

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LE150073-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. M. Schaffitz und Oberrichterin Dr. D. Scherrer sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

## Beschluss und Urteil vom 31. März 2016

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 Affoltern vom 15. Oktober 2015 (EE140025-A)**



---

**Verfügung und Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren  
am Bezirksgericht Affoltern vom 15. Oktober 2015:**

Es wird verfügt:

1. Der Antrag der Gesuchstellerin um Leistung eines Prozesskostenbeitrages wird abgewiesen.
2. Der Gesuchstellerin wird die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y. \_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
3. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Den Parteien wird das Getrenntleben auf unbestimmte Zeit bewilligt.
2. Die Obhut für die Kinder
  - C. \_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2007,
  - D. \_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2009, und
  - E. \_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2011,wird für die Dauer des Getrenntlebens der Gesuchstellerin zugeteilt.
3. Die Teilvereinbarung der Parteien vom 6./7. Oktober 2015 wird in Bezug auf die weiteren Kinderbelange genehmigt und im Übrigen wird von ihr Vormerk genommen. Die Teilvereinbarung lautet wie folgt:
  - "1. Die Parteien vereinbaren das Getrenntleben auf unbestimmte Zeit.
  2. Die Parteien vereinbaren, dass die eheliche Liegenschaft an der ... [Adresse], für die Dauer des Getrenntlebens der Gesuchstellerin und den drei gemeinsamen Kindern zur alleinigen Benutzung zugewiesen wird. Die Parteien stellen fest, dass der Gesuchsgegner die eheliche Liegenschaft am 13. Juli 2015 verlassen hat.
  3. Die noch minderjährigen gemeinsamen Kinder,
    - C. \_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2007;
    - D. \_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2009;

- E.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2011;  
sollen für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Gesuchstellerin gestellt werden.
  - 4. Die Parteien vereinbaren, das Besuchsrecht unter gegenseitiger Absprache und unter Berücksichtigung der Interessen der Kinder auszuüben.  
Für den Fall, dass eine einvernehmliche Regelung des Besuchsrechts nicht erfolgt, vereinbaren die Parteien das folgende:  
  
Der Gesuchsteller ist berechtigt, die Kinder jedes zweite Wochenende von Freitagabend (17.00 Uhr) bis Montagmorgen (Schulbeginn) zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.  
  
Zudem wird der Gesuchsteller für berechtigt erklärt, die Kinder zwei Mal jährlich während 3 Wochen pro Jahr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.  
  
Die Planung der Ferien hat 3 Monate im voraus zu erfolgen.  
  
Schliesslich ist der Gesuchsteller berechtigt, die Kinder über Ostern (Karfreitag bis und mit Ostermontag) in den geraden Jahren, an Pfingsten (Pfingstsamstag bis und mit Pfingstmontag) in den ungeraden Jahreszahlen zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen, ferner am 2. Weihnachtstag sowie am Neujahrstag.  
  
Die Parteien einigen sich über ein allfällig weitergehendes Besuchsrecht einvernehmlich. Die Parteien tragen den Wünschen und Bedürfnissen der Kinder gebührend Rechnung.
  - 5. Es sei per 15. Oktober 2014 die Gütertrennung anzuordnen.
  - 6. Die Parteien kommen überein, die Kosten dieses Verfahrens hinsichtlich der durch diese Teilvereinbarung erledigten Punkte je zur Hälfte zu übernehmen und diesbezüglich gegenseitig auf Parteientschädigung zu verzichten.
  - 7. Die Gesuchstellerin verweist auf ihr Gesuch bezüglich unentgeltlicher Rechtspflege."
4. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für die Dauer des Getrenntlebens Kinder- und Ehegattenunterhaltsbeiträge wie folgt zu bezahlen:
- für die Zeit vom 13. Juli 2015 bis 31. Januar 2016 einen monatlichen Betrag von insgesamt Fr. 3'707.– (Fr. 800.– je Kind und Fr. 1'307.– für die Gesuchstellerin persönlich), zuzüglich allfälliger Kinder- resp. Ausbildungszulagen für jedes Kind, zahlbar monatlich im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals auf den 13. Juli 2015.
  - für die Zeit ab 1. Februar 2016 einen monatlichen Betrag von insgesamt Fr. 7'000.– (Fr. 1'000.– je Kind und Fr. 4'000.– für die Gesuchstellerin persönlich), zuzüglich allfälliger Kinder- resp. Ausbil-

dungszulagen für jedes Kind, zahlbar monatlich im Voraus auf den ersten jeden Monats, erstmals ab 1. Februar 2016.

5. Hausrat und Mobiliar wird der Gesuchstellerin für die Dauer des Getrenntlebens zur alleinigen Benutzung zugewiesen.
6. Es wird die Gütertrennung mit Wirkung per 15. Oktober 2014 angeordnet.
7. Die Entscheidgebühr (Pauschalgebühr) wird festgesetzt auf:  
Fr. 4'500.– ; die weiteren Auslagen betragen:  
Fr. 618.75 Dolmetscherkosten  
**Fr. 5'118.75 Total**
8. Die Gerichtskosten von total Fr. 5'118.75 werden der Gesuchstellerin zu 3/8 (entsprechend Fr. 1'919.55) und dem Gesuchsgegner zu 5/8 (entsprechend Fr. 3'199.20) auferlegt. Der auf die Gesuchstellerin entfallende Anteil wird jedoch zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung im Sinne von Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
9. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'900.– (inkl. 8% Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
10. (Schriftliche Mitteilung)
11. (Berufung)

#### **Berufungsanträge:**

des Gesuchsgegners und Berufungsklägers (Urk. 70):

- "1. Es sei Ziff. 4 des Urteils des Bezirksgerichts Affoltern vom 15.10.2015 (Prozess-Nr. EE140025) aufzuheben.
- 2.1 es sei der Berufungskläger beginnend ab 13.07.2015 für die Dauer des Getrenntlebens zu angemessenen Kinderunterhaltsbeiträgen zu verpflichten;

- 2.2 es sei der Berufungskläger für die Dauer des Getrenntlebens zu keinen Ehegattenunterhaltsbeiträgen an die Berufungsbeklagte zu verpflichten;
3. sämtliche vom Berufungskläger bereits getätigte Zahlungen seien an allfällige Unterhaltszahlungen anzurechnen;
4. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. 8 % Mwst. zu Lasten der Berufungsbeklagten".

Prozessuales Gesuch:

"Es sei dem Berufungskläger die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und es sei ihm der Unterzeichnende als unentgeltlicher Rechtsbeistand für dieses Verfahren beizugeben."

der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (Urk. 76):

1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzügl. MwSt. von 8%) zu Lasten des Berufungsklägers.

Prozessualer Antrag:

3. Der Berufungsbeklagten sei in dem vor dem Obergericht des Kantons Zürich anhängigen Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung und der unentgeltliche Rechtsbeistand zu gewähren.
4. Die unterzeichnete Rechtsanwältin sei als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu genehmigen.

**Erwägungen:**

I.

1. Die Parteien haben im Februar 2006 geheiratet. Sie sind Eltern von C.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.2007, D.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.2009, und E.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2011. Am 25. August 2014 reichte die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchstellerin) bei der Vorinstanz ein Eheschutzbegehren ein. An der Verhandlung vom 14. Oktober 2014 einigten sich die Parteien darauf,

eine Ehe-therapie durchzuführen und beantragten das Verfahren bis Ende Januar 2015 zu sistieren (Prot. I S. 23). Die gleichentags ergangene Sistierung wurde mit Verfügung vom 19. Januar 2015 aufgehoben (Prot. I S. 24 f.). Der weitere Prozessverlauf kann dem Urteil entnommen werden (Urk. 71 S. 6 ff.). Am 15. Oktober 2015 erliess die Vorinstanz den eingangs wiedergegebenen Entscheid, den sie den Parteien am 19. November 2015 eröffnete (Urk. 71 S. 37 ff.). Der Gesuchsgegner und Berufungskläger (fortan Gesuchsgegner) erhob am 3. Dezember 2015 Berufung und stellte die erwähnten Anträge (Urk. 70). Die Berufungsantwort datiert vom 18. Januar 2016 und wurde am 21. Januar 2016 der Gegenseite zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 76, 79).

2. Die Berufung hemmt die Rechtskraft nur im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Nicht angefochten wurden die Dispositiv-Ziffern 1 (Getrenntleben), 2 (Obhut), 3 (Teilvereinbarung), 5 (Zuweisung Hausrat), 6 (Gütertrennung), 7 (Entscheidgebür), 8 und 9 (Kosten- und Entschädigungsfolgen). Diese Ziffern sind somit rechtskräftig, was vorzumerken ist.

## II.

1. In der Berufungsschrift sind die Behauptungen in analoger Anwendung von Art. 221 ZPO bestimmt und vollständig aufzustellen. Zudem muss sie – im Gegensatz zur Klageschrift – nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten. Der Berufungskläger hat mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo er die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben hat. Es ist nämlich nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und die Rechtsschriften der Vorinstanz zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Damit ist gesagt, dass die Berufungsschrift weder eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch eine neuerliche Darstellung der Sach- oder Rechtslage enthalten darf, welche nicht darauf eingeht, was vor der Vorinstanz vorgebracht worden ist. Zwar prüft die Berufungsinstanz nicht nur die geltend gemachten Rügen (Rügeprinzip). Der Berufungskläger hat sich aber mit den Entscheidungsgründen im angefochtenen

Entscheid auseinandersetzen; das Gericht muss den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden (BGE 138 III 213, E. 2.3; BGer 4A\_659/2011 vom 7. Dezember 2011, E. 3; Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 311 N 36).

2. Im Berufungsverfahren sind neue Vorbringen lediglich beschränkt zulässig. Zulässig sind neue Tatsachenvorbringen und Beweismittel nur dann, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (und ohne Verzug vorgebracht werden; Art. 317 Abs. 1 ZPO). Dies gilt auch für Verfahren, welche – wie das vorliegende eherechtliche Verfahren – der Untersuchungsmaxime unterstehen, denn eine analoge Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO im Berufungsverfahren ist abzulehnen, da die im Gesetz eigens vorgesehene spezielle Regelung von Art. 317 ZPO vorgeht (BGE 138 III 625 E. 2.2).

3. Die Berufungseingabe muss Anträge enthalten. Im Falle von Geldforderungen sind die Anträge zu beziffern. Die gilt auch für den Kinderunterhalt (BGE 137 III 617 E. 4.5). Der Gesuchsgegner beantragt in Ziff. 2.1 der Berufungsanträge, er sei zu angemessenen Kinderunterhaltsbeiträgen zu verpflichten (Urk. 70 S. 2). Dieser Antrag erfüllt die aufgezeigten Anforderungen an die Bezifferung nicht, weshalb auf diesen Antrag nicht einzutreten ist. Indes hat die Vorinstanz einen Gesamtunterhalt für die Gesuchstellerin und die Kinder festgelegt und das Gericht entscheidet beim Kinderunterhalt ohne Bindung an die Parteianträge (Art. 296 Abs. 3 ZPO).

4. Gegenstand des Berufungsverfahrens bildet daher grundsätzlich die Unterhaltspflicht des Gesuchsgegners gegenüber der Gesuchstellerin. Allerdings bilden Ehegatten- und Kindesunterhaltsbeiträge aus Sicht der finanziellen Leistungsfähigkeit des Schuldners ein Ganzes, so dass sich die Untersuchungsmaxime (Art. 296 Abs. 1 ZPO) auch auf die Tatsachengrundlage für die Bestimmung des Ehegattenunterhalts auswirkt (BGer 5A\_141/2014 vom 28. April 2014 E. 3.4).

## 5. Leistungsfähigkeit Gesuchsgegner

5.1 Der Gesuchsgegner arbeitete bis Juli 2014 als Leiter Verkauf bei der Firma F.\_\_\_\_\_ GmbH und erzielte zuletzt ein monatliches Einkommen von netto rund Fr. 18'400.– inkl. 13. Monatslohn. Im Jahr 2013 waren es Fr. 21'378.– pro Monat (Urk. 16/1, 18 S. 4). Die Arbeitgeberin kündigte Mitte Mai 2014 das Arbeitsverhältnis auf Ende Juli 2014 und stellte den Gesuchsgegner frei (Urk. 33/1). Am 1. August 2014 machte sich der Gesuchsgegner selbständig und gründete die Firma G.\_\_\_\_\_. Die Vorinstanz bezweifelte nicht, dass sich der Gesuchsgegner sofort bei ehemaligen Kunden um eine Arbeitsstelle bemüht habe, zwar vergeblich, doch mit Aussicht auf zukünftige Mandate. Auch habe er sich - so die Vorinstanz weiter - beim RAV gemeldet, wo er ab dem 21. Mai 2014 bis Ende Oktober 2014 15-20 Bewerbungen pro Monat habe nachweisen müssen. Das Vortreiben seiner selbständigen Tätigkeit könne dem Gesuchsgegner nicht vorgeworfen werden und es sei bis Januar 2016, mithin 1 ½ Jahre nach dem Schritt in die Selbständigkeit, von den aktuellen (geschätzten) Einkommenszahlen auszugehen. Danach müsse der Gesuchsgegner sein Einkommen stufenweise auf das zuletzt als unselbständig Erwerbender erzielte steigern, sofern es ihm zumutbar und möglich sei. In der persönlichen Befragung vom 21. April 2015 habe der Gesuchsgegner selbst erklärt, dass es Ende 2015 so weit sein dürfte und er sein vormaliges Einkommen bei der F.\_\_\_\_\_ wieder erreichen werde, wenn alles nach Plan laufe. Weiter habe der Gesuchsgegner am 21. April 2015 aufgrund der aktuellen Mandate einen aktuellen Reingewinn von rund Fr. 6'000.– pro Monat als möglich gehalten. Aufgrund seiner Angaben über bevorstehende Vertragsverhandlungen könne davon ausgegangen werden, dass ab Juli 2015 ein Reingewinn von Fr. 7'000.– erzielt werden könne und müsse. Ab Februar 2016 sei gestützt auf die Ausführungen des Gesuchsgegners in der persönlichen Befragung von einem hypothetischen Einkommen von Fr. 12'000.– und ab August 2016 unter Berücksichtigung der momentan eher schwierigen Wirtschaftslage von Fr. 15'000.– auszugehen (Urk. 71 S. 18 f.).

5.2 Der Gesuchsgegner macht in der Berufung geltend, grundsätzlich sei auf die aktuelle Einkommenssituation abzustellen. Fakt sei, dass er derzeit wie auch in

der näheren Zukunft nicht in der Lage sei, das ihm von der Vorinstanz angerechnete hypothetische Einkommen zu erzielen. Von August 2014 bis November 2015 habe die Einzelfirma G.\_\_\_\_\_ einen Umsatz von insgesamt Fr. 115'432.60 generiert. Davon seien Auslagen der G.\_\_\_\_\_ in der Höhe von Fr. 67'245.95 abzuziehen, weshalb die Einzelfirma für den genannten Zeitraum einen Reingewinn von Fr. 48'186.65 bzw. von Fr. 3'011.70 pro Monat ausweise. Er sei schlicht nicht in der Lage, die von der Vorinstanz festgelegten Unterhaltsbeiträge zu bezahlen. Bei der Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit sei erst nach zwei bis drei Jahren damit zu rechnen, ein volles Erwerbseinkommen zu erzielen, was auch die Vorinstanz festgehalten habe. Da der Schritt in die Selbständigkeit bereits am 1. August 2014 und damit vor der Trennung der Parteien erfolgt sei, habe sich der Gesuchsgegner auch kein hypothetisches Einkommen anrechnen zu lassen (Urk. 71 S. 5 f.).

5.3 Die Gesuchstellerin hält die Berufung für unbegründet und vertritt die Ansicht, eine allfällige Einkommensverminderung gehe auf eine freiwillige und einseitige Entscheidung des Gesuchsgegners zurück. Es sei daher nicht auf das behauptete Einkommen abzustellen, sondern vom Verdienst der letzten Festanstellung bei der F.\_\_\_\_\_ auszugehen. Das Eheschutzgesuch sei bereits im August 2014 eingereicht worden und seither sei dem Gesuchsgegner klar, dass er wieder ein angemessenes Einkommen erzielen müsse. Die Vorinstanz habe dem Gesuchsgegner bereits anlässlich der Verhandlung vom Oktober 2014 mitgeteilt, dass er nicht auf seinem als Selbständiger erzielten Einkommen beharren könne (Urk. 76 S. 3 ff.).

5.4 Bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen darf vom tatsächlichen Leistungsvermögen des Pflichtigen, das Voraussetzung und Bemessungsgrundlage der Beitragspflicht bildet, abgewichen und statt dessen von einem hypothetischen Einkommen ausgegangen werden, falls und soweit der Pflichtige bei gutem Willen bzw. bei ihm zuzumutender Anstrengung mehr zu verdienen vermöchte, als er effektiv verdient. Wo die reale Möglichkeit einer Einkommenssteigerung fehlt, muss eine solche jedoch ausser Betracht bleiben. Diesen Grundsatz hat das Bundesgericht für sämtliche Matrimonialsachen festgehalten. Die Anrechnung eines hypo-

thetischen Einkommens hat keinen pönalen Charakter und setzt kein schuldhaftes Verhalten voraus. Es geht vielmehr darum, dass der Unterhaltspflichtige dasjenige Einkommen zu erzielen hat, das zur Erfüllung seiner Pflichten tatsächlich möglich und ihm zumutbar ist. Dabei sind im Verhältnis zum unmündigen Kind besonders hohe Anforderungen an die Ausnützung der Erwerbskraft zu stellen (BGE BGE 128 III 4 E. 4; BGE 137 III 118 E. 1). In diesem Sinne spielt es keine Rolle, ob sich der Gesuchsgegner im Jahr 2014 freiwillig selbständig gemacht hat und die Parteien noch nicht getrennt lebten. Der Gesuchsgegner selbst liess vortragen, Grund für den Schritt in die Selbständigkeit sei die Kündigung gewesen (Prot. I S. 29), während die Gesuchstellerin ausführen liess, sie habe der Aufnahme der selbständigen Tätigkeit im Mai 2014 nicht zugestimmt (Prot. I S. 20). Ob das Einkommen nach eineinhalb Jahren selbständiger Tätigkeit tatsächlich nur Fr. 3'000.– beträgt, notabene bei einem geltend gemachten Bedarf von rund Fr. 7'500.– (Urk. 70 S. 6, 9), kann offen bleiben, da - wie zu zeigen sein wird - dem Gesuchsgegner in Übereinstimmung mit der Vorinstanz ein hypothetisches Einkommen anzurechnen ist.

5.5 Der Gesuchsgegner gründete die Firma G.\_\_\_\_\_ am 1. August 2014, unmittelbar nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Wie die Vorinstanz erwog, kann dem Gesuchsgegner zwar der Entscheid, sich selbständig zu machen, nicht im vornherein zum Vorwurf gemacht werden. Letztlich kommt es nämlich darauf an, ob ein Unterhaltsschuldner in zumutbarer Weise so weit leistungsfähig bleibt, dass er seinen Unterhaltsverpflichtungen nachkommen kann. Mit anderen Worten hat der Gesuchsgegner als Unterhaltsschuldner das unternehmerische Risiko bei einem risikoreichen Gang in die Selbständigkeit selber zu tragen. Es wäre unbillig, die Einkommensreduktion einfach auf die Gesuchstellerin und die Kinder abzuwälzen. An der Hauptverhandlung im Herbst 2014 verwies der Gesuchsgegner auf einen Businessplan und liess vortragen, er sei guter Dinge, dass er in dieser Selbständigkeit bald einmal erfolgreich sein werde. Er hoffe, bereits anfangs 2015 einträgliche Aufträge an Land ziehen zu können (Urk. 18 S. 6). An der zweiten Verhandlung im Mai 2015 äusserte sich der Gesuchsgegner zu seinen diversen Vertragsprojekten und ging von einem monatlichen Einkommen von Fr. 5'000.– bis Fr. 6'000.– aus und ab Ende 2015 wiederum von einem solchen in der Grös-

senordnung bei der ehemaligen Arbeitgeberin (Prot. I S. 40 ff., 44 f.). Stellt man auf seine Aussagen ab, haben sich die Geschäfte völlig anders entwickelt. Der Gesuchsgegner vermag allerdings nicht substantiiert darzulegen, dass und weshalb der prognostizierte Gewinn nicht eingetreten ist. In der Berufung nimmt der Gesuchsgegner keinen Bezug zu den entscheiderelevanten Erwägungen, wonach die Vorinstanz auf seine eigenen Angaben abstellte, und er setzt sich damit in keiner Weise auseinander. Auch erklärt er nicht, was mit den an der Verhandlung im Mai 2015 erwähnten konkreten Vertragsprojekten, insbesondere mit H.\_\_\_\_\_ und der Firma I.\_\_\_\_\_ (Prot. I S. 40, 42), geschehen ist. Mutmasslich sind diese gescheitert. Der pauschale Hinweis, seine Prognose sei wohl zu optimistisch gewesen (Urk. 70 S. 7), genügt den Anforderungen an die Berufungsbegründung nicht.

5.6 Mit Blick auf die Unterhaltsverpflichtungen ist das generierte Einkommen objektiv ungenügend und der Gesuchsgegner ist zu verpflichten, einen Beitrag zu leisten, der seiner objektiven Leistungsfähigkeit entspricht. Dass zufolge einer wesentlichen Verbesserung der objektiven Auftragsituation konkrete Aussichten auf eine massive Einkommenserhöhung in unmittelbarer Zukunft bestehen würden, wird jedenfalls nicht vorgebracht. Vielmehr wird wiederholt, dass erst nach zwei bis drei Jahren der Selbständigkeit wieder ein volles Erwerbseinkommen zu erzielen sei (Urk. 70 S. 69). Angesichts des aktuellen Unterhaltsbedarfs der Familie kann darauf nicht abgestellt werden.

Auf die Frage der erstinstanzlichen RichterIn, weshalb er sich nicht um eine andere Stelle beworben habe, als ihm gekündigt worden sei, antwortete der Gesuchsgegner, er habe sich damals bei der Arbeitslosenkasse angemeldet. Er habe ab dem 21. Mai 2014 bis Ende Oktober 2014 zwischen 15 bis 20 Bewerbungen pro Monat nachweisen müssen. Von zwei Firmen sei er in eine Vorstellungsrunde eingeladen worden. Danach habe er sich nicht mehr beworben, weil ihm die Arbeitslosenversicherung mitgeteilt habe, dass sie ihn in der Selbständigkeit nicht mehr unterstützen würde (Prot. I S. 45). Die behaupteten Suchbemühungen reichen nicht aus um zu belegen, dass der Gesuchsgegner überhaupt keine andere Wahl gehabt hätte, als die G.\_\_\_\_\_ zu gründen, zumal die Suchbemühungen

nicht belegt sind. Es findet sich keine einzige Bewerbung in den Akten, weshalb fraglich ist, ob sich der Gesuchsgegner ernsthaft um eine neue Stelle bemühte. Zudem können gemäss Rechtsprechung die für die Arbeitslosenversicherung geltenden Kriterien nicht unbesehen übernommen werden. Namentlich ist die Tatsache, dass eine unterhaltsverpflichtete Person arbeitslos war und trotz entsprechender Bemühungen keine Stelle fand, kein Beweis dafür, dass es ihr tatsächlich nicht möglich ist, eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen (BGE 137 III 118 E. 3.1). Es wäre dem Gesuchsgegner zuzumuten gewesen, über einen längeren Zeitraum als nur zwei Monate eine neue Stelle zu suchen und innerhalb der Rahmenfrist sein Potential auf dem Arbeitsmarkt vollständig auszuloten. Immerhin gab er selbst an, dass das Arbeitslosengeld Fr. 8'900.– betragen würde (Prot. I S 16).

5.7 Die Vorinstanz rechnete dem Gesuchsgegner ein hypothetisches Einkommen von anfänglich Fr. 7'000.–, ab Februar 2016 von Fr. 12'000.– und ab Juli von Fr. 15'000.– an und berief sich wie erwähnt auf dessen eigene Angaben anlässlich der Hauptverhandlung vom Mai 2015. Damit ein hypothetisches Einkommen in einer konkreten Höhe angerechnet werden kann, muss es effektiv erzielbar sein. Dabei darf auf Lohnbücher und statistische Durchschnittswerte abgestellt werden, soweit eine hinreichende Tatsachenbasis gegeben ist (BGer 5A\_112/2013 vom 25.März 2013 E. 4.1). Der genaue berufliche Werdegang des Gesuchsgegners ist nicht bekannt, in der Steuererklärung wird als Beruf "Quality System Manager" angegeben (Urk. 16/3). Vergleichswerte können beispielsweise durch Konsultation des Salariums gewonnen werden. Dabei handelt es sich um eine Internetanwendung des Bundesamtes für Statistik zur Lohnberechnung ([www.lohnrechner.bfs.admin.ch](http://www.lohnrechner.bfs.admin.ch) oder [www.salarium.ch](http://www.salarium.ch)). Danach beträgt der Medianlohn für eine Fachkraft in der Informations- und Kommunikationstechnologie mit dem nachfolgenden Profil Fr. 10'975.–, wobei 25 % über Fr. 12'481.– und 25 % weniger als Fr. 9'863.– verdienen:

Branche:	61. Telekommunikation
Region:	Zürich (ZH)
Tätigkeit:	25. Akademische u. vergleichb. Fachkräfte in der Informations- u. Kommunikationstechnologie
Stellung:	Oberes und mittleres Kader
Arbeitszeit (Stunden):	42
Ausbildung:	Abgeschlossene Berufsausbildung
Alter:	45
Dienstjahre:	15
Unternehmensgrösse:	50 und mehr Beschäftigte
Auszahlung:	13 Monatslöhne
Sonderzahlungen:	Nein
Stunden / Monatslohn:	Monatslohn

Zu den Kriterien - soweit nicht selbst erklärend - ist anzufügen, dass der Gesuchsgegner bei F.\_\_\_\_\_ wohl zum höheren Kader gehörte und über eine grosse berufliche Erfahrung und ein breites Beziehungsnetz verfügt. Der genaue Werdegang ist wie erwähnt nicht aktenkundig. Laut Gesuchsgegnerin wurde er im Jahr 2013 Länderverantwortlicher für die Bereiche Österreich, Polen, Tschechien, Ungarn und Eastern Europe (Urk. 1 S. 7). Gemäss den Angaben des Gesuchsgegners war er nie allein für Österreich, Tschechien, Ungarn und Eastern Europe verantwortlich (Urk. 18 S. 4). In Berücksichtigung sämtlicher Umstände erscheinen in einer ersten Phase Fr. 7'000.– netto, in einer zweiten Fr. 9'000.– netto und in einer dritten Fr. 12'000.– netto als vertretbar, je zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinder- und Ausbildungszulagen.

5.8 Im Streit stehen Unterhaltsbeiträge ab Mitte Juli 2015. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist einem Unterhaltsschuldner keine Übergangsfrist für die Erzielung eines höheren hypothetischen Einkommens anzusetzen, wenn er bereits bis anhin einer vollzeitlichen Erwerbstätigkeit nachgegangen ist und seine vorbestehende Unterhaltspflicht erfüllt hat. Denn in diesem Fall bedarf der Schuldner keiner Übergangs- oder Anpassungsfrist, um eine Erwerbstätigkeit aufnehmen oder ausweiten und hierzu seine Lebensverhältnisse umstellen zu können. Vielmehr muss der Alimentenschuldner alles in seiner Macht Stehende tun und insbesondere seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit voll ausschöpfen, um seiner Unterhaltspflicht nachzukommen. Begnügt sich der Unterhaltspflichtige selbst bei einem unfreiwilligen Stellenwechsel wissentlich mit einer nur ungenügend einträglichen Erwerbstätigkeit, so hat er sich, auch rückwirkend, anrechnen

zu lassen, was er unter den gegebenen Umständen zu erwirtschaften vermöchte (BGer 5A\_692/2012 vom 21. Januar 2013 E. 4.3; BGer 5A\_184/2015 vom 22. Januar 2016 E. 3.3). Dass der Gesuchsgegner bis im Juli 2015 nicht vollzeitlich erwerbstätig gewesen wäre und um seine vorbestehende Unterhaltspflicht nicht gewusst hätte, macht er nicht geltend. Die sehr angespannte Finanzlage der Familie muss ihm bereits anlässlich der Verhandlung im Oktober 2014 bewusst gewesen sein. Spätestens seit jenem Zeitpunkt ist er mit der Unterhaltsforderung der während der Ehe nicht erwerbstätigen Gesuchstellerin konfrontiert (Prot. S. 8). Zudem vereinbarten die Parteien an besagter Verhandlung einen Beitrag von einstweilen Fr. 2'000.– (Prot. I S. 23). Daher kann der Gesuchsteller grundsätzlich keine Übergangsfrist für sich in Anspruch nehmen.

5.9 Nach dem Gesagten ist das folgende Einkommen anzurechnen: Mitte Juli 2015 bis Ende April 2016: Fr. 7'000.– netto, 1. Mai bis 31. Juli 2016 Fr. 9'000.– netto und ab 1. August 2016 Fr. 12'000.– netto, je zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinder- und Ausbildungszulagen.

## 6. Bedarf Gesuchsgegner

6.1 Der Gesuchgegner machte vor Vorinstanz einen Bedarf ohne Steuern von Fr. 6'000.– geltend (Urk. 36 S. 10); festgesetzt wurden in der Phase I (bis 31. Januar 2016) Fr. 3'293.–, in der Phase II (bis 31. Juli 2016) Fr. 3'893.– und ab 1. August 2016 (Phase III) Fr. 4'193.– (Urk. 71 S. 20 ff).

6.2 Der Gesuchsgegner kritisiert, dass keine Transportkosten berücksichtigt wurden, obwohl die Vorinstanz festhalte, dass die Fahrt zum Arbeitsplatz als Teil der unumgänglichen Berufskosten zu berücksichtigen seien, und er verlangt, dass monatlich Fr. 601.– anzurechnen seien (Urk. 70 S. 8). Der Gesuchsgegner übersieht, dass die Vorinstanz die Kosten - zu Recht - unberücksichtigt liess, weil sie weder begründet noch belegt waren (Urk. 71 S. 23). Soweit im Berufungsverfahren neue Unterlagen eingereicht werden (Urk. 73/15), handelt es sich bei denjenigen, die den Zeitraum bis zur Fällung des erstinstanzlichen Urteils betreffen, um unzulässige Noven. Der Gesuchsgegner macht jedenfalls nicht geltend, dass es ihm trotz zumutbarer Sorgfalt nicht möglich gewesen wäre, diese vor erster In-

stanz einzureichen (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Für die Zeit nach Mitte Oktober 2015 sind die Angaben unsubstantiiert und es lässt sich nicht nachvollziehen, wieweit es sich um berufsbedingte Auslagen handelt, abgesehen davon, dass der Gesuchsgegner Transportkosten einerseits bei der G.\_\_\_\_\_ als Spesen in Abzug gebracht und andererseits in seinem persönlichen Bedarf berücksichtigt haben will (vgl. Urk. 70 S. 5, Urk. 73/7).

6.3 Die Vorinstanz anerkannte auch die geltend gemachten Schulden von Fr. 1'500.– nicht. Sie erwog, der Gesuchsgegner lege eine von ihm selbst aufgestellte Schuldentilgung per 1. Oktober 2014 ins Recht, welche offene Schulden im Betrag von Fr. 167'361.50 aufweise. Dass er regelmässig Abzahlungen leiste und es sich (ausnahmslos) um für den gemeinsamen Lebensunterhalt der Parteien aufgenommene Schulden handle, sei nicht dargelegt (Urk. 71 S. 23).

Der Gesuchsgegner moniert, einzig entscheidend sei, ob es sich um Schulden handle, die für den Unterhalt beider Ehegatten resp. der Familie eingesetzt worden seien. Er sei bemüht, sowohl die Schulden beim Betreibungsamt als auch die Kreditkartenschulden zu tilgen. Im Berufungsverfahren werden neu Fr. 1'150.– für Schuldentilgung beim Betreibungsamt, Fr. 1'175.20 für Schuldentilgung Kreditkarte und Fr. 640.– für Schuldentilgung Corner Card geltend gemacht (Urk. 70 S. 9). Die Gesuchstellerin hält dem entgegen, der Gesuchsgegner komme seiner Substantiierungspflicht nicht nach und erwähne nicht, weshalb es sich um Schulden der Familie handle, was sie bestreite. Auch lege der Gesuchsgegner nicht dar, dass er diese Schulden durch regelmässige Zahlungen tilge (Urk. 76 S. 16).

Nach der Rechtsprechung gehen persönliche, nur einen Ehegatten betreffende Schulden gegenüber Dritten - auch gegenüber dem Fiskus - der familienrechtlichen Unterhaltspflicht nach und gehören nicht zum Existenzminimum, sondern sind nach dem Ermessen des Sachgerichts im Rahmen einer allfälligen Überschussaufteilung zu berücksichtigen. Zum Bedarf hinzuzurechnen sind somit grundsätzlich nur diejenigen regelmässig abbezahlten Schulden, welche die Ehegatten für den gemeinsamen Lebensunterhalt aufgenommen haben. Entscheidend ist einzig, dass die aufgenommene Schuld nicht bloss einem Ehegatten diente, sondern für den Unterhalt beider Ehegatten eingesetzt wurde (BGer

5A\_923/2012 vom 15. März 2013 E. 3.1. mit Hinweisen). Der Gesuchsgegner belegt auch im Berufungsverfahren nicht, dass er regelmässig, d.h. monatlich, die geltend gemachten Zahlungen leistet. Die E-Mail des Betreibungsamtes Hausen a.A. vom 23. September 2015 zeigt, dass die Aufschubrate nicht fristgerecht bezahlt worden ist (Urk. 73/19), sofern die E-Mail unter novenrechtlichen Aspekten noch berücksichtigt werden kann. Auch legt der Gesuchsgegner nicht dar, wann genau er die ausstehende Rate nachbezahlt hat und ob er weitere Raten bezahlt hat. Mit dem Verweis auf den Bankauszug kommt er seiner Substantiierungspflicht nicht nach. Was die Zahlungsvereinbarung mit der J.\_\_\_\_\_ AG [Inkassofirma] vom 16. Juni 2015 angeht (soweit diese novenrechtlich zu berücksichtigen wäre), ergibt sich daraus weder die regelmässige Tilgung noch inwiefern es sich um Schulden für den Unterhalt beider Ehegatten handelt. Die Schuldentilgung mit der Corner Card schliesslich bleibt gänzlich unbelegt. Mit dem pauschalen Verweis auf den Bankauszug der K.\_\_\_\_\_ [Bank] kommt der Gesuchsgegner seiner Pflicht zur Substantiierung und Glaubhaftmachung nicht nach. Deshalb sind die Schulden im Bedarf nicht zu berücksichtigen.

6.4 Die Vorinstanz berücksichtigte die laufenden Steuern - unter Hinweis auf die konstante Rechtsprechung betreffend Mankofälle - ab der Phase II mit Fr. 600.- und ab der Phase III mit Fr. 900.- (Urk. 70 S. 24 f.). In der Berufung beansprucht der Gesuchsgegner Steuern von monatlich Fr. 600.- (Urk. 70 S. 9). Die Gesuchstellerin anerkennt diese nicht: Wenn das Einkommen tatsächlich so tief sei, wie der Gesuchsgegner vorbringe, würden sowieso keine Steuern in der Höhe von Fr. 600.- anfallen (Urk. 76 S. 17).

Aufgrund des anzurechnenden hypothetischen Einkommens sind die laufenden Steuern einzurechnen. Wie die Erwägungen unter Ziff. 5 und unten Ziff. 8 zeigen, liegt bis Ende Juli 2016 ein Mankofall vor. Daher ist das Steuerbetreffnis erst ab August 2016 zu berücksichtigen. In Gleichbehandlung der Parteien sind Fr. 600.- zu veranschlagen.

6.5 Die Gesuchstellerin kritisiert die von der Vorinstanz eingerechneten Fr. 140.- für Kommunikation (Urk. 76 S. 17). Entgegen der Ansicht der Gesuch-

stellerin sind die Kommunikationskosten nicht im Grundbetrag enthalten. Der Betrag ist sodann gerichtsüblich und im Bedarf zu belassen.

6.6 In Bezug auf die Krankenkassenprämie moniert die Gesuchstellerin, es sei nur die Grundversicherung zu berücksichtigen. Sollte der von der Vorinstanz eingesetzte Betrag von Fr. 253.– auch die Zusatzversicherung enthalten, wäre er entsprechend zu reduzieren (Urk. 76 S. 17). Die Gesuchstellerin anerkannte vor Vorinstanz eine Prämie von Fr. 258.– (Urk. 1 S. 7). Darauf ist sie zu behaften. Es bleibt somit beim Betrag gemäss Vorinstanz.

6.7 Demzufolge ist der Bedarf des Gesuchsgegners wie folgt zu veranschlagen:

Phase I+II	(Juli 2015 bis Juli 2016):	Fr. 3'293.–
Phase III	(ab August 2016):	Fr. 3'893.–.

## 7. Bedarf Gesuchstellerin

7.1 Die Vorinstanz setzte den Bedarf der Gesuchstellerin wie folgt fest: Phase I (bis 31. Januar 2016) Fr. 6'148.–, Phase II (bis 31. Juli 2016) Fr. 6'748.–, Phase III (ab 1. August 2016) Fr. 7'048.– (Urk. 71 S. 20 ff).

7.2 Der Gesuchsgegner trägt vor, er wisse, dass die Gesuchstellerin beabsichtige, spätestens im Sommer 2016 nach Irland zu gehen. Damit erweise sich der Bedarf in der Phase III und teilweise schon in der Phase II als zu hoch. Unter Berücksichtigung des Preisniveaus sei der Bedarf auf Fr. 4'595.40 zu kürzen. Weiter verfüge die Gesuchstellerin in ...[Adresse in Irland] über eine Liegenschaft, weshalb keine Mietkosten anfielen und sich der Bedarf nochmals reduziere (Urk. 70 S. 7 f.). Die Gesuchstellerin widerspricht. Sie habe einen Umzug nach Irland zwar in Erwägung gezogen, zumal sie kaum vom Gesuchsgegner finanzielle Unterstützung erhalte und in der Zwischenzeit Sozialhilfe beziehen müsse. Sie sei der deutschen Sprache nicht mächtig und sei während der Ehe für die Erziehung der Kinder und den Haushalt zuständig gewesen. Es sei somit sehr schwierig hier in der Schweiz eine Anstellung zu finden, weshalb sie einen Umzug in Erwägung gezogen habe. Da der Gesuchsgegner jedoch auch dann keine Unterhaltsbeiträ-

ge leisten würde, wenn sie in Irland wäre, habe sie sich dazu entschlossen, von einem solchen Umzug abzusehen (Urk. 76 S. 13).

7.3 Abzustellen ist auf die tatsächlichen Verhältnisse und somit vom Wohnsitz in der Schweiz. Sollte die Gesuchstellerin später tatsächlich nach Irland umziehen, wäre der Gesuchsgegner auf ein Abänderungsverfahren zu verweisen. Damit ist grundsätzlich vom Bedarf der Vorinstanz auszugehen.

7.4 Zu korrigieren ist dagegen das Steuerbetreffnis. In Gleichbehandlung der Parteien ist dieses erst in der Phase III mit Fr. 600.– zu veranschlagen. Somit präsentiert sich der Bedarf wie folgt :

Phase I+II	(Juli 2015 bis Juli 2016):	Fr. 6'148.–
Phase III	(ab August 2016):	Fr. 6'748.–.

## 8. Unterhaltsberechnung

### 8.1 Gegenüberstellung Einkommen/Bedarf

Aufgrund des anzurechnenden Einkommens sind die Phasen neu in die folgenden Zeitabschnitte aufzuteilen: Phase I: Juli 2015 - April 2016, Phase II: Mai 2016 - Juli 2016; Phase III: ab August 2016

	Phase I	Phase II	Phase III
Einkommen GG	7'000.–	9'000.–	12'000.–
Bedarf GG	3'293.–	3'293.–	3'893.–
Bedarf GSin	6'148.–	6'148.–	6'748.–
Frei-/Fehlbetrag	(2'441.–)	( 441.–)	1'359.–

### 8.2 Unterhaltsbeitrag

Die Gesuchsgegnerin hat das Manko alleine zu tragen (BGE 135 III 66).

Bedarf GSin	6'148.–	6'148.–	6'748.–
+ 2/3 Freibetrag /-Manko	(2'441.–)	( 441.–)	906.–
UHB total	3'707.–	5'707.–	7'654.–

8.3 Die Vorinstanz sprach für die Zeit ab Februar 2016 einen monatlichen Beitrag von insgesamt Fr. 7'000.– (Fr. 1'000.– je Kind und Fr. 4'000.– für die Gesuchstellerin) zu (Urk. 71 S. 38). Da die Gesuchstellerin keine Berufung erhoben hat, bleibt es in der Phase III bei einem geschuldeten Unterhaltsbeitrag von Fr. 7'000.–.

8.4 Der Gesuchsgegner beantragt, er habe seit dem Auszug aus der ehelichen Liegenschaft Fr. 22'577.75 an den Unterhalt seiner Familie geleistet. Entsprechend seien ihm diese Beträge an allfällig zu leistende Unterhaltszahlungen anzurechnen (Urk. 70 S. 10). Die Gesuchstellerin bestreitet diese Zahlungen. Seit Januar 2015 sei eine einzige Zahlung in der Höhe von Fr. 1'000.– geleistet worden, nämlich am 20. Juni 2015 und also vor Beginn der Unterhaltspflicht. Richtig sei, dass der Gesuchsgegner ab und zu Lebensmittelkosten übernommen habe, selten zwar und mehrheitlich vor Juli 2015. Was den Betrag von Fr. 22'577.75 angehe, so reiche der Gesuchsgegner einmal mehr selber erstellte Aufstellungen ein, in welcher er wahllos und ohne weitere Erläuterungen Beträge gelb markiere. Auch ergäbe sich nicht, welche Rechnungen per e-banking beglichen worden seien (Urk. 76 S. 18).

Bei einer rückwirkenden Verpflichtung zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen sind tatsächlich bereits erbrachte Unterhaltsleistungen zu berücksichtigen bzw. anzurechnen (Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. II, 1. Abt., 2. Teilbd., 2. Auflage, Bern 1999, N 23 zu Art. 173 ZGB; ZK-Bräm/Hasenböhler, N 150 zu Art. 163 ZGB). Folglich müssen in Erfüllung der Unterhaltspflicht schon geleistete Beträge bei der Festsetzung der konkreten Beitragshöhe, zu deren Leistung der Schuldner im Dispositiv verpflichtet wird, zu einer betragsmässigen Reduktion des grundsätzlichen Unterhaltsanspruchs führen.

Mit der Gesuchstellerin ist davon auszugehen, dass der pauschale Verweis auf die Bank- und Kreditkartenauszüge nicht genügt. Die Auszüge sind zu wenig substantiiert, als dass sich daraus ableiten liesse, welche Lebenshaltungskosten bezahlt worden sind. Für die vom Gesuchsgegner verlangte Verrechnung seiner Unterhaltsverpflichtungen mit den von ihm geleisteten Zahlungen kann das nicht ge-

nügen, da auf den Auszügen immer wieder pauschalisierte Belastungen erscheinen, welche sich nicht rechtsgenügend zuweisen lassen. Gerade der vom Gesuchsgegner eingereichte Auszug eines Kontos bei der L. \_\_\_\_\_ [Bank], das auf die Gesuchstellerin lautet, stützt deren Behauptung, dass in der relevanten Zeit, d.h. ab Juli 2015, keine Gutschriften erfolgt sind (Urk. 73/25).

8.5 Nach dem Gesagten ist der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin für sie persönlich und die drei Kinder die folgenden Unterhaltsbeiträge für die Dauer des Getrenntlebens zu bezahlen:

- vom 13. Juli 2015 bis 30. April 2016 einen monatlichen Beitrag von insgesamt Fr. 3'700.– (Fr. 800.– je Kind und Fr. 1'300.– für die Gesuchstellerin persönlich), zuzüglich allfälliger Kinder- resp. Ausbildungszulagen für jedes Kind, zahlbar monatlich im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats, rückwirkend ab dem 13. Juli 2015.
- vom 1. Mai 2016 bis 31. Juli 2016 einen monatlichen Beitrag von insgesamt Fr. 5'700.– (Fr. 1'000.– je Kind und Fr. 2'700.– für die Gesuchstellerin persönlich), zuzüglich allfälliger Kinder- resp. Ausbildungszulagen für jedes Kind, zahlbar monatlich im Voraus auf den Ersten jeden Monats, erstmals ab 1. Mai 2016.
- ab 1. August 2016 für die weitere Dauer des Getrenntlebens einen monatlichen Beitrag von insgesamt Fr. 7'000.– (Fr. 1'000.– je Kind und Fr. 4'000.– für die Gesuchstellerin persönlich), zuzüglich allfälliger Kinder- resp. Ausbildungszulagen für jedes Kind, zahlbar monatlich im Voraus auf den Ersten jeden Monats, erstmals ab 1. August 2016.

### III.

1. Trifft die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Die Entscheidgebühr sowie die Kosten- und Entschädigungsregelung wurden nicht angefochten, weshalb diese wie eingangs erwähnt teilrechtskräftig wurden.

2.1 Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 8 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV auf Fr. 3'500.– festzusetzen. Die volle Parteientschädigung ist gestützt auf § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1, § 9, § 11 Abs. 1 und 2 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV ebenso auf Fr. 2'500.– (zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer) festzulegen.

2.2 Die Vorinstanz sprach der Gesuchstellerin und den Kindern Unterhaltsleistungen - bei einer mutmasslichen Dauer der Regelung von zwei Jahren - von rund Fr. 146'550.– zu. In der Berufung werden im Ergebnis Unterhaltsbeiträge für die mutmasslich zweijährige Trennungsdauer von insgesamt Fr. 132'750.– festgesetzt. Demzufolge obsiegt der Gesuchsgegner zu rund 10 %, weshalb ihm die Gerichtskosten zu 9/10 und der Gesuchstellerin zu 1/10 aufzuerlegen sind. Ausserdem ist der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin eine auf 4/5 reduzierte Parteientschädigung (zuzüglich MwSt.) zu bezahlen.

3. Im vorinstanzlichen Verfahren wurde der Gesuchstellerin die unentgeltliche Rechtspflege gewährt. Sie erneuert das Gesuch für das Berufungsverfahren (Urk. 76 S. 2); ebenso beantragt der Gesuchsgegner die unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 70 S. 1).

3.1 Die unentgeltliche Rechtspflege wird gemäss Art. 117 ZPO gewährt, wenn eine Partei nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, um die mutmasslichen Prozesskosten sowie die allfälligen Kosten ihrer sachlich gebotenen Rechtsverbeiständung zu tragen, und darüber hinaus ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Für die Beurteilung der Mittellosigkeit dürfen nur effektiv vorhandene und verfügbare Mittel der gesuchstellenden Partei berücksichtigt werden. Die Berücksichtigung eines hypothetischen Einkommens ist unzulässig (Lukas Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 117 N 19).

3.2 Bei einer Gegenüberstellung der Einkommens- und Bedarfszahlen ist die Mittellosigkeit der Gesuchstellerin ausgewiesen, da es sich teilweise um einen Mankofall handelt und die Gesuchstellerin offenbar derzeit auf Sozialhilfe angewiesen ist (Urk. 76 S. 19).

Betreffend die im Miteigentum der Parteien stehende eheliche Liegenschaft hat die K. \_\_\_\_\_ [Bank] das Hypothekendarlehen mit einer Schuldbriefforderung von Fr. 1.17 Mio. mit Schreiben vom 15. September 2015 aufgrund von ausstehenden Hypothekarzinsen per sofort gekündigt (Urk. 78/11). Eine weitere Belehnung ist somit ausgeschlossen. Die Gesuchstellerin führt aus, sie habe Kontakt mit der Bank und zwei Immobilienmaklern aufgenommen, um einen Verkauf voranzutreiben. Bei einem Wert von ca. 1.2 Mio. und den zu bezahlenden Verzugszinsen/Mahnspesen und einer Konventionalstrafe sei davon auszugehen, dass kein Nettoerlös erzielt werde (Urk. 76 S. 19). Wie es sich damit verhält, kann offen bleiben. Zu berücksichtigen ist, dass die Liegenschaft wohl kaum innert nützlicher Frist veräussert werden kann. Liquidies Vermögen liegt somit nicht vor. Im Rahmen des vorliegenden nunmehr abzuschliessenden Verfahrens steht die Existenz dieser Liegenschaft mithin der Gewährung des prozessualen Armenrechts nicht entgegen.

Weiter ist die Gesuchstellerin Eigentümerin einer Liegenschaft in ... [Adresse in Irland] mit einem geschätzten Wert von EUR 330'000.– und einer Hypothek über EUR 328'960.10. Die Gesuchstellerin macht geltend, bei einem Verkauf sei mit einem Fehlbetrag von EUR 17'316.60 zu rechnen (Urk. 76 S. 15). Für die Veräusserung gilt das bereits Gesagte.

Allerdings ist zu betonen, dass dieser Entscheid keine präjudizielle Wirkung für ein allfälliges Scheidungsverfahren beanspruchen kann. Sollte die Gesuchstellerin durch den Verkauf der Liegenschaften (oder andere Quellen) zu Vermögen kommen, hat sie die Gerichtskosten nachzuzahlen (Art. 123 ZPO).

3.3 Der Gesuchsgegner begründet sein Gesuch mit Verweis auf seine schlechte Einkommenssituation. Weiter stellt er sich auf den Standpunkt, dass die Gesuchstellerin einem Verkauf der Liegenschaft bisher nicht zugestimmt habe (was diese, wie ausgeführt, bestreitet), und es ihm derzeit nicht möglich sei, aus einem allfälligen Verkaufserlös Schulden zu tilgen. Es sei somit davon auszugehen, dass er über kein Vermögen verfüge (Urk. 70 S. 10).

Wie vorstehend ausgeführt, ist nicht auf das geltend gemachte Einkommen von rund Fr. 3'000.– abzustellen, sondern es ist dem Gesuchsgegner ein hypothetisches Einkommen anzurechnen. Bei einem behaupteten Bedarf von knapp Fr. 7'500.– erscheinen Einnahmen von Fr. 3'000.– auch nicht als glaubhaft. Indessen ist nur auf effektiv verfügbare Mittel abzustellen. Der Gesuchsgegner ist zu Unterhaltszahlungen zu verpflichten, soweit diese seinen Notbedarf übersteigen. Ab August 2016 resultiert zwar ein Freibetrag von Fr. 450.–, dazu kommen jedoch in Betreuung gesetzte Schulden von Fr. 53'182.– (Urk. 72/16), weshalb er im Sinne des Gesetzes als mittellos gilt.

Was die eheliche Liegenschaft angeht, ist auf die vorangehenden Ausführungen unter Ziff. 3.2 zu verweisen.

3.4 Der jeweilige Prozessstandpunkt der Parteien kann nicht als aussichtslos bezeichnet werden.

3.5 Damit ist beiden Parteien im Berufungsverfahren je die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung zu bewilligen. Die Kostenanteile sind einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen unter Hinweis auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO.

4. Angesichts der finanziellen Verhältnisse des Gesuchsgegners wird die Parteienschädigung voraussichtlich nicht einbringlich sein. Folglich rechtfertigt es sich, die (volle) Parteienschädigung der Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin direkt aus der Gerichtskasse zu bezahlen, unter Legalzession des Anspruchs (der Gesuchstellerin) auf den Kanton (Art. 122 Abs. 2 ZPO).

**Es wird beschlossen:**

1. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Affoltern vom 15. Oktober 2015 betreffend die Dispositivziffern 1 - 3 und 5 - 9 in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Der Gesuchstellerin wird die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und Rechtsanwältin lic. iur. Y. \_\_\_\_\_ als unentgeltliche Rechtsvertreterin bestellt.
3. Dem Gesuchsgegner wird die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ als unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt.
4. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für sie persönlich und die drei Kinder für die Dauer des Verfahrens die folgenden Unterhaltsbeiträge zu bezahlen:
  - vom 13. Juli 2015 bis 30. April 2016 einen monatlichen Beitrag von insgesamt Fr. 3'700.– (Fr. 800.– je Kind und Fr. 1'300.– für die Gesuchstellerin persönlich), zuzüglich allfälliger Kinder- resp. Ausbildungszulagen für jedes Kind, zahlbar monatlich im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats, rückwirkend ab 13. Juli 2015.
  - vom 1. Mai 2016 bis 31. Juli 2016 einen monatlichen Beitrag von insgesamt Fr. 5'700.– (Fr. 1'000.– je Kind und Fr. 2'700.– für die Gesuchstellerin persönlich), zuzüglich allfälliger Kinder- resp. Ausbildungszulagen für jedes Kind, zahlbar monatlich im Voraus auf den Ersten jeden Monats, erstmals ab 1. Mai 2016.
  - ab 1. August 2016 für die weitere Dauer des Getrenntlebens einen monatlichen Beitrag von insgesamt Fr. 7'000.– (Fr. 1'000.– je Kind und Fr. 4'000.– für die Gesuchstellerin persönlich), zuzüglich allfälliger Kinder- resp. Ausbildungszulagen für jedes Kind, zahlbar monatlich im Voraus auf den Ersten jeden Monats, erstmals ab 1. August 2016.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'500.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuch-

stellerin zu 1/10 und dem Gesuchsgegner zu 9/10 auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung für beide Parteien einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

4. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 2'160.– zu bezahlen. Die unentgeltliche Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin, Rechtsanwältin lic. iur. Y.\_\_\_\_\_, wird mit Fr. 2'700.– aus der Gerichtskasse entschädigt. Der Anspruch der Gesuchstellerin auf Parteientschädigung geht mit Zahlung der Entschädigung an den Kanton 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 und 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, 31. März 2016

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Notz

versandt am:  
se