

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LE160014-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. H.A. Müller, Vorsitzender, Oberrichter  
lic. iur. M. Spahn und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie  
Gerichtsschreiber lic. iur. M. Kirchheimer

## Beschluss und Urteil vom 4. November 2016

in Sachen

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

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

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

gegen

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

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter

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

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren  
am Bezirksgericht Hinwil vom 14. März 2016 (EE150088-E)**

**Rechtsbegehren:**

der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (Urk. 1; Urk. 21):

- "1. Es sei vorzumerken, dass die Parteien seit dem 1. Juni 2015 getrennt leben.
2. Es seien die Kinder der Parteien, C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2004, und D.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2009, unter die Obhut der Klägerin zu stellen.
3. Es sei dem Beklagten ein angemessenes Besuchsrecht einzuräumen.
4. Es sei die eheliche Liegenschaft an der E.\_\_\_\_\_-Strasse ... in F.\_\_\_\_ der Klägerin zur alleinigen Benutzung für sich und die Kinder zuzuweisen.
5. Es sei der Beklagte zu verpflichten, für die Klägerin und die Kinder ab 1. Oktober 2015 angemessene Unterhaltsbeiträge zu bezahlen.
6. Es sei mit Wirkung per heute zwischen den Parteien die Gütertrennung anzuordnen;  
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWST zu Lasten des Beklagten."

des Gesuchsgegners und Berufungsbeklagten (Prot. I S. 5):

- "1. Es sei die Klage abzuweisen.
2. Eventualiter sei die Trennungsvereinbarung vom 29. Juni 2015 zu bestätigen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gegenseite.
3. Subeventualiter mit Rückerstattung der Kosten der bisherigen Mediation.
4. Falls Kosten anfallen sollten, beantrage ich die unentgeltliche Prozessführung."

**Urteil des Bezirksgerichtes Hinwil vom 14. März 2016:**

(Urk. 40 = Urk. 43)

1. Den Parteien wird das Getrenntleben bewilligt. Es wird festgestellt, dass die Parteien seit dem 1. Juni 2015 getrennt leben.
2. Die Kinder C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2004, und D.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2009, werden für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Gesuchstellerin gestellt.
3. Der Gesuchsgegner ist berechtigt und verpflichtet, die Kinder für die Dauer des Getrenntlebens auf eigene Kosten wie folgt zu betreuen:
  - an jedem zweiten Wochenende von Freitag, 20.00 Uhr, bis Sonntag, 20.00 Uhr;
  - jeweils am ersten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr;
  - während 3 Wochen Ferien pro Jahr (jeweils 2 Wochen in den Sommerferien und 1 Woche in den übrigen Schulferien).

Die Parteien sprechen sich über die Aufteilung der Ferien jeweils rechtzeitig ab. Können sie sich nicht einigen, so kommt dem Gesuchsgegner in Jahren mit gerader Jahreszahl das Entscheidungsrecht bezüglich der Aufteilung der Ferien zu; in Jahren mit ungerader Jahreszahl der Gesuchstellerin.

Fällt das Betreuungswochenende des Gesuchsgegners auf Ostern, beginnt seine Betreuungsverantwortung bereits ab Gründonnerstag, 20.00 Uhr, und dauert bis Ostermontag, 20.00 Uhr.

Fällt das Betreuungswochenende des Gesuchsgegners auf Pfingsten, verlängert sich seine Betreuungsverantwortung bis Pfingstmontag, 20.00 Uhr.

In der übrigen Zeit werden die Kinder von der Gesuchstellerin betreut.

Weitergehende oder abweichende Betreuungsregelungen nach gegenseitiger Absprache bleiben vorbehalten.

Ist ein Elternteil aus welchen Gründen auch immer nicht in der Lage, die Betreuung gemäss dem hier vereinbarten Betreuungsplan selbst zu übernehmen, ist er verpflichtet, für eine angemessene Betreuung der Kinder durch Drittpersonen auf eigene Kosten besorgt zu sein. Eine Anfrage an den anderen Elternteil ist möglich; dieser ist jedoch nicht verpflichtet, die Betreuung zu übernehmen.

Wenn die Gesuchstellerin alle vier Wochen ins Spital gehen muss, so übernimmt in dieser Zeit der Gesuchsgegner die Betreuung der Kinder. Sollte dies mehr als einmal im Monat notwendig sein und der Gesuchsgegner die Kinder nicht persönlich betreuen können, so übernehmen die Parteien die allenfalls anfallenden Kinderbetreuungskosten für diese Zeit je zur Hälfte.

Die nicht gemeinsame Tochter (G.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2000) ist berechtigt, die Wochenenden, Feiertage und Ferien gemeinsam mit ihren Geschwistern und dem Stiefvater zu verbringen. Im Übrigen wird auf die ausdrückliche Regelung der Betreuung mit Rücksicht auf das Alter von G.\_\_\_\_\_ verzichtet.

4. Die eheliche Wohnung an der E.\_\_\_\_\_-Strasse ... in F.\_\_\_\_\_ wird für die Dauer des Getrenntlebens der Gesuchstellerin und den Kindern zur alleinigen Benützung zugewiesen.

Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, sofern nicht bereits erfolgt, dem Gesuchsgegner nebst den persönlichen Gebrauchsgegenständen, die folgenden Gegenstände auf erstes Verlangen herauszugeben:

- aus dem Elternzimmer: Herrendiener, Büroschrank mit Inhalt (Aktenordner etc.), Bürotisch mit 2 Korpussen, Server
- aus dem Wohnzimmer: Zimmerbrunnen, Barutensilien mit Flaschen und Gläsern
- aus dem Keller: Weingestell inkl. Flaschen, diverse Schachteln mit Büchern und Unterlagen

5. Der Gesuchsgegner wird für die Dauer des Getrenntlebens verpflichtet, der Gesuchstellerin an die Pflege und Erziehung der Kinder monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'500.– pro Kind zuzüglich allfälliger Kinder- bzw. Familienzulagen zu bezahlen, zahlbar jeweils im Voraus auf den Ersten eines Monats, erstmals per 1. Oktober 2015.

6. Der Gesuchsgegner wird für die Dauer des Getrenntlebens verpflichtet, der Gesuchstellerin für sie persönlich folgende Unterhaltsbeiträge zu bezahlen:

- Fr. 3'103.– ab 1. Oktober 2015 bis 31. März 2016
- Fr. 1'907.– ab 1. April 2016

zahlbar je im Voraus auf den Ersten eines Monats.

Der Gesuchsgegner ist berechtigt, bereits bezahlte Unterhaltsbeträge in Abzug zu bringen.

Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, die Hypothekarzinsse sowie die Betriebskosten der eheliche Liegenschaft an der E.\_\_\_\_-Strasse ... in F.\_\_\_\_ zur alleinigen Bezahlung zu übernehmen und den Gesuchsgegner schadlos zu halten.

Weist der Gesuchsgegner nach, die genannten Kosten bereits selbst bezahlt zu haben, kann er die entsprechenden Beträge nach Vorlage des entsprechenden Belegs von den geschuldeten Unterhaltsbeiträgen in Abzug bringen.

7. Auf den Antrag des Gesuchsgegners auf Rückerstattung der Mediationskosten durch die Gesuchstellerin wird nicht eingetreten.
8. Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 6'000.– festgesetzt.
9. Die Kosten werden zu zwei Fünfteln der Gesuchstellerin und zu drei Fünfteln dem Gesuchsgegner auferlegt.
10. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 4'850.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
11. [Mitteilung]
12. [Rechtsmittel]

### **Berufungsanträge:**

#### **der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (Urk. 42 S. 2):**

- "1. Es sei in Abänderung von Disp. Ziff. 6 des angefochtenen Entscheides der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin mit Wirkung ab 1. Oktober 2015 für die Dauer des Getrenntlebens für sich persönlich monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 4'000.– zu bezahlen, zahlbar je im Voraus auf den Ersten eines Monats.
2. Es seien in Abänderung von Disp. Ziff. 9 des angefochtenen Entscheides die vorinstanzlichen Kosten zu einem Fünftel der Gesuchstellerin und zu vier Fünfteln dem Gesuchsgegner aufzuerlegen.
3. Es sei in Abänderung von Disp. Ziff. 10 des angefochtenen Entscheides der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung von Fr. 6'000.– zzgl. MWST zu bezahlen.

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWST zulasten des Gesuchsgegners und Appellaten."

des Gesuchsgegners und Berufungsbeklagten (Urk. 54 S. 2):

- "1. Die Berufung der Berufungsklägerin sei in Bestätigung des Urteils des Einzelgerichts Hinwil vom 14. März 2016 vollumfänglich abzuweisen.
2. Das Gesuch der Berufungsklägerin um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags sei abzuweisen.
3. Das Gesuch um Herausgabe der Reisepässe für C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ sei abzuweisen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Berufungsklägerin."

### **Erwägungen:**

#### **I. Sachverhaltsüberblick / Prozessgeschichte**

1. Die Parteien sind seit dem tt. Juli 2004 verheiratet und Eltern der beiden minderjährigen Kinder C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2004, und D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2009 (Urk. 9/1). Im Haushalt der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (fortan Gesuchstellerin) lebt zudem noch die nicht gemeinsame Tochter G.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2000. Seit dem 1. Juni 2015 leben die Parteien getrennt (Urk. 43 Dispositiv-Ziffer 1). Am 29. September 2015 reichte die Gesuchstellerin bei der Vorinstanz ein Eheschutzbegehren ein und stellte die vorerwähnten Anträge (Urk. 1). Die Hauptverhandlung fand am 13. November 2015 statt, anlässlich welcher nur die Gesuchstellerin anwaltlich vertreten war (Prot. I S. 5-18). Der weitere Prozessverlauf kann dem erstinstanzlichen Urteil entnommen werden (Urk. 43 S. 3 f.). Am 14. März 2016 erliess die Vorinstanz den eingangs wiedergegebenen Entscheid (Urk. 43).
2. Gegen dieses Urteil erhob die Gesuchstellerin am 24. März 2016 fristgerecht Berufung, mit welcher sie die Erhöhung der ihr persönlich zugesprochenen Unter-

haltsbeiträge sowie die Anpassung der vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen beantragte (Urk. 42). Mit Verfügung vom 12. April 2016 wurde der Gesuchstellerin für das Rechtsmittelverfahren ein Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– auferlegt (Urk. 44). Mit Eingabe vom 13. April 2016 und somit nach Ablauf der Berufungsfrist reichte die Gesuchstellerin eine Klageänderung ein und beantragte darin zusätzlich, es sei der Gesuchsgegner und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchsgegner) zu verpflichten, der Gesuchstellerin die Reisepässe der beiden gemeinsamen Kinder herauszugeben (Urk. 45 S. 2).

3. Am 25. April 2016 ging eine erneute Eingabe der Gesuchstellerin ein, mit welcher sie innert der mit Verfügung vom 12. April 2016 angesetzten Frist zur Leistung des Kostenvorschusses folgende Anträge stellte (Urk. 48 S. 2):

- "1. Es sei der Berufungsklägerin die Pflicht zur Leistung eines Vorschusses von Fr. 3'000.– zu erlassen;
  2. es sei der Berufungsbeklagte zu verpflichten, dem Obergericht innert angemessener Frist einen Vorschuss von Fr. 3'000.– im Sinne eines der Berufungsklägerin gewährten Prozesskostenvorschusses zu bezahlen;
  3. **eventualiter** sei der Berufungsklägerin für das obergerichtliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren;
  4. **subeventualiter** sei der Berufungsklägerin die Frist zur Leistung des Vorschusses angemessen zu erstrecken;
- unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWST zulasten des Berufungsbeklagten."

Mit Beschluss vom 27. April 2016 wurde der Gesuchstellerin die Frist zur Leistung des Kostenvorschusses in der Höhe von Fr. 3'000.– abgenommen, und auf ihr Gesuch um vorsorgliche Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses wurde nicht eingetreten. Gleichzeitig wurde dem Gesuchsgegner Frist angesetzt, um die Berufungsantwort zu erstatten (Urk. 53). Die Berufungsantwortsschrift des Gesuchsgegners datiert vom 17. Mai 2016. Darin beantragt er die vollumfängliche Abweisung der Berufung unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchstellerin (Urk. 54). Unterm 7. Juni 2016 nahm die Gesuchstellerin zur Berufungsantwort des Gesuchsgegners Stellung (Urk. 58). Diese Novenstellungnahme wurde dem Gesuchsgegner mit Verfügung vom 15. Juni 2016 zur Stellungnahme zugestellt (Urk. 61).

4. Mit Beschluss vom 11. Juli 2016 trat die erkennende Kammer auf die Klageänderung der Gesuchstellerin vom 13. April 2016 (Urk. 45) nicht ein (Urk. 64). Mit Eingabe vom 14. Juli 2016 äusserte sich der Gesuchsgegner innert erstreckter Frist zur Novenstellungnahme der Gesuchstellerin vom 7. Juni 2016 (Urk. 65). Nachdem der Gesuchstellerin diese letzte Eingabe zur Kenntnisnahme zugestellt worden war, reichte sie am 3. August 2016 eine weitere unaufgeforderte Stellungnahme ein (Urk. 70), welche am 5. August 2016 wiederum der Gegenpartei zur Kenntnis gebracht wurde. Der Gesuchsgegner liess sich daraufhin nicht mehr vernehmen.

5. Mit Verfügung vom 17. Oktober 2016 wurde den Parteien förmlich mitgeteilt, dass kein weiterer Schriftenwechsel und keine Berufungsverhandlung durchgeführt werde, weshalb das Berufungsverfahren spruchreif und somit in die Phase der Urteilsberatung übergegangen sei (Urk. 73). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-41).

## **II. Formelles**

1. Die Einlegung der Berufung hemmt den Eintritt der Rechtskraft nur im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Von der Gesuchstellerin nicht angefochten wurden die Dispositiv-Ziffern 1 - 5 sowie die Ziffern 7 und 8. In diesem Umfang ist das vorinstanzliche Urteil in Rechtskraft erwachsen, was vorzumerken ist. Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens ist somit neben den Kosten- und Entschädigungsfolgen (Dispositiv-Ziffer 9 und 10) vor allem der persönliche Unterhaltsanspruch der Gesuchstellerin (Dispositiv-Ziffer 6).

2. Gemäss Art. 272 ZPO gilt in eherechtlichen Summarverfahren der Untersuchungsgrundsatz. Dies bedeutet, dass das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt. Betreffend die Belange der Ehegatten untereinander gelangt die Dispositionsmaxime zur Anwendung (Art. 58 Abs. 1 ZPO), d.h. das Gericht ist an die Parteianträge gebunden und darf einer Partei nicht mehr zusprechen, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat. Im Berufungsverfahren gilt aber auch im Bereich der Untersuchungsmaxime die Rüge- bzw. Be-

gründungsobliegenheit, was bedeutet, dass die Berufung führende Partei sich sachbezogen mit den Entscheidungsgründen der Vorinstanz im Einzelnen auseinandersetzen und konkret aufzuzeigen hat, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren der Vorinstanz falsch war. Dieser Anforderung genügt ein Berufungskläger nicht, wenn er lediglich auf die vor erster Instanz vorgetragenen Vorbringen verweist, sich mit Hinweisen auf frühere Prozesshandlungen zufriedengibt oder den angefochtenen Entscheid in allgemeiner Weise kritisiert. Der Berufungskläger hat die von ihm kritisierten Erwägungen des angefochtenen Entscheids sowie auch die Aktenstücke, auf die er seine Kritik stützt, genau zu bezeichnen. (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A\_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Was nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.w.H. S. 416 f.). In diesem Rahmen ist insoweit auf die Parteivorbringen einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 134 I 83 E. 4.1).

3. Überdies ist in prozessualer Hinsicht zu beachten, dass gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Dies gilt auch in Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen (BGer 4D\_8/2015 vom 21. April 2015, E. 2.2; BGE 138 III 625 E. 2.1 f.). Gemäss Praxis der Kammer gilt dies auch bei Kinderbelangen, in denen gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO der Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen ist. Unechte Noven, die bei zumutbarer Sorgfalt bereits vor erster Instanz hätten geltend gemacht werden können, können daher grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden, es sei denn, eine Partei rüge, die Vorinstanz habe eine bestimmte Tatsache in Verletzung der Untersuchungsmaxime nicht beachtet (vgl. statt vieler *OGer ZH LE150006 vom 04.03.2015, E. 4.1*). Der angefochtene Entscheid datiert vom 14. März 2016 (Urk. 43). Insbesondere betreffend die Kinderbelange war der

Sachverhalt durch die Vorinstanz von Amtes wegen abzuklären und neue Tatsachen und Beweismittel waren bis zur Urteilsberatung zu berücksichtigen (Art. 229 Abs. 3 ZPO). Soweit die im Rahmen des Berufungsverfahrens eingereichten Urkunden vor diesem Datum ergingen, es sich mithin um unechte Noven handelt, können sie zufolge Verspätung grundsätzlich keine Berücksichtigung mehr finden.

### **III. Materielles**

#### **A. Persönlicher Unterhaltsanspruch der Gesuchstellerin**

1. Die Vorinstanz hat zutreffend dargelegt, unter welchen Voraussetzungen im Eheschutzverfahren Unterhaltsbeiträge geschuldet und wie diese zu berechnen sind (Urk. 43 E. III./6.1). Auf diese Ausführungen kann verwiesen werden. Die Erstinstanz hat den Unterhaltsanspruch der Gesuchstellerin nach der zweistufigen Methode (Existenzminimumberechnung mit Überschussverteilung) berechnet (Urk. 43 E. III./6.1.2). Diese Methode erscheint den vorliegenden Verhältnissen angemessen und wurde von den Parteien im Berufungsverfahren auch nicht gerügt. Ebenfalls nicht gerügt wurde das Einkommen der Gesuchstellerin, weshalb bei ihr weiterhin von Fr. 720.– pro Monat auszugehen ist (Urk. 43 E. III./6.2).

#### **2. Einkommen des Gesuchsgegners**

2.1 Beim Einkommen des Gesuchsgegners ging die Vorinstanz von einem monatlichen Nettolohn bei der H.\_\_\_\_\_ AG von Fr. 9'651.20 (Fr. 8'983.60 [Fixlohn] + Fr. 667.60 [Bonus]) aus (Urk. 43 E. III./6.3.1 und 6.3.2). Dieser Teil der Einkommensberechnung sowie auch die Hinzurechnung von Fr. 900.– Kinderzulagen wird im Berufungsverfahren von keiner Partei kritisiert, weshalb darauf nicht näher einzugehen ist.

2.2 Zum vorerwähnten Erwerbseinkommen addierte die Vorinstanz die Erträge, welche der Gesuchsgegner mit der Vermietung seiner Liegenschaften erzielte (Urk. 43 E. III./6.3.3 und 6.3.4). Neben der von der Gesuchstellerin bewohnten ehelichen Liegenschaft an der E.\_\_\_\_\_ -Strasse ... in F.\_\_\_\_\_ (nachfolgend Liegenschaft "E.\_\_\_\_\_ -Strasse") besitzt der Gesuchsgegner ein Einfamilienhaus am

I.\_\_\_\_\_-Weg ... in J.\_\_\_\_\_\_ (nachfolgend Liegenschaft "I.\_\_\_\_\_-Weg") sowie eine Stockwerkeigentumswohnung am K.\_\_\_\_\_-Hof ... in J.\_\_\_\_\_\_ (nachfolgend Liegenschaft "K.\_\_\_\_\_-Hof"). Durch die Vermietung der beiden letztgenannten Immobilien erwirtschaftete der Gesuchsgegner gemäss Erwägungen der Vorinstanz einen Liegenschaftenertrag von netto Fr. 1'794.75 (Liegenschaft I.\_\_\_\_\_-Weg) und Fr. 815.40 (Liegenschaft K.\_\_\_\_\_-Hof). Insgesamt rechnete die Vorinstanz dem Gesuchsgegner somit zusätzliche Mieteinnahmen von Fr. 2'610.15 an (Urk. 43 S.17). Zusammenfassend ging die Vorinstanz in einer ersten Phase von folgendem Gesamteinkommen des Gesuchsgegners aus (Urk. 43 S. 20):

<i>Erwerbseinkommen</i>	<i>Fr. 8'983.60</i>
<i>Einkommen aus variabler Vergütung</i>	<i>Fr. 667.60</i>
<i>Liegenschaftenertrag I._____-Weg</i>	<i>Fr. 1'794.75</i>
<i>Liegenschaftenertrag K._____-Hof</i>	<i>Fr. 815.40</i>
<hr/>	
<b>Total</b>	<b>Fr. 12'261.35</b>

Diese Einkommensberechnung wird von der Gesuchstellerin in ihrer Berufungsschrift ausdrücklich anerkannt (Urk. 42 S. 4 a.E.).

2.3 In einer zweiten Phase ab 1. April 2016 reduzierte die Vorinstanz dann jedoch das Einkommen des Gesuchsgegners um den Liegenschaftenertrag I.\_\_\_\_\_-Weg von monatlich Fr. 1'794.75. Der Gesuchsgegner habe anlässlich der Hauptverhandlung vorgebracht, die Mieteinnahmen der Liegenschaft I.\_\_\_\_\_-Weg würden für das Jahr 2016 voraussichtlich wegfallen, da er gezwungen sei, die Liegenschaft zu verkaufen, um die laufenden Kosten bezahlen zu können, und weil die jetzigen Mieter ihm mitgeteilt hätten, dass sie ausziehen würden. In diesem Zusammenhang legte der Gesuchsgegner im vorinstanzlichen Verfahren die schriftliche Kündigung der damaligen Mieter per 31. März 2016 (Urk. 29/2) sowie eine Reservationsvereinbarung über den Verkauf der Liegenschaft I.\_\_\_\_\_-Weg (Urk. 35) ins Recht (Urk. 43 E. III./6.3.4.1). Die stetigen Ausführungen des Gesuchsgegners, die Liegenschaft beim Auszug der jetzigen Mieter nicht mehr halten zu können und sie deshalb verkaufen zu müssen, würden durch die eingereichte Reservationsvereinbarung untermauert – so die Vorinstanz weiter. Eine Reservationsvereinbarung habe zwar nicht den Beweiswert eines öffentlich beur-

kundeten Kaufvertrags, lege aber immerhin dar, dass der Gesuchsgegner die notwendigen Vorkehrungen zum Verkauf der Liegenschaft getroffen habe. Es lägen keine Hinweise vor, welche an der Richtigkeit dieses Dokuments Zweifel wecken würden. Dem Gesuchsgegner gelinge es somit, glaubhaft darzulegen, dass die Liegenschaft I.\_\_\_\_-Weg tatsächlich verkauft werde. Es sei daher angezeigt, diese finanzielle Veränderung bereits im vorliegenden Entscheid zu berücksichtigen (Urk. 43 E. III./6.3.4.4). Gestützt auf die eingereichte Kündigung der Mieter sei davon auszugehen, dass die Liegenschaft I.\_\_\_\_-Weg ab dem 31. März 2016 nicht mehr vermietet sein werde. Entsprechend würden die monatlichen Mietzinseinnahmen von Fr. 1'794.75 ab dem 1. April 2016 dahinfallen, was zu folgendem Gesamteinkommen des Gesuchsgegners für die zweite Phase führe (Urk. 43 S. 20):

<i>Erwerbseinkommen</i>	<i>Fr.</i>	<i>8'983.60</i>
<i>Einkommen aus variabler Vergütung</i>	<i>Fr.</i>	<i>667.60</i>
<i>Liegenschaftenertrag I.____-Weg</i>	<i>Fr.</i>	<i>0.00</i>
<i>Liegenschaftenertrag K.____-Hof</i>	<i>Fr.</i>	<i>815.40</i>
<hr/>		
<b><i>Total</i></b>	<b><i>Fr.</i></b>	<b><i>10'466.60</i></b>

2.4 Gegen diese Einkommensreduktion wehrt sich die Gesuchstellerin vor Obergericht. Auch wenn der Gesuchsgegner eine Kündigung des Mietverhältnisses durch die damaligen Mieter per 31. März 2016 vorgelegt habe, heisse das nicht, dass er gezwungen gewesen sei, die Liegenschaft zu verkaufen. Der Gesuchsgegner habe keinerlei Belege zu den angeblich erfolglosen Vermietungsbemühungen eingereicht. Er habe offenbar versucht, die Liegenschaft, welche zu massgeblichen Erträgen geführt habe, über den Kopf der Gesuchstellerin hinweg zu verkaufen. Der Gesuchsgegner hätte die Möglichkeit gehabt, die Liegenschaft weiterhin zu vermieten. Etwas anderes sei nicht glaubhaft gemacht worden. Entsprechend sei ihm der bisherige Mietertrag als Einkommen anzurechnen. Der Verkauf der Liegenschaft würde gegen jegliche Vernunft und offensichtlich nur deshalb erfolgen, um der Gesuchstellerin zu schaden. Damit habe sich der Gesuchsgegner weiterhin den bisherigen Mietertrag aus der Liegenschaft anrechnen zu lassen. Die Argumentation der Vorinstanz sei überdies auch in einem weiteren Punkt unrichtig. So habe sie mit keinem Wort erwähnt, dass der Verkaufserlös

gemäss Reservationsvereinbarung von offenbar Fr. 920'000.– abzüglich der auf der Liegenschaft lastenden Hypothekarschuld zu einem erheblichen Vermögensertrag führen werde (Urk. 42 S. 5 f.; Urk. 58 S. 4).

2.5 Der Gesuchsgegner bringt vor Obergericht im Wesentlichen vor, die Unterhaltsberechnungen der Vorinstanz seien korrekt und nachvollziehbar. Der Verkauf der Liegenschaft I.\_\_\_\_\_-Weg sei nötig gewesen, weil sich das Haus nach dem Auszug der bisherigen Mieter nur mit erhöhtem Renovationsaufwand hätte wiedervermieten lassen. Die Immobilie sei im Internet sowohl zum Verkauf als auch zur Vermietung inseriert worden. Mietinteressenten hätten sich jedoch bis Ende Dezember 2015 keine gemeldet. Hingegen hätten Ende Dezember 2015 zwei Interessenten eine Kaufzusage inklusive Finanzierungsbestätigung abgegeben. Der Verkauf sei inzwischen vollzogen und die Eigentumsübertragung an die Käufer bereits erfolgt. Als Beleg für den Verkauf reicht der Gesuchsgegner den öffentlich beurkundeten Kaufvertrag sowie die Grundbuchanmeldung ein (Urk. 56/1 und 56/2). Der Verkaufserlös aus der Liegenschaft I.\_\_\_\_\_-Weg in Höhe von insgesamt Fr. 920'000.– sei wie folgt verwendet worden: Mit Fr. 560'000.– sei die bestehende Hypothek abgelöst worden, Fr. 70'000.– hätten als Pensionskassen-Vorbezug an die Vorsorgeeinrichtung zurückbezahlt und Fr. 51'340.– zur Sicherstellung der Grundstückgewinnsteuer geleistet werden müssen. Der Rest des Verkaufserlöses in der Höhe von Fr. 238'000.– sei auf dem Liegenschaftskonto bei der Schwyzer Kantonalbank verblieben und werde nun vom Gesuchsgegner zum Erwerb einer selbstbewohnten Eigentumswohnung verwendet. Demzufolge könne der Gesuchsgegner vom Verkaufserlös auch keine ehelichen Schulden zurückzahlen. Würde er den Erlös aus dem Hausverkauf für die Schuldentilgung verwenden, so würde er riskieren, dass ihm für den Kauf einer neuen Liegenschaft nicht mehr genug Eigenkapital zur Verfügung stünde. Zusammenfassend habe die Vorinstanz den weggefallenen Mietertrag aufgrund des Hausverkaufs zutreffend gewürdigt und diesen dem Gesuchsgegner ab April 2016 zu Recht nicht mehr als Einkommen angerechnet (Urk. 54 S. 3 ff.).

2.6 Vorliegend ist belegt und wird auch von der Gesuchstellerin nicht bestritten, dass die Liegenschaft I.\_\_\_\_\_-Weg tatsächlich verkauft und bereits auf die neuen

Eigentümer übertragen wurde (Urk. 56/1 und 56/2). In diesem Sinne hat sich die Vorhersage bzw. Prognose der Vorinstanz vollumfänglich bewahrheitet. Aufgrund des Verkaufs der Immobilie erwirtschaftet der Gesuchsgegner mit der Liegenschaft I. \_\_\_\_\_-Weg heute keine Mietzinseinnahmen mehr. Die Gesuchstellerin beantragt dennoch, dass dem Gesuchsgegner der damalige Liegenschaftenertrag im Sinne eines hypothetischen Einkommens anzurechnen sei.

2.6.1 Im Eheschutzverfahren darf bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen vom tatsächlichen Leistungsvermögen eines Ehegatten abgewichen und stattdessen von einem hypothetischen Einkommen ausgegangen werden, wenn eine entsprechende Einkommenssteigerung möglich und zumutbar ist (BGE 128 III 4 E. 4a, m.w.H.). Die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens hat keinen pönalen Charakter. Selbst bei Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit in Schädigungsabsicht darf dem Ehegatten ein hypothetisches Einkommen nur angerechnet werden, wenn er die Verminderung seiner Leistungskraft rückgängig machen kann (BGer 5A\_34/2015 vom 29. Juni 2015, E. 7.1.1; BGer 5A\_210/2013 vom 24. Dezember 2013, E. 4.2; BGE 128 III 4 E. 4a; BGE 117 II 16 E. 1b). Was für das Einkommen und den Vermögensertrag als Bestandteil des Einkommens gilt, muss notwendigerweise und erst recht für das Vermögen als solches Gültigkeit haben. Das Äufnen von Vermögen nach einer Vermögensentäusserung ist nämlich bedeutend schwieriger und hängt in geringerem Masse vom guten Willen des Betroffenen allein ab, als dies für eine Steigerung des Erwerbseinkommens üblicherweise zutrifft. Entäussert sich der Unterhaltspflichtige – sei es auch verschuldetermassen oder gar aus bösem Willen – seines Vermögens und kann dieser Vermögensschwund bzw. diese Vermögensumlagerung nicht rückgängig gemacht werden, muss auf die verbleibende effektive Leistungsfähigkeit abgestellt werden, auch wenn dies im Einzelfall unbefriedigend erscheinen mag (BGer 5A\_144/2015 vom 13. August 2015, E. 3.3.3; BGer 5A\_210/2013 vom 24. Dezember 2013, E. 4.2; BGer 5A\_417/2011 vom 20. September 2011, E. 2.2; BGE 128 III 4 E. 4a; BGE 117 II 16 E. 1b; OGer ZH LZ130003 vom 27.01.2014, E. II./5.1.5).

2.6.2 Nach dem Gesagten kann hier offenbleiben, aus welchem Grund der Gesuchsgegner die Liegenschaft I. \_\_\_\_\_-Weg veräusserte, und es dürfen ihm keine hypothetischen Mietzinseinnahmen aus der verkauften Liegenschaft angerechnet werden. Die Vermögensumlagerung, d.h. der Verkauf der Liegenschaft I. \_\_\_\_\_-Weg kann zweifellos nicht mehr rückgängig gemacht werden, weshalb der Gesuchsgegner faktisch ausserstande ist, den hypothetischen Vermögensertrag in Form von Mietzinseinnahmen zu erzielen. Zudem ist davon auszugehen, dass es dem Gesuchsgegner auch nicht möglich ist, mit dem verbliebenen Kapital erneut eine ähnlich ertragsreiche Renditeliegenschaft zu erwerben. Aufgrund der heutigen Anforderungen an die Tragbarkeit einer Hypothek wird es dem Gesuchsgegner mit seinem Einkommen bzw. seinen Unterhaltsverpflichtungen nicht gelingen, einen Hypothekarkredit in der erforderlichen Grössenordnung zu erhalten. Allerdings ist der Gesuchstellerin insofern Recht zugeben, dass der Gesuchsgegner durch den Verkaufserlös möglicherweise in der Lage ist, einen anderweitigen Vermögensertrag zu erwirtschaften (Urk. 42 S. 6).

2.6.3 Der Gesuchsgegner behauptet zwar, dass er den gesamten Verkaufserlös in eine selbstbewohnte Eigentumswohnung investieren werde, da er nicht ewig zur Miete wohnen wolle und da auch die Gesuchstellerin in einer Eigentumswohnung wohne. Zu diesem Zweck führe er derzeit Gespräche mit seiner Bank, um die Finanzierung zu verhandeln (Urk. 54 S. 5). Belege dafür, dass der Gesuchsgegner tatsächlich beabsichtigt, den erzielten Verkaufserlös in eine neue Eigentumswohnung zu investieren, beispielsweise seine bisherigen Suchbemühungen, reicht er nicht ein. Allein die Umstände, dass der Gesuchsgegner nicht ewig zur Miete wohnen möchte und dass auch die Gesuchstellerin in einer Eigentumswohnung lebt, genügen nicht, um glaubhaft zu machen, dass der gesamte Verkaufserlös tatsächlich in eine neue Immobilie investiert werden wird. Da der Gesuchsgegner seit August 2015 in einer Mietwohnung in F. \_\_\_\_\_ lebt (Urk. 12/21), ist keine Notwendigkeit ersichtlich, weshalb er zwingend in eine Eigentumswohnung umziehen müsste. Zumindest macht er nicht geltend, dass er seine derzeitige Mietwohnung in nächster Zeit verlassen müsse. Seine Behauptung, die aktuelle 2.5-Zimmerwohnung sei für die Bedürfnisse des Gesuchsgegners viel zu klein und er benötige für sich und die Kinder mindestens den gleichen

Wohnraum wie die Gesuchstellerin (Urk. 54 S. 5; Urk. 65 S. 4 f.), ist zudem neu und daher nicht zu berücksichtigen. Soweit ersichtlich war die Wohnsituation des Gesuchsgegners vor Erstinstanz kein Thema und auch der Gesuchsgegner behauptet nicht, dass er diese Thematik bereits im vorinstanzlichen Verfahren aufgebracht hätte. Die Anrechnung seiner momentanen Wohnkosten von Fr. 1'402.– hat er sodann auch nie beanstandet. Zusammenfassend konnte der Gesuchsgegner nicht glaubhaft machen, dass er den Erlös aus dem Verkauf der Liegenschaft I.\_\_\_\_-Weg tatsächlich bereits in neues Wohneigentum investiert hat bzw. in naher Zukunft investieren wird. Es handelt sich bei diesem Vorbringen um eine Parteibehauptung. Es ist dem Gesuchsgegner möglich und auch zumutbar, das vorhandene Kapital zur Erfüllung seiner Unterhaltspflicht anderweitig anzulegen und einen entsprechenden Vermögensertrag zu generieren.

2.6.4 Was die Höhe des Verkaufserlöses anbelangt, ist belegt, dass der Kaufpreis der Liegenschaft I.\_\_\_\_-Weg gesamthaft Fr. 920'000.– betragen hat (Urk. 56/1 S. 8). Davon geht auch die Gesuchstellerin aus (Urk. 42 S. 6). Zudem ist es glaubhaft und nachvollziehbar, dass der Gesuchsgegner vorab die auf der verkauften Liegenschaft lastende Hypothek in der Höhe von Fr. 560'000.– (Urk. 12/18) ablösen musste. Auch das anerkennt die Gesuchstellerin dem Grundsatz nach (Urk. 42 S. 6). Gemäss Kaufvertrag wurde die Hypothek nicht auf die Käuferschaft übertragen (Urk. 56/1). Da aus Sicht der Bank die Sicherheit bzw. das Pfand (d.h. das Grundstück) für den Hypothekarkredit durch den Verkauf weggefallen ist, ist eine Rückzahlung der Darlehensschuld naheliegend, wenn nicht sogar offensichtlich. Somit ist davon auszugehen, dass der Gesuchsgegner mit einem Teil des Verkaufserlöses die Hypothek von Fr. 560'000.– abgelöst hat. Die übrige vom Gesuchsgegner geltend gemachte Verwendung des Kapitals, nämlich die angebliche Rückzahlung an die Pensionskasse sowie die Sicherstellung der Grundstückgewinnsteuer (Urk. 54 S. 4 f.), ist demgegenüber weder belegt noch glaubhaft gemacht. Diese Zahlungen gehen nicht aus dem Kaufvertrag hervor. Es wäre für den Gesuchsgegner jedoch ein Leichtes gewesen, die Zahlung bzw. die Sicherstellung mit den entsprechenden Urkunden zu belegen. Dies hat er nicht getan. Entsprechend kann auch nicht nachgeprüft werden, ob die Höhe der geltend gemachten Beträge korrekt ist. Es handelt sich somit wiederum um reine

Parteibehauptungen, die zur Glaubhaftmachung nicht ausreichen. Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass dem Gesuchsgegner nach Abzug der Hypothek ein Verkaufserlös von Fr. 360'000.– verblieben ist (Fr. 920'000.– ./ Fr. 560'000.–). Somit ist nachfolgend zu prüfen, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe dem Gesuchsgegner aufgrund dieses Kapitals ein Vermögensertrag angerechnet werden kann.

2.6.5 Wird ein beweglicher Vermögenswert ertragslos oder mit niedriger Verzinsung angelegt, kann ein hypothetischer Vermögensertrag angerechnet werden (BGer 5A\_232/2011 vom 17. August 2011, E. 2.2). Vom Eigentümer darf grundsätzlich erwartet werden, dass er für eine Vermögensanlage zu einem üblichen Zinssatz besorgt ist (Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. A., 2010, N 01.70). Wie die Anrechnung eines hypothetischen Erwerbseinkommens ist aber auch die Anrechnung eines hypothetischen Vermögensertrags nur statthaft, wenn dessen Erzielung möglich und zumutbar ist. Dabei sind unter anderem der Anlagehorizont, die bisherige Anlagestrategie sowie die durchschnittlich erzielbaren Zinsen innerhalb des Anlagehorizonts von Bedeutung. Zumutbar sind nur sichere, nicht spekulative Anlagen (vgl. OGer ZH LP090044 vom 01.07.2011, E. II./B.3.4.2.c). Im vorliegenden Eheschutzverfahren ist eher eine kurzfristige Beurteilung vorzunehmen beziehungsweise von einem eher kurzfristigen Anlagehorizont auszugehen. Ein solcher relativiert die aufgrund der Marktlage und dem aktuellen Tiefzinsumfeld ohnehin unsichere Möglichkeit, nachhaltige Kursgewinne zu erzielen, zusätzlich. Wie die vergangenen Jahre gezeigt haben, erscheint – zumindest im vorliegend relevanten Anlagehorizont – die Erholung der Zinslandschaft denn auch unrealistisch. Unter Berücksichtigung der Wirtschaftslage, des aktuellen Tiefzinsumfelds sowie des Umstandes, dass vom Gesuchsgegner eine spekulative Anlage nicht erwartet werden kann, rechtfertigt es sich vorliegend, von einem Vermögensertrag von 1% auszugehen. Es ist dies zudem in etwa derjenige Zinssatz, den die Kammer gemäss ihrer Praxis in vergleichbaren Fällen einzusetzen pflegt (vgl. OGer ZH LY150035 vom 10.02.2016, E. III./2.2.3, wo entschieden wurde, dass ein von der Vorinstanz festgelegter Vermögensertrag von 1.25% nicht zu beanstanden sei). Bei einem ertragsfähigen Vermögen von Fr. 360'000.– ist dem Gesuchsgegner nach dem Gesagten ein jährlicher Vermö-

gensertrag von Fr. 3'600.– bzw. Fr. 300.– pro Monat als Einkommen anzurechnen.

2.7 Zusammengefasst erhöht sich das Einkommen des Gesuchsgegners in der zweiten Phase ab April 2016 im Vergleich zum angefochtenen Urteil um Fr. 300.– auf **Fr. 10'766.60**.

### 3. Bedarfsberechnung der Parteien

3.1 Die Vorinstanz berechnete für die Gesuchstellerin zusammen mit den Kindern einen monatlichen Bedarf von Fr. 5'465.80 und für den Gesuchsgegner einen solchen von Fr. 5'479.15 (Urk. 43 E. III./6.4 und 6.5).

3.2 Die Gesuchstellerin beanstandet im Berufungsverfahren in ihrem eigenen Bedarf die Positionen Mobilität und Steuern, und im Bedarf des Gesuchsgegners kritisiert sie folgende Positionen: Parkplatz, auswärtige Verpflegung, Amortisation eheliche Liegenschaft und Kreditkartenschulden (Urk. 42 S. 6 f.).

#### 3.3 *Mobilität (im Bedarf der Gesuchstellerin)*

3.3.1 Die Vorinstanz rechnete der Gesuchstellerin unter dem Titel Mobilität Fr. 100.– pro Monat an. Auch wenn die Gesuchstellerin keine eigentlichen Auslagen für Mobilität habe, könne davon ausgegangen werden, dass sie oder die Kinder von Zeit zu Zeit auf die öffentlichen Verkehrsmittel angewiesen seien, sei es um Einkäufe zu gehen oder um zum Fussballtraining zu gelangen (Urk. 43 E. III./6.4.7).

3.3.2 Die Gesuchstellerin beanstandet diese Mobilitätskosten von Fr. 100.– als erheblich zu tief. Sie habe vor Vorinstanz die Anrechnung von Fr. 150.– beantragt, was für eine Mutter mit drei Kindern sicher nicht übersetzt sei. Die 16-jährige Tochter G.\_\_\_\_\_, welche Fussball spiele und dreimal pro Woche nach L.\_\_\_\_\_ fahren müsse, benötige pro Billet Fr. 6.60, was Fr. 79.– im Monat entspreche (Urk. 42 S. 6).

3.3.3 Vorab ist festzuhalten, dass die geltend gemachten Kosten im Zusammenhang mit dem Fussballtraining von G.\_\_\_\_\_ erstmals vor Obergericht vorge-

tragen werden. Zumindest behauptet die Gesuchstellerin nicht, dass sie diese Kosten bereits im vorinstanzlichen Verfahren substantiiert vorgebracht und belegt hätte. Anlässlich der Eheschutzverhandlung vom 13. November 2015 hat die Gesuchstellerin lediglich "Fahrtkosten öV" von Fr. 150.– geschätzt, ohne darzutun, wie sich diese zusammensetzen (Urk. 21 S. 7 und Urk. 22/2). Zudem erklärt die Gesuchstellerin selbst, dass G.\_\_\_\_\_ aus dem Fussballclub ausgetreten sei (Urk. 58 S. 6). Entsprechend fallen die behaupteten Transportkosten im Zusammenhang mit dem Fussballtraining nicht mehr an. Weitere Beanstandungen an den vorinstanzlichen Erwägungen bringt die Gesuchstellerin nicht vor, weshalb ihr weiterhin Fr. 100.– unter dem Titel Mobilität anzurechnen sind.

#### *3.4 Steuern (im Bedarf der Gesuchstellerin)*

3.4.1 Im Zusammenhang mit den Steuern der Gesuchstellerin erwog die Vorinstanz, dass in Anbetracht ihres Bedarfs von einem Nettoeinkommen zwischen Fr. 50'000.– und Fr. 60'000.– auszugehen sei, was einer Steuerbelastung von rund Fr. 400.– monatlich entspreche (Urk. 43 E. III./6.4.8).

3.4.2 Die Gesuchstellerin bringt berufsweise vor, die Position Steuern sei mit Fr. 400.– zu tief angesetzt worden. Beantragt habe sie vor Vorinstanz Fr. 577.–. Mindestens Fr. 500.–, wie beim Gesuchsgegner, seien angemessen (Urk. 42 S. 6).

3.4.3 Die Gesuchstellerin setzt sich mit den angefochtenen Erwägungen der Vorinstanz nicht auseinander. So erklärt sie nicht, weshalb die Berechnungen der Vorderrichterin falsch seien oder weshalb bei ihr von einem höheren Nettoeinkommen ausgegangen werden müsste. Zudem ist nicht nachvollziehbar, weshalb der Gesuchstellerin exakt gleich hohe Steuerauslagen anfallen sollen wie dem Gesuchsgegner. Auch bei einem ähnlich hohen Nettoeinkommen resultiert bei der Gesuchstellerin, die in den Genuss des Einzelnerntarifs kommt, dank den beträchtlichen Kinderabzügen ein tieferes steuerbares Einkommen. Die vorinstanzlichen Erwägungen in Bezug auf die Steuern sind nicht zu beanstanden, weshalb die Berufung der Gesuchstellerin in diesem Punkt abzuweisen ist.

### *3.5 Parkplatz (im Bedarf des Gesuchsgegners)*

3.5.1 Gemäss vorinstanzlichem Urteil seien die Kosten für einen Parkplatz ausgewiesen. Dass der Gesuchsgegner über ein Auto verfüge, sei nicht bestritten und werde zudem durch diverse Unterlagen belegt. Es sei somit angezeigt, dem Gesuchsgegner diese Kosten zuzugestehen, insbesondere auch im Hinblick auf den ihm ebenfalls zustehenden Beitrag an die Mobilitätskosten für Freizeitaktivitäten (Urk. 43 E. III./6.5.2).

3.5.2 Die Gesuchstellerin bringt vor Obergericht vor, der Gesuchsgegner führe selbst aus, nicht auf ein Fahrzeug angewiesen zu sein, weshalb ihm im Bedarf auch kein Fahrzeug angerechnet worden sei. Da dem Gesuchsgegner im Rahmen des familienrechtlichen Bedarfs kein Auto zur Verfügung stehe, könnten ihm auch keine Parkplatzkosten von Fr. 35.– angerechnet werden (Urk. 42 S. 7).

3.5.3 Die Gesuchstellerin bestreitet nach wie vor nicht, dass der Gesuchsgegner über ein Fahrzeug verfügt und dieses somit zum ehelichen Lebensstandard gehört. Da der Gesuchsgegner bereits während des Zusammenlebens ein Auto besass, können ihm die (geringfügigen) Parkplatzkosten von gerade einmal Fr. 35.– auch weiterhin angerechnet werden. Zudem sind die Mietkosten für die Wohnung des Gesuchsgegners von rund Fr. 1'400.– bereits relativ moderat. Die Gesamtkosten für die Wohnung und den Parkplatz belaufen sich insgesamt auf Fr. 1'437.–, was den vorliegenden Verhältnissen angemessen erscheint und nicht zu beanstanden ist.

### *3.6 Auswärtige Verpflegung (im Bedarf des Gesuchsgegners)*

3.6.1 Diesbezüglich erwog die Vorinstanz, es sei unbestritten, dass der Arbeitgeber des Gesuchsgegners keine Verpflegungsentschädigung mehr ausbezahle. Es seien vorliegend keinerlei Hinweise ersichtlich, welche für eine verbilligte Essensabgabe sprechen würden. Die Tatsache, dass die Kantine der Nachbarfirma auch für andere Firmen oder allenfalls sogar für die Öffentlichkeit zur Verfügung stehe, spreche gerade dafür, dass die Mahlzeiten nicht vergünstigt angeboten würden, jedenfalls nicht für externe Gäste. Demnach sei dem Gesuchsgegner der

gerichtsübliche Betrag für die Kosten der auswärtigen Verpflegung in der Höhe von Fr. 220.– einzusetzen (Urk. 43 E. III./6.5.7).

3.6.2 Die Gesuchstellerin rügt vor Obergericht, der Gesuchsgegner könne nach wie vor die Kantine der Nachbarfirma benutzen. Ein Essenszuschlag würde ihm nur zustehen, um die Mehrkosten in einem Restaurant, also einer gewinnorientierten Unternehmung, zu decken, nicht aber in einer Kantine, in welcher die Mahlzeiten notorischerweise zu Selbstkosten abgegeben würden. Der Gesuchsgegner habe nicht dargelegt, wie hoch seine Essenskosten seien und dass diese den in einer Kantine üblichen Betrag übersteigen würden. Solche Mehrauslagen habe der Gesuchsgegner nicht nachgewiesen und gehörten somit nicht in die Bedarfsrechnung (Urk. 42 S. 7 und Urk. 58 S. 7).

3.6.3 Im Grundbetrag sind die üblichen Kosten für Nahrung grundsätzlich bereits enthalten, weshalb bei der Position "auswärtige Verpflegung" nur Mehrkosten berücksichtigt werden können (Ziffer III./3.2 des Kreisschreibens für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009 [fortan Kreisschreiben]). Dabei sind 50% des Grundbetrages für die Nahrungskosten vorgesehen (Kreisschreiben, Ziffer V), vorliegend somit ca. Fr. 600.–. Davon wiederum sind etwa 55%, mithin Fr. 330.– pro Monat bzw. Fr. 11.– pro Tag für das Mittagessen zu verwenden (*OGer ZH RB140035 vom 13.11.2014, E. 3.2.1* mit Verweis auf ZR 84 [1985] Nr. 68). Nicht nachvollziehbar ist die Aussage der Gesuchstellerin, wonach in einer Kantine die Mahlzeiten notorischerweise – auch für externe Gäste – zu Selbstkosten abgegeben würden. Bei den Kantinenbetreiberinnen handelt es sich nicht um wohltätige Institutionen, sondern um gewöhnliche Unternehmungen, welche gewinnorientiert wirtschaften. Im Normalfall existieren in einem Personalrestaurant bzw. einer Kantine für interne Mitarbeiter und externe Gäste je unterschiedliche Preiskategorien. Die Behauptung, der Gesuchsgegner könne sein Mittagessen als externer Gast zu Selbstkosten beziehen, ist nicht lebensnah und somit auch nicht glaubhaft. Nach dem Gesagten sind übereinstimmend mit der Vorinstanz keine Hinweise ersichtlich, welche für eine verbilligte Essensabgabe sprechen würden. Für auswärtige Verpflegung werden in der Regel Fr. 10.– pro Mahlzeit hinzugerechnet, wenn die Mahlzeiten nicht vom Ar-

beitgeber verbilligt werden (Maier, Die konkrete Berechnung von Unterhaltsansprüchen im Familienrecht, dargestellt anhand der Praxis der Zürcher Gerichte seit Inkraftsetzung der neuen ZPO, in: FamPra 2014, S. 302 ff., S. 325, m.w.H). Demnach ist der von der Erstinstanz eingesetzte (gerichtsübliche) Betrag von Fr. 220.– für auswärtige Verpflegung nicht zu beanstanden.

### *3.7 Amortisation eheliche Liegenschaft (im Bedarf des Gesuchsgegners)*

3.7.1 Die Vorinstanz erwog diesbezüglich, die eingereichten Belege würden nahelegen, dass der Gesuchsgegner im Zusammenhang mit der ehelichen Liegenschaft bislang eine direkte Amortisation von jährlich Fr. 1'500.– sowie eine indirekte Amortisation von jährlich Fr. 6'700.– geleistet habe. Die indirekte Amortisation stehe dabei in Verbindung mit der 3. Säule. Dass der Gesuchsgegner in eine 3. Säule einzahle, werde auch von der Gesuchstellerin grundsätzlich nicht bestritten. Ob diese Zahlungen zwingend seien oder nicht, könne indes offengelassen werden, da die Gesuchstellerin selbst geltend mache, die eheliche Liegenschaft sei mit Errungenschaftsmitteln gekauft worden. Es liege demnach auch im Interesse der Gesuchstellerin, dass der Gesuchsgegner die laufenden Amortisationen der ehelichen Liegenschaft – welche vermögensbildenden Charakter hätten – aufrecht erhalte. Demzufolge ging die Vorinstanz von einer jährlichen Amortisation von insgesamt Fr. 8'200.– aus, was einem Betrag von Fr. 683.35 pro Monat entspricht (Urk. 43 E. III./6.5.9).

3.7.2 Die Gesuchstellerin kritisiert im Berufungsverfahren, der Gesuchsgegner habe nicht dargelegt, dass er vertraglich verpflichtet bzw. gezwungen sei, bestehende Hypotheken zu amortisieren. Die Gesuchstellerin habe eine solche Verpflichtung bereits vor Vorinstanz bestritten. Der Gesuchsgegner habe die entsprechenden Hypothekarverträge bis heute nicht eingereicht. Nachdem der Gesuchsgegner die behaupteten Kosten nicht glaubhaft gemacht habe und diese von der Gesuchstellerin bestritten worden seien, dürften sie im Bedarf auch nicht eingerechnet werden (Urk. 42 S. 7 f. und Urk. 58 S. 5).

3.7.3 Der Gesuchsgegner bringt demgegenüber vor, die Amortisationszahlungen erfolgten nicht freiwillig, sondern seien mit der Bank so vereinbart und in den

Vorakten der Höhe nach ausgewiesen. Der Gesuchsgegner habe die Belege über die Amortisation der Hypotheken anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung einreichen wollen. Die Vorinstanz habe dies jedoch nicht für nötig gehalten, weil es gerichtsnotorisch sei, dass bei hypothekarbelasteten Liegenschaften Zins- und Amortisationskosten anfallen würden und die Höhe der Zahlungen nachgewiesen sei. Auf Wunsch der Gesuchstellerin reiche der Gesuchsgegner nun die entsprechenden Unterlagen zu den Akten (Urk. 67/9-17). Aus diesen Urkunden gehe hervor, welche Zahlungsverpflichtungen für den Gesuchsgegner aus der Hypothek für die eheliche Liegenschaft bestünden. Insbesondere sei daraus ersichtlich, dass der Gesuchsgegner rechtlich verpflichtet sei, direkte und indirekte Amortisationen zu leisten (Urk. 54 S. 6 und Urk. 65 S. 3 f.).

3.7.4 Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts handelt es sich bei der Amortisation von Grundpfandschulden (im Unterschied zu Hypothekarzinsen) um Vermögensbildung; sie ist deshalb bei der Berechnung der Unterhaltsbeiträge im Bedarf nicht zu berücksichtigen. Eine Anrechnung kommt ausnahmsweise nur dann in Betracht, wenn der Schuldner gesetzlich oder vertraglich zur Amortisation verpflichtet ist und es die finanziellen Verhältnisse zulassen (BGer 5A\_131/2007 vom 8. Juni 2007, E. 2.2; BGer 5P\_498/2006 vom 18. Juni 2007, E. 4.4.2; OGer ZH LY150032 vom 15.09.2015, E. 8.1.3; OGer ZH LE150007 vom 01.09.2015, E. III./B.5.2; Six, Eheschutz, 2. Aufl. 2014, Rz. 2.94; Hausheer/Spycher, a.a.O., N. 02.44; Maier, a.a.O., S. 322 f.). Die Gesuchstellerin bestritt bereits im vorinstanzlichen Verfahren die angebliche Amortisationsverpflichtung des Gesuchsgegners (Prot. I S. 14 f.). Somit war die Frage bereits vor Erstinstanz umstritten, ob die Amortisationszahlungen tatsächlich vertraglich vorgesehen sind oder nicht. Der Gesuchsgegner behauptet nun zwar, er habe die Hypothekarverträge anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung einreichen wollen. Die Vorderrichterin habe dies jedoch nicht für notwendig erachtet (Urk. 65 S. 3 f.). Einen Verweis auf die einschlägige Aktenstelle bzw. auf das vorinstanzliche Protokoll macht der Gesuchsgegner jedoch nicht. Aus dem Protokoll der Verhandlung vom 13. November 2015 ist nicht ersichtlich, dass der Gesuchsgegner die Einreichung der streitgegenständlichen Vertragsunterlagen angeboten hätte (Prot. I S. 5-18). Da dem Gesuchsgegner also bewusst war, dass die Hypothekarverträge nicht Bestandteil

der erstinstanzlichen Gerichtsakten waren, hätte er diese spätestens mit seiner Berufungsantwort vom 17. Mai 2016 nachreichen können und müssen. Gemäss Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO sind sämtliche Noven ohne Verzug vorzubringen. Die Gesuchstellerin bestritt denn auch in ihrer Berufungsschrift erneut, dass der Gesuchsgegner verpflichtet sei, die Hypotheken zu amortisieren, und kritisierte explizit, dass die entsprechenden Verträge nicht vorliegen würden (Urk. 42 S. 7). Somit wäre es dem Gesuchsgegner möglich gewesen, die Hypothekarverträge zusammen mit seiner Berufungsantwort vorzulegen. Dies hat er nicht getan. Erst mit seiner Novenstellungnahme vom 14. Juli 2016 legte er schliesslich die entsprechenden Unterlagen ins Recht (Urk. 67/9-17). Die Produktvereinbarung für die Hypothek, aus welcher die Pflichtamortisation hervorgeht, datiert vom 13. August 2014 bzw. vom 23. Oktober 2015 (Urk. 67/12 und 67/13). Damit handelt es sich um unechte Noven, welche in Anwendung von Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht mehr berücksichtigt werden können (vgl. vorstehend E. II./3). Dasselbe gilt für den Vertrag über die Verpfändung von Vorsorgeguthaben vom 8. Juli 2013 (Urk. 67/14) sowie die dazugehörige Versicherungsinformation der ... vom 10. Februar 2016 (Urk. 67/16). Nach dem Gesagten hat es der Gesuchsgegner sowohl im erst- als auch im zweitinstanzlichen Verfahren versäumt, rechtzeitig zu belegen, dass er vertraglich zur Amortisation der Hypotheken verpflichtet ist. Die Position "Amortisation eheliche Liegenschaft" im Bedarf des Gesuchsgegners in Höhe von Fr. 683.35 ist demgemäss zu streichen.

### *3.8 Kreditkartenschulden (im Bedarf des Gesuchsgegners)*

3.8.1 Dem angefochtenen Urteil ist zu entnehmen, dass der Gesuchsgegner im vorinstanzlichen Verfahren Kreditkartenschulden von monatlich Fr. 600.– geltend gemacht habe, welche für gemeinsame Ferien in den letzten zwei Jahren angefallen seien. Die Gesuchstellerin räume ein, dass Schulden aus kreditfinanzierten Ferien bestünden, die Ferien seien aber gegen ihren Willen erfolgt. Gemäss Vorinstanz weise die eingereichte Kreditkartenabrechnung einen offenen Betrag von Fr. 10'297.– und eine monatliche Abzahlungsrate von Fr. 600.– aus (Urk. 12/20). Dem Gesuchsgegner gelinge es gestützt auf diesen Beleg in glaubhafter Weise darzulegen, dass er regelmässig Abzahlungen von Kreditkartenschulden leiste,

was von der Gesuchstellerin auch nicht bestritten werde. Demnach seien dem Gesuchsgegner unter der Position Kreditkartenschulden Fr. 600.– pro Monat anzurechnen (Urk. 43 E. III./6.5.10).

3.8.2 Die Gesuchstellerin bringt berufungsweise vor, Kreditkartenschulden gehörten nur dann in den Bedarf, wenn damit unumgängliche Kosten des täglichen Bedarfs der Familie gedeckt worden seien. Dies sei vorliegend nicht der Fall. Aus der eingereichten Abrechnung mit einem Kreditsaldo von Fr. 10'297.– könne nicht entnommen werden, welche Kosten auf die behaupteten Familienferien entfallen seien. Sodann sei davon auszugehen, dass die angeblichen Ferienkosten aus den Jahren 2013 und 2014 durch die monatlichen Abzahlungen von Fr. 600.– längst beglichen seien (Urk. 42 S. 8 und Urk. 58 S. 8).

3.8.3 Der Gesuchsgegner führt demgegenüber aus, er habe bereits im vorinstanzlichen Verfahren belegt, dass er monatlich Fr. 600.– an Kreditkartenschulden abzahle. Diese Schulden bestünden nach wie vor. Die Vorinstanz habe die Abzahlungen des Gesuchsgegners korrekt berücksichtigt (Urk. 54 S. 7 und Urk. 65 S. 7).

3.8.4 Zum Bedarf hinzuzurechnen sind grundsätzlich nur diejenigen regelmässig abbezahlten Schulden, die die Ehegatten für den gemeinsamen Lebensunterhalt aufgenommen haben (BGer 5A\_816/2014 vom 3. März 2015, E. 4.2; BGer 5A\_141/2014 vom 28. April 2014, E. 3.1). Der Gesuchsgegner behauptete vor Erstinstanz, die gemeinsamen Ferien in den letzten beiden Jahren seien durch Kredite finanziert worden. Die monatliche Abzahlung der Kreditkartenschulden von Fr. 600.– habe er bis anhin übernommen, was durch die eingereichten Abrechnungen belegt sei (Prot. I S. 11). Auch im Berufungsverfahren macht der Gesuchsgegner geltend, die Kreditkartenschulden bestünden nach wie vor und seien im Zusammenhang mit Familienferien entstanden (Urk. 54 S. 7 und Urk. 65 S. 7). Aus den drei vom Gesuchsgegner eingereichten Kreditkartenabrechnungen vom Dezember 2014, Januar 2015 und September 2015 sind lediglich der aktuelle Saldo, die getätigten Bezüge sowie die geleisteten Zahlungen ersichtlich (Urk. 12/20). Die einschlägigen Abrechnungen aus der Zeit, in welcher die Ferien tatsächlich bezahlt wurden, fehlen jedoch. Entsprechend ist es auch unmöglich zu

eruieren, wie viel die damaligen Familienferien tatsächlich gekostet haben und wie viel von diesen Ferienkosten bereits abbezahlt worden ist. Dazu macht der Gesuchsgegner keinerlei Angaben. Auch führt er nicht aus, seit wann genau er die angeblichen Abzahlungsraten regelmässig leistet. Anlässlich der Eheschutzverhandlung im November 2015 erklärte er lediglich, die gemeinsamen Ferien "in den letzten zwei Jahren" seien durch Kredite finanziert worden (Prot. I S. 11). Bei Abzahlungsraten von Fr. 600.– pro Monat hätte der Gesuchsgegner während zwei Jahren somit bereits Fr. 14'400.– zurückbezahlt (24 Monate x Fr. 600.–). Alleine der Umstand, dass der Gesuchsgegner im September 2015 über offene Kreditkartenschulden von Fr. 10'297.– verfügte (Urk. 12/20), belegt keineswegs, dass er nach wie vor frühere Familienferien abzuzahlen hat. Zudem fehlen jegliche Informationen darüber, welche weiteren Auslagen und Bezüge in der Zwischenzeit mit der entsprechenden Kreditkarte getätigt worden sind, weshalb auch nicht ersichtlich ist, wie der Saldo im September 2015 von Fr. 10'297.– zustande gekommen ist. Damit die behaupteten Schulden im Bedarf des Gesuchsgegners berücksichtigt werden könnten, hätte dieser glaubhaft darlegen müssen, wie teuer die kreditfinanzierten Familienferien genau waren und wie viel er bis heute bereits abbezahlt hat bzw. wie hoch die Restschuld noch ist. Dies hat er nicht getan. Darüber hinaus wurde vorstehend bereits ausgeführt, dass der Gesuchsgegner durch den Verkauf der Liegenschaft I. \_\_\_\_\_-Weg über liquide Mittel von rund Fr. 360'000.– verfügt (E. III./2.6.4). Somit wäre es dem Gesuchsgegner möglich und auch zumutbar, die verbliebenen Schulden im Zusammenhang mit den Familienferien – sofern überhaupt noch ein Restbetrag besteht – zu begleichen. Nach dem Gesagten sind dem Gesuchsgegner keine Kreditkartenschulden im Bedarf anzurechnen.

#### 4. Unterhaltsberechnung

4.1 Gemäss vorstehenden Erwägungen sind an den Berechnungen der Vorinstanz folgende Anpassungen vorzunehmen. Einerseits ist das Einkommen des Gesuchsgegners in der zweiten Phase um 300.– auf Fr. 10'766.60 zu erhöhen. Andererseits reduziert sich der Bedarf des Gesuchsgegners um die Bedarfspositionen "Amortisation eheliche Liegenschaft" von Fr. 683.35 und "Kreditkarten-

schulden" von Fr. 600.–. Entsprechend ist der Bedarf des Gesuchsgegners auf Fr. 4'195.80 festzusetzen.

4.2 Im Vergleich zum vorinstanzlichen Urteil ergeben sich aufgrund der soeben beschriebenen Veränderungen folgende Unterhaltsberechnungen (vgl. Urk. 43 S. 28):

Phase 1: Für die Zeit bis 31. März 2016

Einkommen Gesuchstellerin	Fr.	720.00
+ Einkommen Gesuchsgegner	Fr.	12'261.35
./.. Gesamtbedarf inkl. Kinder	Fr.	9'661.60
Freibetrag (gerundet)	Fr.	3'320.00

Berechnung Unterhaltsanspruch:

Bedarf Gesuchstellerin inkl. Kinder	Fr.	5'465.80
./.. Einkommen Gesuchstellerin	Fr.	720.00
+ Anteil Überschuss ( $\frac{2}{3}$ )	Fr.	2'213.30
<b>Gesamtunterhaltsanspruch (gerundet)</b>	<b>Fr.</b>	<b><u>6'960.00</u></b>

Phase 2: Für die Zeit ab 1. April 2016

Einkommen Gesuchstellerin	Fr.	720.00
+ Einkommen Gesuchsgegner	Fr.	10'766.60
./.. Gesamtbedarf inkl. Kinder	Fr.	9'661.60
Freibetrag	Fr.	1'825.00

Berechnung Unterhaltsanspruch:

Bedarf Gesuchstellerin inkl. Kinder	Fr.	5'465.80
./.. Einkommen Gesuchstellerin	Fr.	720.00
+ Anteil Überschuss ( $\frac{2}{3}$ )	Fr.	1'216.70
<b>Gesamtunterhaltsanspruch (gerundet)</b>	<b>Fr.</b>	<b><u>5'960.00</u></b>

4.3 An der Aufteilung der Unterhaltsbeiträge bzw. an der Festsetzung der monatlichen Kinderunterhaltsbeiträge auf Fr. 1'500.– pro Kind zuzüglich allfälliger Familienzulagen hat die Gesuchstellerin nichts auszusetzen (Urk. 42 S. 9). Auch der Gesuchsgegner beanstandet dies nicht, macht jedoch darauf aufmerksam, dass er zusätzlich zu den Kinderunterhaltsbeiträgen von Fr. 3'000.– noch Fr. 900.– Kinderzulagen bezahle (Urk. 54 S. 7). Dies ist korrekt und wurde von der Vorinstanz

auch berücksichtigt. So hat die Vorderrichterin die Kinderzulagen nicht zum Einkommen des Gesuchsgegners hinzugerechnet (Urk. 43 E. III./6.3.1). Andererseits hat sie die Kinderzulagen von Fr. 900.– von den gesamten Kinderzuschlägen im Bedarf der Gesuchstellerin in Abzug gebracht (Urk. 43 E. III./6.4.2). Somit sind die Kinderzulagen, wie die Vorinstanz richtig festgestellt hat, zusätzlich zum berechneten Unterhaltsbetrag geschuldet (Urk. 43 E. III./6.6.3 und Dispositiv-Ziffer 5).

4.4 Zusammengefasst ergeben sich folgende Unterhaltsbeiträge für die Gesuchstellerin persönlich:

- Phase 1 (01.10.2015 - 31.03.2016): **Fr. 3'960.–**
- Phase 2 (ab 01.04.2016): **Fr. 2'960.–**

B. Bereits bezahlte Unterhaltsbeiträge

1. Die Vorinstanz entschied in Dispositiv-Ziffer 6 des angefochtenen Urteils, der Gesuchsgegner sei berechtigt, bereits bezahlte Unterhaltsbeiträge in Abzug zu bringen (Urk. 43 S. 34). Dabei ist weder dem Dispositiv noch den Erwägungen der Vorinstanz zu entnehmen, wie hoch die bereits geleisteten Unterhaltszahlungen sind.

2. Die Gesuchstellerin bringt in ihrer Berufungsschrift vor, dass es nicht Sache des Rechtsöffnungsrichters sei zu prüfen, inwieweit geschuldete Unterhaltsbeiträge bereits durch erbrachte Zahlungen getilgt worden seien. Dies wäre Sache der Vorinstanz gewesen. Der Vollständigkeit halber führt die Gesuchstellerin aus, dass der Gesuchsgegner für die massgebliche Zeit vom 1. Oktober 2015 bis 24. März 2016 insgesamt bereits Fr. 23'200.– geleistet habe (Urk. 42 S. 10).

3. Der Gesuchsgegner bestätigt in seiner Berufungsantwort die von der Gesuchstellerin vorgebrachten Zahlungen von Oktober 2015 bis März 2016. Sie beruhen auf der immer noch gültigen Trennungvereinbarung, da das angefochtene Urteil zufolge des hängigen Rechtsmittelverfahrens noch nicht rechtskräftig sei. Zusätzlich habe der Gesuchsgegner die Wohnkosten der Gesuchstellerin für die eheliche Liegenschaft in der Höhe von monatlich Fr. 1'953.– jeweils direkt bezahlt (Urk. 54 S. 3 und S. 7).

4. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts kann die definitive Rechtsöffnung für rückwirkend geschuldete Unterhaltsbeiträge nicht erteilt werden, wenn der Sachrichter, welcher den Unterhaltsschuldner zur Bezahlung von Alimenten in bezifferter Höhe verurteilt, die Anrechnung bereits erbrachter Unterhaltszahlungen vorbehält, ohne dass sich deren Höhe wenigstens der Urteilsbegründung entnehmen lässt. Denn diesfalls ist unklar, wie viel genau der Schuldner für die rückwirkenden Beiträge noch bezahlen muss. Mangels einer klaren Zahlungsverpflichtung in bestimmter Höhe kann gestützt auf ein solches Urteil für die rückwirkenden Unterhaltsbeiträge keine definitive Rechtsöffnung erteilt werden (BGer 5A\_780/2015 vom 10. Mai 2016, E. 3.6; BGE 135 III 315 E. 2.4). Der Eheschutzrichter darf sich also nicht damit begnügen, in seinem Urteil die Anrechnung von bereits geleisteten Beträgen vorzubehalten, ohne sie zu beziffern; sonst kann das Urteil wie erwähnt nicht vollstreckt werden. Im Rechtsöffnungsverfahren kann der Unterhaltsschuldner nämlich nicht im Sinne von Art. 81 Abs. 1 SchKG einredeweise geltend machen, die Forderung der ausstehenden Unterhaltsbeiträge sei zum Zeitpunkt des Eheschutzurteils bereits getilgt gewesen. Denn nach dem klaren Wortlaut dieser Bestimmung kann Tilgung einredeweise nur geltend gemacht werden, wenn diese nach der Fällung des vollstreckbaren Urteils erfolgt ist. Tilgung vor oder während des Eheschutzverfahrens darf somit im Rechtsöffnungsverfahren nicht berücksichtigt werden, weil sonst der Rechtsöffnungsrichter die Zahlungsverpflichtung materiell überprüfen müsste, eine Pflicht, die dem Sachrichter zukommt (BGE 138 III 583 E. 6.1 = Pra 102 [2013] Nr. 25; BGE 135 III 315 E. 2.5; ZR 107 [2008] Nr. 60). Nach dem Gesagten irrt die Gesuchstellerin, wenn sie vorbringt, sie sei durch die Formulierung der Dispositiv-Ziffer 6 des angefochtenen Urteils nicht beschwert (Urk. 42 S. 10). Wie vorstehend ausgeführt besteht die Gefahr, dass ihr in einem allfälligen Rechtsöffnungsverfahren die definitive Rechtsöffnung verweigert wird, weil aus dem Urteil die effektive Zahlungsverpflichtung nicht hervorgeht.

5. Unbestritten ist vorliegend, dass der Gesuchsgegner der Gesuchstellerin bis zum Erlass des vorinstanzlichen Urteils bereits Fr. 23'200.– bezahlt hat (Urk. 42 S. 10; Urk. 54 S. 7). Ferner behauptet der Gesuchsgegner, er habe zusätzlich jeweils noch die Wohnkosten der Gesuchstellerin von Fr. 1'953.– (Fr. 1'419.– Hypo-

thekarzins + Fr. 534.– Nebenkosten) pro Monat beglichen (Urk. 54 S. 3), was diese mit Nichtwissen bestreitet (Urk. 58 S. 3). In der Trennungsvereinbarung vom 29. Juni 2015 verpflichtete sich der Gesuchsgegner explizit, die laufenden Fixkosten (Hypothek, Versicherung, Nebenkosten) für die eheliche Wohnung zu bezahlen (Urk. 12/1, Ziffer 4). Zudem wurde der Gesuchsgegner in dem nicht angefochtenen (und daher zu bestätigenden) Absatz 4 von Dispositiv Ziffer 4 des vorinstanzlichen Urteils vom 14. März 2016 ermächtigt, selbst bezahlte Hypothekarzinsen und Betriebskosten für die eheliche Liegenschaft gegen entsprechenden Zahlungsnachweis bzw. "nach Vorlage des entsprechenden Belegs" von den geschuldeten Unterhaltsbeiträgen in Abzug zu bringen. Aus der Zusammenstellung der Kontobewegungen im Zusammenhang mit den Betriebskosten der ehelichen Liegenschaft vom 5. Juli 2016 geht denn auch hervor, dass der Gesuchsgegner entsprechende Zahlungen (2 x Fr. 1'638.– am 02.10.2015 und 18.01.2016) geleistet hat (Urk. 67/11). Zudem hat der Gesuchsgegner Bankunterlagen eingereicht, welche die Bezahlung der Hypothekarzinsen für die Liegenschaft "E.\_\_\_\_\_ - Strasse" belegen. Gemäss Zinsabrechnung der Schwyzer Kantonalbank (Urk. 67/15) hat der Gesuchsgegner in der Zeit vom 1. Oktober 2015 bis zum 31. Dezember 2015 insgesamt Fr. 4'252.40 an Hypothekarzinsen bezahlt (Fr. 4'502.40 ./ Fr. 250.– Kreditgebühren). Aufgrund einer Amortisation von Fr. 1'500.– sowie einer Senkung des Zinssatzes sind die Hypothekarzinsen ab Januar 2016 leicht gesunken. In den drei Monaten von Januar 2016 bis März 2016 hat der Gesuchsgegner noch Fr. 3'836.70 bezahlt (Urk. 67/15). Nach dem Gesagten kann festgestellt werden, dass der Gesuchsgegner in den sechs Monaten vor Erlass des angefochtenen Urteils (Phase 1) zusätzlich zu den Unterhaltsbeiträgen Fr. 3'204.– Betriebskosten (6 Monate x Fr. 534.–) zuzüglich Fr. 8'089.10 Hypothekarzinsen (Fr. 4'252.40 + Fr. 3'836.70) bezahlt hat. Somit hat der Gesuchsgegner in der Zeit von Oktober 2015 bis März 2016 zusätzlich Fr. 11'293.10 an den Unterhalt der Gesuchstellerin geleistet. Zusammen mit den anerkannten Unterhaltszahlungen von Fr. 23'200.– kann der Gesuchsgegner somit insgesamt Fr. 34'493.10 von seiner Unterhaltsverpflichtung in Abzug bringen, was im Dispositiv entsprechend festzuhalten ist.

C. Erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Vorinstanz erwog, die Kosten der Kinderbelange seien den Parteien je hälftig aufzuerlegen. Bezüglich der Anträge zu den Unterhaltsbeiträgen hätten beide Parteien Abstriche hinzunehmen. Zu berücksichtigen sei weiter, dass der Gesuchsgegner seinen Sistierungsantrag zurückgezogen habe und auf seinen Antrag betreffend die Mediationskosten nicht eingetreten werden könne. Es rechtfertige sich daher insgesamt, die Kosten zu zwei Fünfteln der Gesuchstellerin und zu drei Fünfteln dem Gesuchsgegner aufzuerlegen (Urk. 43 S. 31).

2. Die Gesuchstellerin kritisiert die vorinstanzlichen Ausführungen zu den Gerichtskosten als nicht nachvollziehbar. Umstritten seien einzig die finanziellen Belange gewesen. Der Gesuchsgegner sei mit allen seinen Anträgen unterlegen. Demgegenüber habe die Gesuchstellerin praktisch obsiegt. Wenn von einem teilweisen Unterliegen der Gesuchstellerin gesprochen werden könne, dann höchstens im Umfang von einem Fünftel (Urk. 42 S. 11 f.).

3. Grundsätzlich hat die unterliegende Partei die Prozesskosten zu tragen. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Kosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Mit Bezug auf die nicht vermögensrechtlichen Kinderbelange sind die Gerichtskosten nach ständiger Rechtsprechung der erkennenden Kammer unabhängig vom Ausgang des Prozesses beiden Parteien je hälftig aufzuerlegen, wenn diese achtenswerte Gründe für ihre Rechtspositionen hatten (ZR 111 [2012] Nr. 98 mit Verweis auf ZR 84 [1985] Nr. 41). Somit ist die vorinstanzliche Erwägung nicht zu beanstanden, wonach die Kosten der Kinderbelange den Parteien je hälftig aufzuerlegen seien.

4. Ebenfalls hälftig aufzuerlegen sind den Parteien die Kosten im Zusammenhang mit den Unterhaltsbeiträgen. Die Gesuchstellerin beantragte vor Erstinstanz einen Gesamtunterhalt für sich und die Kinder von Fr. 7'100.– pro Monat (Urk. 21 S. 9). Die Unterhaltsbeiträge gelten voraussichtlich wenigstens für die Dauer des zweijährigen Getrenntlebens sowie während des anschliessenden Scheidungsverfahrens von schätzungsweise einem Jahr und somit total für rund drei Jahre. Insgesamt beantragte die Gesuchstellerin im erstinstanzlichen Verfahren somit

einen kumulierten Unterhaltsbeitrag von Fr. 255'600.– (36 Monate x Fr. 7'100.–). Der Gesuchsgegner seinerseits beantragte die Bestätigung der Trennungsvereinbarung vom 29. Juni 2015 (Urk. 12/1) und entsprechend einen Gesamtunterhalt für drei Jahre von Fr. 182'880.– (Fr. 2'000.– [Kinderunterhalt] + Fr. 1'080.– [Ehegattenunterhalt] + ca. Fr. 2'000.– [Wohnkosten der Gesuchstellerin] x 36 Monate). Mit vorliegendem Urteil wird der Gesuchsgegner nun verpflichtet, der Gesuchstellerin für die erwähnten drei Jahre einen Gesamtunterhalt von Fr. 220'560.– zu bezahlen (6 x Fr. 6'960.– + 30 x Fr. 5'960.–). Somit liegt die Gesuchstellerin mit ihrem Antrag Fr. 35'040.– vom gerichtlich festgelegten Unterhaltsbeitrag entfernt (Fr. 255'600.– ./ Fr. 220'560.–) und der Gesuchsgegner seinerseits Fr. 37'680.– (Fr. 220'560.– ./ Fr. 182'880.–). Daraus wird ersichtlich, dass sich im Hinblick auf die bei Weitem aufwändigste Frage der Alimente das Obsiegen und Unterliegen der Parteien praktisch die Waage halten.

5. Entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin (Urk. 42 S. 11) kann auch der Rückzug des Antrags auf unentgeltliche Rechtspflege nicht als Unterliegen des Gesuchsgegners gewertet werden. Gemäss Art. 119 Abs. 6 ZPO werden im Verfahren um die unentgeltliche Rechtspflege keine Gerichtskosten erhoben. Entsprechend stellt ein Rückzug des Armenrechtsgesuchs auch kein Unterliegen dar. Ferner verschweigt die Gesuchstellerin den Umstand, dass sie ihren Antrag auf Gütertrennung anlässlich der Hauptverhandlung zurückgezogen hat und entsprechend damit unterlegen ist (Urk. 43 E. III./7).

6. Die übrigen Anträge des Gesuchsgegners, mit welchen er unterlegen ist (Sistierung des Verfahrens und Rückerstattung der Mediationskosten), führen gesamthaft gesehen lediglich zu einem geringfügigen Unterliegen. Demgemäss ist die vorinstanzliche Kostenverteilung von 40% (Gesuchstellerin) zu 60% (Gesuchsgegner) nicht zu beanstanden, weshalb die Berufung in diesem Punkt abzuweisen und das vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv zu bestätigen ist.

#### IV. Zweitinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfolgen

##### A. Unentgeltliche Rechtspflege / Prozesskostenvorschuss

1. Die Pflicht des Staates zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege geht der Beistandspflicht aus Familienrecht nach (vgl. BGE 127 I 205 E. 3.b, m.w.H.). Gemäss konstanter Praxis der Kammer besteht im Gegensatz zu einem Scheidungsprozess im Eheschutzverfahren für die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses im Endentscheid kein Raum mehr, weil der Entscheid darüber mit dem Endentscheid zusammenfiele (ZR 85 [1986] Nr. 32; ZK-Bräm/Hasenböhler, Art. 159 ZGB N 136). Die angesprochene Partei kann allerdings im Rahmen eines Endentscheides praxismässig gestützt auf die eheliche Beistandspflicht gemäss Art. 159 Abs. 3 ZGB verpflichtet werden, der ansprechenden Partei die Gerichts- und Anwaltskosten in Form eines Prozesskostenbeitrags zu ersetzen (ZR 85 [1986] Nr. 32).

2. Wie einleitend ausgeführt (E. I./3), beantragte die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 22. April 2016, es sei ihr die Pflicht zur Leistung des Kostenvorschusses zu erlassen, und es sei dafür der Gesuchsgegner zu verpflichten, dem Obergericht einen Vorschuss im Sinne eines der Gesuchstellerin gewährten Prozesskostenvorschusses zu bezahlen. Eventualiter beantragte die Gesuchstellerin die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 48 S. 2). Mit Beschluss vom 27. April 2016 wurde der Gesuchstellerin die angesetzte Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses abgenommen (Urk. 53). Für die Kosten der anwaltlichen Vertretung beantragte die Gesuchstellerin bis zum heutigen Zeitpunkt nie einen Prozesskostenbeitrag, obwohl sie selbst davon ausgeht, dass der Gesuchsgegner über erhebliche Mittel verfügt (Urk. 48 S. 4). Da die Gesuchstellerin also trotz behaupteter Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners keinen Prozesskostenbeitrag zur Begleichung ihrer Anwaltskosten beantragte, fällt auch die (subsidiäre) Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes ausser Betracht (sofern eine solche überhaupt jemals rechtsgenügend beantragt wurde).

3. Aus den Anträgen in der Eingabe vom 22. April 2016 (Urk. 48 S. 2) geht nicht eindeutig hervor, ob die Gesuchstellerin lediglich von der Kostenvorschusspflicht befreit werden wollte oder ob sie unabhängig davon auch einen Antrag auf Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages für die Gerichtskosten stellte. Mit Eingabe vom 7. Juni 2016 erläuterte die Gesuchstellerin ihre diesbezüglichen Anträge folgendermassen (Urk. 58 S. 10; Hervorhebungen durch das Gericht):

*"Die Eingabe vom 22.4.2016 hatte **nichts mit einem Prozesskostenvorschuss in üblichem Sinn zu tun**. Es ging **ausschliesslich** darum, dass der vom Obergericht verlangte Vorschuss nicht von der Gesuchstellerin, sondern vom Gesuchsgegner geleistet würde (vgl. Anträge 1 + 2 der Eingabe vom 22.4.2016).*

*Nachdem der Gesuchsgegner selber zugibt, dass die Gesuchstellerin mittellos ist (Berufungsantwort S. 9 oben) und er selber über erhebliche Mittel verfügt – insbesondere nun nach dem Verkauf der Liegenschaft –, ist der Anspruch der Gesuchstellerin grundsätzlich gegeben. Das Obergericht hat nun eine andere Lösung gewählt und der Gesuchstellerin die mit Verfügung vom 12.4.2016 angesetzte Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses abgenommen. **Mehr verlangte die Gesuchstellerin nicht**. Die weit-schweifigen Ausführungen des Gesuchsgegners ändern daran nichts."*

Aus diesen unmissverständlichen Erläuterungen der Gesuchstellerin geht klar hervor, dass es ihr mit der Eingabe vom 22. April 2016 einzig und allein darum ging, von der Kostenvorschusspflicht befreit zu werden. Mehr verlangte die Gesuchstellerin gemäss eigenen Aussagen nicht. Mit der Abnahme der Frist zur Leistung des Kostenvorschusses ist das Gericht der Forderung der Gesuchstellerin somit vollumfänglich nachgekommen. Nachdem die Gesuchstellerin ihre Anträge im vorgenannten Sinne konkretisierte bzw. erläuterte, verbleibt dem Gericht kein Interpretationsspielraum. Weitere Ausführungen zum Prozesskostenbeitrag bzw. zur unentgeltlichen Rechtspflege erübrigen sich demnach.

## B. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Abschliessend ist über die Kosten- und Entschädigungsfolgen im Berufungsverfahren zu befinden. Für das vorliegende Berufungsverfahren rechtfertigt es sich in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 und § 6

Abs. 2 lit. b der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG), eine pauschale Entscheidgebühr von Fr. 3'000.– festzusetzen.

2. Umstritten waren im vorliegenden Berufungsverfahren neben den Kosten- und Entschädigungsfolgen, welche aufwandmässig wenig ins Gewicht fallen, vor allem die persönlichen Unterhaltsbeiträge der Gesuchstellerin. Mit der Berufung beantragte die Gesuchstellerin die Erhöhung ihrer persönlichen Unterhaltsbeiträge auf Fr. 4'000.– pro Monat (Urk. 42 S. 2). Der Gesuchsgegner seinerseits beantragte die Abweisung der Berufung und somit die Beibehaltung der vorinstanzlich festgesetzten Unterhaltsbeiträge (Urk. 54 S. 2). Gemäss vorliegendem Entscheid steht der Gesuchstellerin während der ersten Phase ein persönlicher Unterhaltsanspruch von monatlich Fr. 3'960.– zu, womit sie für die sechs Monate der ersten Phase praktisch vollständig obsiegt. In der zweiten Phase ab April 2016 beträgt der Unterhalt für die Gesuchstellerin persönlich Fr. 2'960.–, was ziemlich genau in der Mitte der Parteianträge liegt (Gesuchstellerin: Fr. 4'000.–; Gesuchsgegner: Fr. 1'907.–). Entsprechend hält sich das Obsiegen und Unterliegen für die (voraussichtlich) weitaus längere zweite Phase praktisch die Waage. Zusammengefasst ist im Berufungsverfahren – was die Unterhaltsbeiträge anbelangt – von einem (leichten) Obsiegen der Gesuchstellerin auszugehen. Dagegen unterliegt sie bei den angefochtenen Kosten- und Entschädigungsfolgen. Zudem wurde mit Beschluss vom 11. Juli 2016 (Urk. 64) auf die Klageänderung der Gesuchstellerin vom 13. April 2016 (Urk. 45) nicht eingetreten, weshalb die Gesuchstellerin auch in Bezug auf die Frage der Herausgabe der Reisepässe unterliegt. Da die beiden letztgenannten Punkte jedoch aufwandmässig weniger stark ins Gewicht fielen, sind die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens den Parteien ausgangsgemäss je hälftig aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen.

### **Es wird beschlossen:**

1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositiv-Ziffern 1 - 5 sowie die Ziffern 7 und 8 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksge-

richt Hinwil vom 14. März 2016 (EE150088-E) in Rechtskraft erwachsen sind.

2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Der Gesuchsgegner wird für die Dauer des Getrenntlebens verpflichtet, der Gesuchstellerin für sich persönlich folgende Unterhaltsbeiträge zu bezahlen:
  - Fr. 3'960.- ab 1. Oktober 2015 bis 31. März 2016
  - Fr. 2'960.- ab 1. April 2016

zahlbar je im Voraus auf den Ersten eines Monats.

Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, die Hypothekarzinse sowie die Betriebskosten der ehelichen Liegenschaft an der E.\_\_\_\_-Strasse ... in F.\_\_\_\_ zur alleinigen Bezahlung zu übernehmen und den Gesuchsgegner schadlos zu halten.

Weist der Gesuchsgegner nach, die genannten Kosten bereits selbst bezahlt zu haben, kann er die entsprechenden Beträge nach Vorlage des entsprechenden Belegs von den geschuldeten Unterhaltsbeiträgen in Abzug bringen.

2. Der Gesuchsgegner ist berechtigt, die für den Zeitraum von 1. Oktober 2015 bis 31. März 2016 geleisteten Unterhaltszahlungen in der Höhe von Fr. 34'493.10 von seiner Unterhaltsverpflichtung (gemäss vorstehender Dispositiv Ziffer 1 und Dispositiv Ziffer 5 des vorinstanzlichen Urteils vom 14. März 2016) in Abzug zu bringen.
3. Das vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Ziffer 9 und 10) wird bestätigt.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.- festgesetzt.

5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
6. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Vorinstanz sowie an das Migrationsamt des Kantons Zürich (im Dispositivauszug), je gegen Empfangsschein.

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

8. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist 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 beträgt über Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 4. November 2016

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer  
Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Kirchheimer

versandt am:

mc