_\_\_\_), beziehungsweise den 2. Kindergarten (C.\_\_\_\_\_) während der Kindergarten- bzw. Schulferien für die Dauer von 2 Wochen pro Jahr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.

Die Ausübung des Ferienbesuchsrechts hat der Gesuchsgegner mindestens drei Monate im Voraus mit der Gesuchstellerin abzusprechen.

Weitergehende oder abweichende Wochenend-, Feiertags- oder Ferienkontakte nach gegenseitiger Absprache bleiben vorbehalten.

4. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für die Dauer des Getrenntlebens monatliche Kinderunterhaltsbeiträge von CHF 1'320.00 (zuzüglich Familien-, Kinder- und Ausbildungszulagen) zu bezahlen, nämlich CHF 660.00 (zuzüglich Familien-, Kinder- und Ausbildungszulagen) für jedes Kind. Die Unterhaltsbeiträge sind im Voraus zahlbar, und zwar jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals rückwirkend auf den 1. Mai 2015.

Dieser Unterhaltsberechnung liegen folgende finanzielle Verhältnisse zugrunde:

- Erwerbseinkommen Ehefrau (inkl. 13. Monatslohn, zuzüglich Familien-, Kinder- und/oder Ausbildungszulagen): CHF 3'962.00 netto;
  - Erwerbseinkommen Ehemann (hypothetisch, zuzüglich Familien-, Kinder- und/oder Ausbildungszulagen): CHF 4'000.00 netto;
  - Bedarf Ehemann: CHF 2'560.00 (ohne laufende Steuern);
  - Bedarf Ehefrau mit den Kindern: CHF 5'130.00 (ohne laufende Steuern).
5. Der Antrag der Gesuchstellerin auf Verpflichtung des Gesuchsgegners zur Bezahlung von Ehegattenunterhaltsbeiträgen wird abgewiesen. Es wird festgehalten, dass mangels Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners einstweilen keine Ehegattenunterhaltsbeiträge festgesetzt werden können.
  6. Die eheliche Wohnung an der E. \_\_\_\_\_-Strasse ..., ... Zürich, wird für die Dauer des Getrenntlebens der Gesuchstellerin und den Kindern zur alleinigen Benützung zugewiesen.
  7. Mobiliar und Hausrat bleiben für die Dauer des Getrenntlebens zur alleinigen Benützung durch die Gesuchstellerin und die Kinder in der ehelichen Wohnung. Der Gesuchsgegner wird für berechtigt erklärt, seine persönlichen Gegenstände aus der Wohnung mitzunehmen.
  8. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin sämtliche, zur Wohnung an der E. \_\_\_\_\_-Strasse ..., ... Zürich, gehörenden Schlüssel (namentlich Hausschlüssel, Kellerschlüssel, Briefkastenschlüssel), die sich in seinem Besitz befinden, herauszugeben.
  9. Der Antrag der Gesuchstellerin auf Verpflichtung des Gesuchsgegners zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses wird abgewiesen.
  10. Die Entscheidegebühr wird festgesetzt auf:  
CHF 2'700.00 ; die weiteren Auslagen betragen:  
CHF 168.75 Dolmetscherkosten.
  11. Die Kosten werden dem Gesuchsgegner auferlegt.
  12. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 4'551.95 zu bezahlen (inkl. 8% Mehrwertsteuer). Insofern die unentgeltliche Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin aus der Gerichtskasse angemessen entschädigt wird, geht der Anspruch auf Parteientschädigung auf die Staatskasse über (Art. 122 Abs. 2 ZPO).
  13. [Schriftliche Mitteilung]
  14. [Berufung]"

### **Berufungsanträge:**

des Gesuchsgegners und Berufungsklägers (Urk. 35 S. 2):

"Es sei die Ziff. 4 des Urteils abzuändern und festzuhalten, dass kein Unterhalt geschuldet ist.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 8 % MwSt) zu Lasten der Berufungsbeklagten."

der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (Urk. 44 S. 1):

- "1. Die Berufung sei abzuweisen und Ziff. 4 des Urteils BGZ, 4. Abt., vom 10.9.15, EE150171-L sei zu bestätigen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Berufungsklägers."

### **Erwägungen:**

#### **A. Sachverhalt/Prozessgeschichte**

1. Die Parteien sind verheiratet und Eltern von zwei Kindern, C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2011, und D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2012. Nachdem die Parteien bereits getrennt waren (EE130258), nahmen sie seit zirka Mitte Februar 2015 das Zusammenleben wieder auf. Seit dem 1. Mai 2015 leben sie nunmehr wieder getrennt (Urk. 36 S. 6).

2. Mit Eingabe vom 8. Juni 2015 machte die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchstellerin) beim Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung, Einzelgericht, ein Eheschutzbegehren rechtshängig (Urk. 1). Am 24. August 2015 fand die vorinstanzliche Eheschutzverhandlung statt, zu welcher der Gesuchsgegner und Berufungskläger (fortan Gesuchsgegner) unentschuldigt nicht erschien (Prot. I S. 3). Am 10. September 2015 erging das unbegründete Urteil, das beiden Parteien zugestellt werden konnte (Urk. 22 und 23). Am 18. September 2015 überbrachte

der Gesuchsgegner der Vorinstanz persönlich eine "Einsprache gegen das Urteil vom 10. September 2015" (Urk. 24), welche als Begehren um Begründung des Entscheides entgegen genommen wurde (Urk. 25).

**3.** Das begründete Urteil vom 10. September 2015 (Urk. 26) wurde dem mit Vollmacht vom 17. September 2015 neu mandatierten Rechtsvertreter des Gesuchsgegners (vgl. Urk. 24A) am 13. November 2015 zugestellt (Urk. 33). Mit Eingabe vom 23. November 2015 liess der nunmehr anwaltlich vertretene Gesuchsgegner (vgl. Urk. 39) dagegen rechtzeitig Berufung mit den eingangs zitierten Anträgen erheben (Urk. 35). Zudem liess er um rückwirkende Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab 17. September 2015 nachsuchen (Urk. 35 S. 2). Mittels Schreiben vom 27. November 2015 wurde der Gesuchstellerin vom Eingang der Berufung Mitteilung erstattet (Urk. 40). Mit Zuschrift vom 8. Dezember 2015 ersuchte die Gesuchstellerin um Bestätigung der Vollstreckbarkeit des angefochtenen Urteils vom 10. September 2015 und stellte ihrerseits ein Armenrechtsgesuch (Urk. 41). Mittels Schreiben vom 10. Dezember 2015 wurde der Gesuchstellerin die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Urteils bestätigt, unter Hinweis, dass die angefochtene Dispositivziffer 4 (Kinderunterhaltsbeiträge) jedoch nicht rechtskräftig sei (Urk. 42). Mit Verfügung vom 11. Januar 2016 wurde der Gesuchstellerin sodann Frist zur Erstattung der Berufungsantwort anberaumt (Urk. 43). Fristwährend liess die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 22. Januar 2016 die Berufung mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen beantworten (Urk. 44). Mit Verfügung vom 27. Januar 2016 wurde dem Gesuchsgegner Frist angesetzt, um zu den neuen Vorbringen und Unterlagen der Berufungsantwort Stellung zu nehmen (Urk. 47). Mittels Zuschrift vom 8. Februar 2016 liess der Gesuchsgegner rechtzeitig um Erstreckung dieser Frist nachsuchen (Urk. 48). Mittels Verfügung vom 9. Februar 2016 wurde dem Gesuchsgegner die Frist letztmals bis am 18. Februar 2016 erstreckt (Urk. 49). Mit Eingabe vom 18. Februar 2016 bezog der Gesuchsgegner fristgerecht Stellung und brachte seinerseits neue Vorbringen und Beilagen bei (Urk. 51; Urk. 52/1). Mit Verfügung vom 22. Februar 2016 wurde wiederum der Gesuchstellerin Frist anberaumt, um sich zu diesen neuen Vorbringen und Beilagen zu äussern (Urk. 53). Unterm 9. März 2016 liess sich die Gesuchstellerin fristwährend vernehmen (Urk. 53 und Urk. 54). Diese

Eingabe samt Beilagen (Urk. 56/1, 2) wurde dem Gesuchsgegner mit Stempelverfügung vom 5. April 2016 zur Kenntnis gebracht (Urk. 54 S. 1; Urk. 56/1, 2; Prot. II S. 6).

## **B. Prozessuales**

1. a) Der Gesuchsgegner rügt mit seiner Berufung, er habe die Vorladung zur erstinstanzlichen Verhandlung vom 24. August 2015 nicht erhalten und daher keine Kenntnis von dieser Verhandlung gehabt. Die Publikation im Amtsblatt habe er insbesondere mangels genügender Deutschkenntnisse nicht gelesen. Zudem habe ihm auch die Gesuchstellerin den Termin mutmasslich verschwiegen. Der Sachverhalt sei daher teilweise unrichtig festgestellt worden, was durch die Berufung korrigiert werden solle (Urk. 35 S. 6). Im Rahmen seiner späteren Stellungnahme bringt er weiter vor, er habe darauf vertraut, dass die Gesuchstellerin dem Gericht mit Blick auf die zwischenzeitliche Wiederaufnahme des Zusammenlebens im Sommer 2015 ein Rückzugsschreiben zukommen lassen würde, wie er dies dem Gericht am 24. Juni 2015 auch in Aussicht gestellt habe. Ab diesem Zeitpunkt habe er nicht mehr mit einer Eheschutzverhandlung rechnen müssen (Urk. 51 S. 2).

b) Die Vorinstanz telefonierte am 24. Juni 2015 mit dem Gesuchsgegner. Dieser gab an, dass er mit seiner Frau das Zusammenleben noch einmal versuchen werde und sie in den nächsten Tagen dem Gericht ein schriftliches Rückzugsschreiben zustellen würden. Er sei wieder an der E.\_\_\_\_-Str. ..., ... Zürich, gemeldet (Urk. 4). Am 26. Juni 2015 liess die Gesuchstellerin der Vorinstanz mitteilen, dass sie das Eheschutzbegehren nicht zurückziehen werde und um schnellstmögliche Vorladung bitte (Urk. 54). Daraufhin wurden die Parteien zur mündlichen Verhandlung auf den 24. August 2015 vorgeladen, beide an die Adresse E.\_\_\_\_-Str. ..., ... Zürich (Urk. 6). Der Gesuchsgegner holte die Vorladung jedoch nicht ab (Urk. 8). Zusätzlich wurde die Vorladung mit Publikation im Amtsblatt vom 24. Juli 2015 öffentlich bekannt gemacht (Urk. 13), nachdem eine Rückfrage beim Personenmeldeamt der Stadt Zürich ergeben hatte, dass sich der Gesuchsgegner per 8. April 2015 von der E.\_\_\_\_-Str. ... abgemeldet hatte und nach unbekannt verzogen war (Urk. 12). Am 18. August 2015 wurde die Vorla-

dung überdies an die von der Gegenseite tags zuvor bekannt gegebene angebliche neue Adresse des Gesuchsgegners, c/o F.\_\_\_\_\_, G.\_\_\_\_\_-Str. ..., ... Zürich (vgl. Urk. 14), gesandt, dort aber auch nicht abgeholt (Urk. 17). An die Verhandlung vom 24. August 2015 erschien der Gesuchsgegner unentschuldigt nicht (Prot. I S. 3).

c) Die Vorladung gilt als am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch zugestellt, sofern der Adressat mit einer Zustellung hatte rechnen müssen (sog. Zustellungsfiktion [Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO]). Dies ist bei einem hängigen Verfahren zu bejahen (vgl. dazu: *OGer ZH RT130029 vom 24.04.2013, E. 3.3*).

Fest steht, und wird vom Gesuchsgegner nunmehr auch eingestanden, dass er wusste, dass ein Eheschutzverfahren am Laufen war (Urk. 51 S. 1; Urk. 4 [Telefonat der Vorinstanz mit dem Gesuchsgegner vom 24. Juni 2015]; Urk. 36 S. 3). Unabhängig davon, ob die Parteien im Sommer 2015 zwischenzeitlich tatsächlich wieder für kurze Zeit zusammenlebten, durfte der Gesuchsgegner nicht einfach darauf vertrauen, dass die Gesuchstellerin dem Gericht ein Rückzugsschreiben würde zukommen lassen (Urk. 51 S. 2) und damit das Verfahren erledigt wäre. Bei dieser Behauptung, welche bereits im Rahmen der Berufungsbegründung (Urk. 35 S. 6) hätte vorgebracht werden können und müssen, handelt es sich im Übrigen um ein unzulässiges Novum (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Nicht zuletzt aufgrund seiner bisherigen Erfahrungen in Eheschutzbelangen musste der Gesuchsgegner jedenfalls mit (weiteren) gerichtlichen Zustellungen rechnen (vgl. Prozess-Nrn. EE130227, EE130258 und EE15052). So wurde insbesondere das vom Gesuchsgegner mit Gesuch vom 23. Februar 2015 angestrebte Eheschutzverfahren Prozess-Nr. EE150052 mit Nichteintretensverfügung der Vorinstanz vom 24. März 2015 erledigt, weil die Parteien das Zusammenleben wieder aufgenommen hatten. Diesbezüglich wurden die Parteien mit Brief vom 23. März 2015 durch die Vorderrichterin eingehend informiert (vgl. EE150052: Urk. 9/1 und Urk. 11). Die Vorderrichterin ging vorliegend daher - insbesondere zufolge der öffentlichen Vorladung im Amtsblatt - zurecht von einer fiktiven Zustellung der Vorladung für die Verhandlung vom 24. August 2015 und damit einer gehörigen Vorladung aus und fällte in der Folge entsprechend ein zulässiges Säumnisurteil. Ausserdem wurde

die Vorladung ergänzend am 18. August 2015 an die neue Adresse des Gesuchsgegners (c/o F.\_\_\_\_\_, G.\_\_\_\_\_-Str. ..., ... Zürich) geschickt (wo er im Übrigen das angefochtene Urteil empfang, vgl. Urk. 23), allerdings auch dort nicht abgeholt (Urk. 17). Weil der Gesuchsgegner vom hängigen Eheschutzverfahren Kenntnis hatte und mit gerichtlichen Zustellungen rechnen musste, war er auch gehalten, dem Gericht Adressänderungen während des Verfahrens sofort mitzuteilen. Ansonsten sind Zustellungen an die letztbekannte Adresse rechtswirksam (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO; vgl. auch Urk. 6 S. 3 Ziffer 7 [Hinweis in der Vorladung]). Der Gesuchsgegner wurde am 18. August 2015 zusätzlich noch an seine neue Adresse vorgeladen (Urk. 17). Mit Blick auf das summarische Eheschutzverfahren erfolgte auch der Versand dieser Vorladung rechtzeitig (vgl. Jenny/Jenny, OFK-ZPO, ZPO 134 N 1). Dass die Gesuchstellerin dem Gesuchsgegner den Termin der Verhandlung absichtlich verschwiegen haben soll, wird im Übrigen durch keinerlei objektiven Hinweise gestützt. Vor dem Hintergrund des Gesagten erscheint solches im Gegenteil unwahrscheinlich.

**2.** Angefochten sind einzig die Kinderunterhaltsbeiträge (Urk. 36 S. 16, Dispositivziffer 4). In den übrigen Punkten, nämlich betreffend die Dispositivziffern 1 bis 3 und 5 bis 12 ist der vorinstanzliche Eheschutzentscheid vom 10. September 2015 in Rechtskraft erwachsen, was vorzumerken ist.

**3.** Zur summarischen Natur des vorliegenden Eheschutzverfahrens sowie betreffend die in Kinderbelangen herrschende uneingeschränkte Untersuchungsmaxime und die Officialmaxime (Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO) hat sich bereits die Erstrichterin zutreffend geäußert (vgl. Urk. 36 S. 4 f.). Es kann vollumfänglich darauf verwiesen werden.

**4.** Weil die erste Instanz zurecht ein Säumnisurteil gestützt auf die Akten und die Vorbringen der anwesenden Gesuchstellerin fällte (vgl. Art. 234 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 219 und Art. 272 ZPO), ist der Gesuchsgegner im Berufungsverfahren mit seinen (erstmaligen) Vorbringen nur insoweit zu hören, als es sich dabei um echte Noven im Sinne von Art. 317 Abs. 1 lit. a und b ZPO handelt, d.h. Tatsachen und Beweismittel, welche ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz hätten vorgebracht werden kön-

nen. Dies gilt insbesondere auch bei Kinderbelangen (vgl. BGE 138 III 626 f. E. 2.2). Unechte Noven, die bei zumutbarer Sorgfalt bereits vor erster Instanz hätten geltend gemacht werden können, können einzig dann berücksichtigt werden, wenn gerügt wird, die Vorinstanz habe eine bestimmte Tatsache in Verletzung der Untersuchungsmaxime nicht beachtet (vgl. *OGer ZH LE140057 vom 20.01.2015, E. 4.4*).

### **C. Unterhaltsbeiträge**

#### **1. a) Einkommen der Gesuchstellerin**

Bei der Gesuchstellerin, welche im Vollzeitpensum als Büroassistentin bei der H.\_\_\_\_\_ in ... arbeitet, ging die Vorinstanz von einem Einkommen von rund Fr. 3'962.- netto, zuzüglich Fr. 536.- Kinderzulagen aus (Urk. 36 S. 10, 12; Urk. 16/3, 4a+b). Dies blieb im Berufungsverfahren unangefochten (Urk. 35 S. 7 unten; Urk. 44 S. 5-8). Allerdings liess die Gesuchstellerin im Rahmen ihres Armenrechtsgesuchs ausführen, dass ihr monatliches Nettoeinkommen ab 1. Dezember 2015 Fr. 4'526.- inklusive Fr. 536.- Kinderzulagen, zuzüglich 13. Monatslohn, abzüglich Fr. 307.- Solidaritätsbeitrag und Personalfonds betrage. Es sei indessen fraglich, ob sie mit Blick auf die Betreuung der beiden Töchter weiterhin 100 % werde arbeiten können (Urk. 44 S. 9).

In Anwendung der Untersuchungsmaxime und weil im Eheschutz grundsätzlich auf die aktuellen Verhältnisse abzustellen ist, wäre der Gesuchstellerin ab Dezember 2015 somit ein Nettoeinkommen von rund Fr. 3'990.-, zuzüglich Fr. 536.- Kinderzulagen anzurechnen (vgl. Urk. 46/4a-c). Praktikabilitätshalber rechtfertigt es sich jedoch, für die ganze Zeitdauer des Eheschutzentscheides von einem durchschnittlichen Einkommen der Gesuchstellerin von Fr. 3'976.- auszugehen.

#### **b) Einkommen des Gesuchsgegners**

Die Vorinstanz erwog, der Gesuchsgegner sei Bodenleger. Im Jahr 2013 habe er im Vollzeitpensum bei der Firma I.\_\_\_\_\_ in Zürich gearbeitet und monatlich Fr. 4'300.- brutto verdient. Diese Stelle sei ihm indes gekündigt worden. Welche Arbeitsstellen er seither innegehabt habe, sei nicht bekannt. Jedenfalls habe er

nach seinem Unfall am 26. Mai 2015 bis Ende Juli 2015 Suva-Taggelder in der Höhe von rund Fr. 3'255.-, unter Abzug der Quellensteuer von Fr. 112.50, bezogen. Ausgehend davon, dass die Unfalltaggelder der Suva 80 % des letzten Lohnes betragen würden, habe sich der letzte Lohn des Gesuchsgegners somit auf rund Fr. 4'210.- netto - abzüglich Quellensteuer - belaufen. Per 1. August 2015 habe die Suva ihre Leistungen eingestellt, weil keine Unfallfolgen mehr vorhanden seien. Mithin sei der Gesuchsgegner wieder uneingeschränkt erwerbsfähig und sollte in der Lage sein, ein monatliches Einkommen in der Höhe von rund Fr. 4'000.- netto zu erwirtschaften (Urk. 36 S. 10 f.). Dieses Einkommen rechnete die Vorderrichterin dem Gesuchsgegner dann rückwirkend auf den 1. Mai 2015 an (Urk. 36 S. 12 f.).

Der Gesuchsgegner macht im Rahmen seiner Berufung geltend, er sei momentan auf Stellensuche und beziehe monatliche Arbeitslosentaggelder von lediglich Fr. 1'620.- netto. Dabei handle es sich um einen Pauschalansatz, da er zuvor zufolge eines Unfalls von der Beitragspflicht befreit gewesen sei. Seit September 2014 bis Ende August 2015 habe er zufolge eines Unfalls durchgehend Suva-Taggelder bezogen. Aufgrund seines Unfalls und des Folgeschadens werde er in nächster Zeit jedoch nicht in der Lage sein, in seiner angestammten Tätigkeit als Bodenleger zu arbeiten, weshalb er sich auch nach Stellen in anderen Bereichen umsehen müsse. Als "Hilfskraft" werde er dort kaum je ein Einkommen von Fr. 4'000.- verdienen können. Sollte ihm also ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden, dann maximal in der Höhe von Fr. 3'000.- (Urk. 35 S. 4, 6 f.). In seiner späteren Stellungnahme bringt der Gesuchsgegner vor, er habe per 1. Januar 2016 eine Anstellung bei der J.\_\_\_\_\_ GmbH gefunden, wo er monatlich brutto zirka Fr. 4'000.- hätte verdienen sollen. Zuzufolge eines neuerlichen Arbeitsunfalls sei er jedoch seit dem 19. Januar 2016 bis auf weiteres arbeitsunfähig. Die Kündigung unmittelbar nach Ablauf der Sperrfrist sei ihm bereits in Aussicht gestellt worden. Er werde also bis auf weiteres 80 % seines Gehalts als Unfalltaggeld erhalten und anschliessend wieder Arbeitslosentaggelder beziehen müssen (Urk. 51 S. 2 f.).

Die Gesuchstellerin hält daran fest, dass der Gesuchsgegner in der Lage sei, ein Einkommen in der Höhe von rund Fr. 4'000.– netto zu erwirtschaften. Seine Ausführungen hinsichtlich der (andauernden) Arbeitslosigkeit seien unzulässige Noven. Sodann habe er weder Stellensuchbemühungen nachgewiesen noch die behaupteten Unfallfolgen und angeblichen gesundheitlichen Folgeschäden, welche ihm die Ausübung seiner angestammten Tätigkeit als Bodenleger verunmöglichen sollten, belegt. Offenbar habe er mittlerweile denn auch wieder eine Anstellung als Bodenleger gefunden, wo er Fr. 4'500.– (brutto) verdiene (Urk. 44 S. 6). Selbst wenn er diese Stelle verlieren würde, sei davon auszugehen, dass er innert Kürze wieder eine vergleichbare Anstellung mit entsprechendem Einkommen würde antreten können. Durch den eingereichten Suva-Unfallschein sei eine länger andauernde Arbeitsunfähigkeit jedenfalls nicht belegt (Urk. 54 S. 2 ff.).

Aus der aktenkundigen Anmeldebestätigung zur Arbeitsvermittlung vom 2. September 2013 geht hervor, dass der Gesuchsgegner damals Berufserfahrung von eins bis drei Jahren als Hilfsarbeiter, Bodenlegermeister und Verkäufer (je ungelehrt) vorweisen konnte. Weiter war er weniger als ein Jahr als Reinigungsangestellter tätig (Prozess-Nr. EE130258: Urk. 19/1; Urk. 28/2). Bei I.\_\_\_\_\_, verdiente er im Jahr 2013 rund Fr. 4'300.– brutto pro Monat. (Prozess-Nr. EE130258: Urk. 28/1; Prot. S. 13 f.; Urk. 15 S. 7). Gemäss den Abrechnungen der Arbeitslosenkasse von September 2013 bis Dezember 2013 und Januar 2014 betrug der versicherte Verdienst Fr. 4'500.– brutto (Prozess-Nr. EE150052: Urk. 2). Am 26. Mai 2015 erlitt der Gesuchsgegner einen Unfall und bezog Unfalltaggelder der Suva über rund Fr. 3'256.– pro Monat (80 % des Lohns) bis Ende Juli 2015 (Urk. 16/8, 9). Auf 100 % hochgerechnet ergibt dies ein Einkommen von rund Fr. 4'070.– netto. Vor diesem Hintergrund erweist sich das von der Vorinstanz angenommene hypothetische Monatseinkommen von Fr. 4'000.– netto, woran auch die Gesuchstellerin festhält (vgl. Urk. 15 S. 8), als realistisch.

Im Streit liegen Kinderunterhaltsbeiträge ab 1. Mai 2015. Die Behauptung des Gesuchsgegners, wonach er seit September 2014 aufgrund eines Unfalls arbeitsunfähig gewesen sei und bis Ende August 2015 durchgehend Taggelder der Suva bezogen habe (Urk. 35 S. 4 N 11; Urk. 35/4), ist neu und hätte bereits vor Vor-

instanz vorgebracht werden können und müssen (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO). Dass der Gesuchsgegner am 26. Mai 2015 einen Unfall erlitt, geht hingegen bereits aus den vorinstanzlichen Akten hervor (vgl. Urk. 16/9). Praktikabilitätshalber ist dem Gesuchsgegner für den ganzen Monat Mai 2015 noch ein Einkommen von Fr. 4'000.– netto anzurechnen. Betreffend die Monate Juni und Juli 2015 sind ihm indessen die tatsächlich erzielten Unfalltaggelder in der Höhe von je Fr. 3'256.– in Anrechnung zu bringen. Entgegen der Vorinstanz rechtfertigt es sich nicht, dem Gesuchsgegner rückwirkend per Mai 2015 ein hypothetisches Einkommen von Fr. 4'000.– anzurechnen, wenn feststeht, dass er ein solches tatsächlich nicht erzielte und unfallbedingt auch nicht erzielen konnte.

Der Gesuchsgegner ist mit seinen 29 Jahren noch jung und gesund. Unfallbedingte bleibende gesundheitliche Einschränkungen in der Erwerbsfähigkeit wurden weder substantiiert behauptet geschweige denn belegt (vgl. Urk. 35 S. 6 f., wo pauschal von einem "Folgeschaden" die Rede ist). Im Gegenteil hat der Gesuchsgegner trotz des im Mai 2015 erlittenen Unfalls per Januar 2016 offenbar erneut eine unbefristete Vollzeit-Anstellung in seiner angestammten Tätigkeit als (Hilfs-)Bodenleger antreten können (vgl. Urk. 51 S. 2 unten; Urk. 52/1, echtes Novum im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO). Die Anrechnung eines reduzierten hypothetischen Einkommens in der Höhe von bloss Fr. 3'000.– (vgl. Urk. 35 S. 6 f.) ist daher nicht angezeigt.

Dass er seit 1. August 2015 arbeitslos sei (Urk. 35 S. 4), hätte der Gesuchsgegner bereits vor Vorinstanz vorbringen können und müssen (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Im Berufungsverfahren ist er damit nicht mehr zu hören. Sodann verfügt er, wie erwähnt, über Berufserfahrung vorwiegend als Bodenleger und Verkäufer. Diese beiden Berufe sind nach wie vor gefragt (vgl. z.B. Urk. 16/10). Es ist davon auszugehen, dass es ihm bei hinreichenden intensiven Arbeitssuchbemühungen (welche er nicht beibrachte) ohne weiteres möglich gewesen wäre, nahtlos per Ende der Unfalltaggeldberechtigung per August 2015 eine neue Anstellung im angestammten Bereich anzutreten. Entsprechend rechtfertigt es sich, dem Gesuchsgegner ab 1. August 2015 ein (hypothetisches) Einkommen von Fr. 4'000.– netto in Anrechnung zu bringen.

Zwar handelt es sich bei den im Berufungsverfahren neu beigebrachten Abrechnungen der Arbeitslosenkasse vom 28. September 2015, 13. Oktober 2015, 6. November 2015 und 17. November 2015 betreffend die Arbeitslosentaggelder für die Monate September und Oktober 2015, wonach dem Gesuchsgegner lediglich Fr. 747.40 bzw. Fr. 1'644.30 ausbezahlt wurden (Urk. 38/6; Urk. 35 S. 4, 6; es handelt sich dabei offenbar um Pauschalansätze wegen Verlängerung der Beitragszeit zufolge Unfall) um echte Noven, welche sich nach dem vorinstanzlichen Entscheid vom 10. September 2015 ereigneten (vgl. Art 317 Abs. 1 ZPO). Allerdings vermögen diese nichts an der obigen Einschätzung zu ändern, zumal der Gesuchsgegner in keiner Weise glaubhaft zu machen, geschweige denn hinreichend zu belegen vermochte, sich intensiv erfolglos um eine neue Anstellung bemüht zu haben. Vergebliche Arbeitssuchbemühungen sind keine aktenkundig. Dass der Gesuchsgegner arbeitslos war und trotz entsprechenden Bemühungen offenbar nicht nahtlos eine neue Stelle fand, ist im Übrigen noch kein Beweis dafür, dass es ihm tatsächlich nicht möglich gewesen sein sollte, eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen (vgl. dazu auch BGE 137 III 118 E. 3.1). Es liegen Kinderunterhaltsbeiträge im Streit, wobei hier die Anforderungen an die Ausschöpfung der eigenen Erwerbskraft des leistungspflichtigen und leistungsfähigen Gesuchsgegners besonders hoch sind. Es war für den Gesuchsgegner, der sich schon mehrfach von der Gesuchstellerin getrennt hatte, deutlich voraussehbar, dass er im Falle eines erneuten Getrenntlebens für seine beiden noch jungen Töchter Unterhaltsbeiträge würde bezahlen müssen (vgl. Prozess-Nr. EE130258: Urk. 35 [Eheschutzentscheid vom 18. Dezember 2013]), weshalb er sich umgehend intensiv um eine entsprechend entlohnte Arbeitsstelle zu bemühen hatte. Somit bleibt es bei der (ausnahmsweise rückwirkenden) Anrechnung eines hypothetischen Einkommens von Fr. 4'000.– ab 1. August 2015.

Wie erwähnt, konnte der Gesuchsgegner per 1. Januar 2016 bei der J. \_\_\_\_\_ GmbH eine unbefristete Vollzeitanstellung als Hilfsbodenleger antreten. Allerdings erlitt er dort am 19. Januar 2016 bereits einen neuerlichen Arbeitsunfall und ist bis auf weiteres arbeitsunfähig. Zudem sei ihm die Kündigung nach Ablauf der Sperrfrist bereits in Aussicht gestellt worden (Urk. 51 S. 2 f.; Urk. 52/1). Diese neuen Tatsachenbehauptungen sowie einen Unfallschein der Suva brachte der Kläger

im Rahmen seiner Stellungnahme vom 18. Februar 2016 zu Noven in der Berufungsantwort der Gegenseite vor (Urk. 51). Gemäss Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO sind Noven ohne Verzug vorzubringen. Mit seiner Berufungsbegründung vom 23. November 2015 (Urk. 35) vermochte der Gesuchsgegner die fraglichen Umstände noch nicht vorzutragen, weil sie sich erst im Januar 2016 ereigneten. Die ihm gemäss Verfügung vom 27. Januar 2016 anberaumte Frist zur Stellungnahme wurde ihm letztmals bis 18. Februar 2016 erstreckt (Urk. 47, 48 und 49). Vor diesem Hintergrund erfolgten die fraglichen Vorbringen somit noch nicht verspätet (entgegen: Urk. 54 S. 3 unten). Zudem gilt auch im Berufungsverfahren die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime.

Der Gesuchsgegner trägt vor, dass er bei der J.\_\_\_\_\_ GmbH *brutto* ca. Fr. 4'000.– hätte erhalten sollen (Urk. 51 S 3). Obschon es dem anwaltlich vertretenen Gesuchsgegner zuzumuten und möglich gewesen wäre, untermauert er solches durch keinerlei aussagekräftigen Belege. Sollte er vom Arbeitgeber tatsächliche weder einen Arbeitsvertrag noch die Lohnabrechnung Januar 2016 erhalten haben (vgl. Urk. 51 S. 3), hätte er solches eben erhältlich machen müssen. Zudem hätte er Taggeldabrechnungen der Suva beibringen bzw. nachreichen können. Ob er Anspruch auf einen 13. Monatslohn gehabt hätte, was vom Verband empfohlen wird (vgl. Mülhauser, Das Lohnbuch 2015, S. 228), tut der Gesuchsgegner nicht dar. Zudem musste er mit Blick auf den vorinstanzlichen Entscheid, den er am 2. November 2015 erhielt (Urk. 29), damit rechnen, dass er ein Einkommen von Fr. 4'000.– *netto* würde erzielen müssen. Es ist somit nach wie vor von einem Einkommen von Fr. 4'000.– *netto* auszugehen, welches er bei der J.\_\_\_\_\_ GmbH oder an einer anderen Arbeitsstelle, welche er bei entsprechenden Bemühungen jederzeit in Kürze antreten könnte (allenfalls auch im Rahmen eines Temporärarbeitsverhältnisses), würde erzielen können. Bezüglich des weiteren Unfalls vom 19. Januar 2016 wurde eine bleibende Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit, insbesondere im angestammten Beruf, im Übrigen nicht mehr behauptet geschweige denn belegt (Urk. 51 S. 2 f.).

Ausgewiesen ist, dass der Gesuchsgegner seit dem Unfall am 19. Januar 2016 jedenfalls bis 15. Februar 2016 zu 100 % arbeitsunfähig geschrieben war (Urk.

52/1) und wohl entsprechend bloss noch 80 % des Lohnes in Form von Unfalltaggeldern der Suva ausbezahlt erhielt. Weil der anwaltlich vertretene Gesuchsgegner sich indessen mit keinem Wort zur Art/Schwere des erlittenen Unfalls äusserte und keinerlei Anhaltspunkte ersichtlich sind, welche auf eine länger dauernde Arbeitsunfähigkeit schliessen liessen, muss davon ausgegangen werden, dass diese bloss vorübergehender Natur ist. So ändert die Untersuchungsmaxime nichts an der Substantiierungslast der Parteien. Das Sammeln des Prozessstoffes ist in erster Linie Sache der Parteien (vgl. Urk. 36 S. 5 mit Hinweisen). Es rechtfertigt sich daher praktikabilitätshalber, dem Gesuchsgegner lediglich für den Monat Februar 2016 ein reduziertes Einkommen von Fr. 3'200.– netto in Anrechnung zu bringen. Ab März 2016 ist mangels anderer Angaben/Belege wieder von einem (hypothetischen) Einkommen von Fr. 4'000.– netto auszugehen.

Resümiert ist somit von folgenden monatlichen Netto-Einkünften des Gesuchsgegners auszugehen: Fr. 4'000.– im Mai 2015, von August 2015 bis und mit Januar 2016 sowie ab März 2016, Fr. 3'256.– im Juni und Juli 2015 und Fr. 3'200.– im Februar 2016.

## **2. a) Bedarf der Gesuchstellerin**

Die erste Instanz bezifferte den Bedarf der Gesuchstellerin mit den beiden Kindern (ohne Steuern) auf rund Fr. 5'130.– (Urk. 36 S. 11). Dieser wird vom Gesuchsgegner anerkannt (Urk. 35 S. 7 unten).

Die Gesuchstellerin äussert sich im Zusammenhang mit den Unterhaltsbeiträgen zwar nicht zu ihrem Bedarf. Bei ihren Ausführungen zum Armenrechtsgesuch macht sie jedoch bei den Krankenkassenbeiträgen für sich und die beiden Kinder rund Fr. 392.– (per 1. Januar 2016 nach Abzug der individuellen Prämienverbilligung) geltend (Urk. 44 S. 9; Urk. 46/5a, b), während die Vorinstanz noch von Fr. 573.– ausging (Urk. 36 S. 11; Urk. 3/ 4-5; Urk. 1 S. 4). Gestützt auf die bei den Kinderbelangen herrschende Untersuchungsmaxime ist der Bedarf der Gesuchstellerin per 1. Januar 2016 entsprechend auf rund Fr. 4'950.– herabzusetzen.

Praxisgemäss sind vom Bedarf der obhutsinhabenden Gesuchstellerin die Kinderzulagen von Fr. 536.– (vgl. Urk. 46/4a-c) vorweg in Abzug zu bringen (Maier, Die konkrete Berechnung von Unterhaltsansprüchen im Familienrecht, dargestellt anhand der Praxis der Zürcher Gerichte seit Inkrafttreten der neuen ZPO, in: FamPra.ch 2014, S. 302, 330; Urk. 35 S. 7; Urk. 36 S. 12). Somit beläuft sich der Bedarf der Gesuchstellerin auf gerundet Fr. 4'595.– und ab 1. Januar 2016 auf rund Fr. 4'415.–.

**b) Bedarf des Gesuchsgegners**

Den Bedarf des Gesuchsgegners bezifferte die erste Instanz mit rund Fr. 2'560.–, ohne Steuern (Urk. 36 S. 11).

Dabei wurden ihm unter dem Titel Wohnkosten Fr. 489.– (Fr. 459.– Untermiete c/o F.\_\_\_\_\_, G.\_\_\_\_\_-Strasse ..., ... Zürich, + Fr. 30.– geschätzte Nebenkosten) angerechnet (Urk. 36 S. 11 f.; Urk. 16/2). Im Berufungsverfahren macht der Gesuchsgegner geltend, der Untermietvertrag sei ursprünglich bis Ende September 2015 befristet gewesen, jedoch per Ende Dezember 2015 verlängert worden. Er sei auf Wohnungssuche. Als vierfacher Familienvater brauche er mindestens eine Drei-Zimmerwohnung, weshalb ihm ein entsprechender Mietzins von mindestens Fr. 1'200.– pro Monat anzurechnen sei, ebenfalls seien ihm hypothetisch die Kosten für eine Hausratversicherung im Betrag von Fr. 40.– zu veranschlagen (Urk. 35 S. 7).

Die Gesuchstellerin hält entgegen, weil kein neuer Mietvertrag eingereicht worden sei, sei davon auszugehen, dass der Gesuchsgegner bis auf weiteres als Untermieter an der selben Adresse wohne, weshalb auch sein Mietzins unverändert bleibe. Da ein Mankofall gegeben sei, seien nur die effektiven Mietzinsen zu berücksichtigen (Urk. 44 S. 7).

Weil der Kammer keine Adressänderung seitens des Gesuchsgegners mitgeteilt und auch kein neuer Mietvertrag eingereicht wurde (vgl. Urk. 51), ist davon auszugehen, dass er nach wie vor als Untermieter an der angegebenen Adresse wohnhaft ist, weshalb betreffend die Vergangenheit von den tatsächlichen tiefen

Mietkosten in der Höhe von Fr. 489.– (einschliesslich Nebenkosten) auszugehen ist. In Zukunft hat der Gesuchsgegner, der sich bezüglich des Wohnkomforts einschränkt, in Nachachtung des Gleichbehandlungsgebots der Ehegatten jedoch Anspruch auf Berücksichtigung eines angemessenen Mietzinses (vgl. ZR 87 Nr. 114). Die Frage nach der Anrechnung eines hypothetischen Mietzinses ist eine solche rechtlicher Natur und daher von Amtes wegen zu beurteilen (Art. 57 ZPO). Neue rechtliche Vorbringen sind stets zulässig (BGer 4A\_519/2011, E. 2.1). Mit Blick auf die Wohnungsknappheit und die teuren Mieten im Raum Zürich sowie in Anbetracht der Ausübung des Besuchsrechts betreffend alle seine Kinder, rechtfertigt es sich, dem Gesuchsgegner ab Juni 2016 einen hypothetischen Mietzins von Fr. 1'200.– zu veranschlagen. Zudem sind ihm ab diesem Zeitpunkt auch die beantragten Fr. 40.– für die Hausrat-/Haftpflichtversicherung anzurechnen. Solange er in Untermiete lebt, ist ihm aber (entgegen der Vorinstanz, vgl. Urk. 36 S. 11) lediglich der reduzierte Grundbetrag bei Hausgemeinschaft mit einer erwachsenen Person über Fr. 1'100.– in Anrechnung zu bringen, wie er dies selber ausführte (Urk. 35 S. 3).

Für die Krankenkasse berücksichtigte die Erstinstanz beim Gesuchsgegner einen geschätzten Betrag von Fr. 300.– (Urk. 36 S. 11 f.). Dieser wurde zwar nicht belegt (vgl. Urk. 35 S. 3 f.), kann aber als notorisch gelten. Die durch nichts untermauerte Behauptung der Gesuchstellerin, wonach der Gesuchsgegner "seit Monaten" keine Krankenkassenbeiträge bezahle, weshalb ihm entsprechend auch nichts dafür in Anrechnung zu bringen sei (Urk. 44 S. 8), ist neu (Prot. I S. 4 ff.; Urk. 1 und Urk. 15 S. 9, wo die Gesuchstellerin dem Gesuchsgegner selbst Fr. 300.– für die Krankenkasse zugesteht). Solches hätte bereits vor Vorinstanz vorgebracht werden können und müssen (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

Somit beläuft sich der Bedarf des Gesuchsgegners von Mai 2015 bis Ende Mai 2016 auf Fr. 2'460.– und ab 1. Juni 2016 auf Fr. 3'311.–.

### 3. Unterhaltsberechnung

	Mai 15	Juni/Juli 15	Aug-Dez. 15	Januar 16
Einkommen GSin	Fr. 3'976	Fr. 3'976	Fr. 3'976	Fr. 3'976
Einkommen GG	Fr. 4'000	Fr. 3'256	Fr. 4'000	Fr. 4'000
<b>Einkommen total</b>	<b>Fr. 7'976</b>	<b>Fr. 7'232</b>	<b>Fr. 7'976</b>	<b>Fr. 7'976</b>
Bedarf GSin	Fr. 4'595	Fr. 4'595	Fr. 4'595	Fr. 4'415
Bedarf GG	Fr. 2'460	Fr. 2'460	Fr. 2'460	Fr. 2'460
<b>Bedarf total</b>	<b>Fr. 7'055</b>	<b>Fr. 7'055</b>	<b>Fr. 7'055</b>	<b>Fr. 6'875</b>
Freibetrag	Fr. 921	Fr. 177	Fr. 921	Fr. 1'101
70 % FB	Fr. 645	Fr. 124	Fr. 645	Fr. 771

	Februar 16	März-Mai 16	ab Juni 16
Einkommen GSin	Fr. 3'976	Fr. 3'976	Fr. 3'976
Einkommen GG	Fr. 3'200	Fr. 4'000	Fr. 4'000
<b>Einkommen total</b>	<b>Fr. 7'176</b>	<b>Fr. 7'976</b>	<b>Fr. 7'976</b>
Bedarf GSin	Fr. 4'415	Fr. 4'415	Fr. 4'415
Bedarf GG	Fr. 2'460	Fr. 2'460	Fr. 3'311
<b>Bedarf total</b>	<b>Fr. 6'875</b>	<b>Fr. 6'875</b>	<b>Fr. 7'726</b>
Freibetrag	Fr. 301	Fr. 1'101	Fr. 250
70 % FB	Fr. 211	Fr. 771	Fr. 175

Die Vorinstanz wies den resultierenden Freibetrag (von Fr. 800.–) - mit Blick auf die ausserordentliche Leistung und Belastung der Gesuchstellerin, welche als Mutter von zwei Kleinkindern, von denen das jüngere unter erheblichen gesundheitlichen Problemen leidet (vgl. Prot. I S. 5; Urk. 1 S. 4) - der Gesuchstellerin zu 85 % zu (Urk. 36 S. 12). Diese Aufteilung wurde seitens des Gesuchsgegners, der überhaupt keine (Kinder-)Unterhaltsbeiträge bezahlen will (Urk. 35 S. 7 f.), für den Eventualfall zwar nicht angefochten. Allerdings wurden die laufenden Steuern der Parteien im Bedarf nicht berücksichtigt. Sie sind diesbezüglich auf den Freibetrag zu verweisen. Vor diesem Hintergrund drängt sich eine von Amtes wegen vorzunehmende Korrektur in der Freibetragsverteilung auf. Es rechtfertigt sich, den Freibetrag zu 70 % der obhutsinhabenden vollzeiterwerbstätigen Gesuchstellerin, welche in der Tat eine ausserordentliche Leistung erbringt, und zu 30 % dem Gesuchsgegner zuzuweisen.

Somit resultieren folgende Kinderunterhaltsbeiträge (Notbedarf Gesuchstellerin zuzüglich 70 Prozent Freibetragsanteil abzüglich Einkommen Gesuchstellerin):

Mai 2015 sowie August bis Ende Dezember 2015: Fr. 1'264.–,  
Juni/Juli 2015: Fr. 743.–,  
Januar 2016 sowie März bis Ende Mai 2016: Fr. 1'210.–,  
Februar 2016: Fr. 650.–,  
ab Juni 2016: Fr. 614.–.

Aus Gründen der Praktikabilität rechtfertigt es sich, von Mai 2015 bis und mit Mai 2016 von durchschnittlichen monatlichen Kinderunterhaltsbeiträgen von insgesamt rund Fr. 1'120.–, bzw. je Fr. 560.– pro Kind, zuzüglich Kinderzulagen, auszugehen. Ab Juni 2016 sind gesamthaft Kinderunterhaltsbeiträge von gerundet Fr. 610.–, bzw. je Fr. 305.–, zuzüglich Kinderzulagen, geschuldet.

Die Berufung des Gesuchsgegners ist somit teilweise gutzuheissen und die Dispositivziffer 4 des angefochtenen Urteils entsprechend abzuändern. Insbesondere sind auch die in der fraglichen Dispositivziffer 4 deklarierten Eckdaten der Parteien gemäss den obigen Erwägungen anzupassen.

#### **D. Unentgeltliche Rechtspflege**

Im Berufungsverfahren ersuchen beide Parteien um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 35 S. 2 und Urk. 44 S. 2).

Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Wenn dies zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist, besteht darüber hinaus ein Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Die Mittellosigkeit wird gemeinhin dann bejaht, wenn der Aufwand des notwendigen Lebensunterhalts (sog. "zivilprozessualer Notbedarf") das massgebliche Einkommen übersteigt bzw. aus der Differenz nur ein kleiner Überschuss resultiert, welcher es dem Gesuchsteller nicht erlauben würde, die Prozesskosten innert nützlicher Frist zu bezahlen (Emmel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 117 N 12 mit Hinweisen). Bei Feststellung des

Notbedarfs ist sowohl die Einkommens- als auch die Vermögenssituation zu berücksichtigen, und zwar im Zeitpunkt der Gesuchsstellung (Mohs, OFK-ZPO, ZPO 117 N 5 m.w.H.).

Der Gesuchsgegner war seit August 2015 offenbar arbeitslos und erhielt ein reduziertes pauschalisiertes Arbeitslosentaggeld von lediglich Fr. 1'620.– netto ausbezahlt (Urk. 35 S. 4; Urk. 38/5, 6). Zwar fand er per Januar 2016 wieder eine neue Anstellung. Allerdings erlitt er dort, wie erwähnt, am 19. Januar 2016 bereits wieder einen Arbeitsunfall und bezog Suva-Taggelder in der Höhe von höchstens Fr. 3'200.– netto (80 % des Verdienstes; vgl. Urk. 51 S. 2 f.). Davon ist an dieser Stelle auszugehen, weil dem Gesuchsgegner im Rahmen der Armenrechtsprüfung grundsätzlich kein hypothetisches Einkommen angerechnet werden darf. Sodann ist von folgendem zivilprozessualen Notbedarf des Gesuchsgegners auszugehen:

Fr. 1'100.–	Grundbetrag mit erwachsener Person zusammenlebend (Kreis schreiben Ziffer II.1.1)
Fr. 275.–	Zuschlag von 25 % (vgl. Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 117 N 56)
Fr. 489.–	Untermiete (Fr. 459.– + Fr. 30.– Nebenkosten geschätzt, vgl. Urk. 16/2, Urk. 36 S. 11 f., Urk. 35 S. 3)
Fr. 300.–	Krankenkasse (Urk. 36 S. 11 f., geschätzt, Urk. 35 S. 3)
Fr. 100.–	Telefon/Internet (Urk. 36 S. 11 f., notorisch, Urk. 35 S. 4)
Fr. 39.–	Billag-Gebühren (Urk. 36 S. 11 f., notorisch, Urk. 35 S. 4)
Fr. 84.–	Fahrkosten (Urk. 36 S. 11 f., ZVV-Monatsabo zwei Zonen, Urk. 35 S. 3)
Fr. 200.–	auswärtige Verpflegung (Urk. 36 S. 11 f., Urk. 35 S. 3)
Fr. 150.–	voreheliche Unterhaltsverpflichtungen (Urk. 36 S. 11 f., Urk. 35 S. 4)
Fr. 200.–	laufende Steuern (geschätzt)
Fr. 610.–	Kinderunterhaltsbeiträge ab Juni 2016

**Fr. 3'547.– total**

Somit ist die Mittellosigkeit des Gesuchsgegners, welcher auch nicht vermögend ist (vgl. Urk. 38/7), ausgewiesen.

Mit Blick auf ihre Einkünfte (Fr. 3'976.– Einkommen, Fr. 536.– Kinderzulagen und Fr. 610.– Kinderunterhaltsbeiträge ab Juni 2016) und ihren (um die Steuern, den Zuschlag zum Grundbetrag sowie die Schuldentrückzahlungen [vgl. Urk. 44 S. 9 ff.; Urk. 46/8b-d] zu erweiternden) Bedarf von Fr. 4'415.– erscheint auch die Ge-

suchstellerin als bedürftig im Sinne des Gesetzes, zumal auch sie über kein Vermögen verfügt (vgl. Urk. 46/8g), sondern vielmehr verschuldet ist.

Zudem haben sich beide Prozesstandpunkte nicht als aussichtslos erwiesen und die nicht rechtskundigen Parteien waren auf anwaltlichen Beistand angewiesen.

Zusammengefasst ist somit im Berufungsverfahren beiden Parteien die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und es ist der Gesuchstellerin Rechtsanwältin lic. iur. Y.\_\_\_\_\_ und dem Gesuchsgegner Rechtsanwalt MLaw X.\_\_\_\_\_ je als unentgeltliche Rechtsvertretung zu bestellen. Antragsgemäss ist dem Gesuchsgegner die unentgeltliche Rechtsvertretung rückwirkend per 17. September 2015 (Zeitpunkt Mandatierung, vgl. Urk. 39) zu gewähren (vgl. § 6 Abs. 2 AnwGebV, wonach die vorprozessualen Bemühungen angemessen berücksichtigt werden).

#### **E. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens der Gesuchstellerin zu einem Drittel und dem Gesuchsgegner zu zwei Dritteln aufzuerlegen.

Entsprechend ist der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren eine auf einen Drittel reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen. Die volle Parteientschädigung ist dabei auf Fr. 2'700.– festzulegen, zumal einzig die Kinderunterhaltsbeiträge im Streit lagen und sich die Verhältnisse einfach präsentierten (vgl. § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 bis 3, § 11 Abs. 1 bis 3, § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Die unentgeltliche Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin, welche ein Honorar von Fr. 3'260.– (zuzüglich Barauslagen und Mehrwertsteuer) geltend macht (vgl. Urk. 54 S. 4; Urk. 56/2), ist darauf hinzuweisen, dass der notwendige Zeitaufwand nur *ein* Kriterium für die Bemessung der Parteientschädigung darstellt (vgl. § 2 Abs. 1 AnwGebV). Zudem werden unentgeltliche Rechtsvertreter praxismässig mit einem Stundenansatz von Fr. 220.– (und nicht wie verlangt von Fr. 240.–, vgl. Urk. 54 S. 4) entschädigt (vgl. § 3 AnwGebV).

Lediglich am Rand ist zu erwähnen, dass angesichts des vorliegend geltend gemachten Stundenaufwands von 13.58 Stunden (Urk. 56/2) bei einer minimalen Entschädigung von Fr. 180.– pro Stunde (vgl. BGE 141 I 124 E. 3.2) ein Honorar

von rund Fr. 2'444.– resultieren würde. Mit Blick auf die vorliegende volle Parteientschädigung von Fr. 2'700.– braucht somit die Notwendigkeit der Aufwandpositionen nicht im Detail näher geprüft zu werden (vgl. BGer 5A\_157/2015).

Zusätzlich zu vergüten sind die Barauslagen, nämlich Spesen von Fr. 83.85 sowie Fr. 125.– für Kopien (250 x Fr. 0.50; Urk. 56/2; § 1 Abs. 2 und § 22 Abs. 1 Anw-GebV). Überdies ist ein Mehrwertsteuerzuschlag vorzunehmen (Urk. 54 S. 4; Urk. 36 S. 17, Dispositivziffer 12).

Somit ist der Gesuchsgegner zur Leistung einer auf einen Drittel reduzierten Parteientschädigung von Fr. 900.–, zuzüglich Fr. 69.66 Barauslagen und Fr. 77.55 (8 %) Mehrwertsteuer, also insgesamt Fr. 1'047.15 an die Gesuchstellerin zu verpflichten.

Weil auch der Gesuchsgegner im Armenrecht prozessiert, ist davon auszugehen, dass die Parteientschädigung voraussichtlich nicht einbringlich ist. Es rechtfertigt sich daher, der unentgeltlichen Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin, Rechtsanwältin lic. iur. Y.\_\_\_\_\_, die Parteientschädigung direkt aus der Gerichtskasse zuzusprechen unter Legalzession des Anspruchs auf den Kanton (Art. 122 Abs. 2 ZPO).

### **Es wird beschlossen:**

1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositivziffern 1 bis 3 und 5 bis 12 des Entscheids des Einzelgerichts der 4. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich vom 10. September 2015 in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Beiden Parteien wird im Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung bewilligt und der Gesuchstellerin Rechtsanwältin lic. iur. Y.\_\_\_\_\_ als unentgeltliche Rechtsvertreterin und dem Gesuchsgegner per 17. September 2015 MLaw X.\_\_\_\_\_ als unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für die Dauer des Getrenntlebens folgende monatliche Kinderunterhaltsbeiträge zuzüglich Familien-, Kinder- und Ausbildungszulagen zu bezahlen:

- Fr. 1'120.– bzw. je Fr. 560.– für jedes Kind von 1. Mai 2015 bis 31. Mai 2016;
- Fr. 610.– bzw. je Fr. 305.– für jedes Kind ab 1. Juni 2016.

Die Unterhaltsbeiträge sind im Voraus zahlbar, und zwar jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.

Dieser Unterhaltsberechnung liegen folgende finanzielle Verhältnisse zugrunde:

- Erwerbseinkommen Ehefrau (inkl. 13. Monatslohn, zuzüglich Familien-, Kinder- und/oder Ausbildungszulagen): CHF 3'976.– netto;
- Erwerbseinkommen Ehemann: Fr. 4'000.– netto (hypothetisch);
- Bedarf Ehemann: Fr. 3'311.– (ohne laufende Steuern);
- Bedarf Ehefrau mit den beiden Kindern: Fr. 4'415.– (ohne laufende Steuern).

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.

3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchstellerin zu einem Drittel und dem Gesuchsgegner zu zwei Dritteln auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 Abs. 1 ZPO bleibt vorbehalten.

4. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'047.15 zu be-

zahlen. Diese Entschädigung wird der unentgeltlichen Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin, Rechtsanwältin lic. iur. Y.\_\_\_\_\_, direkt aus der Gerichtskasse ausgerichtet. Der Anspruch auf die unerhätliche Parteientschädigung geht vollumfänglich auf die Gerichtskasse über.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie an die Vorinstanz, 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG sowie ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert liegt über Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 1. Juni 2016

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer  
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. M. Reuss Valentini

versandt am:  
se