

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE160023-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. M. Schaffitz und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiber lic. iur. L. Casciaro

Beschluss und Urteil vom 5. Juli 2016

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 23. März 2016 (EE150079-E)

Rechtsbegehren:

der Gesuchstellerin (Urk. 1):

- "1. Es sei der Klägerin das Getrenntleben zu bewilligen, und es sei festzustellen, dass die Parteien zum Getrenntleben berechtigt sind.
2. Es sei die gemeinsame Tochter C._____, geb. tt.mm.2000, unter die elterliche Obhut der Klägerin zu stellen.
3. Gestützt auf das Alter der gemeinsamen Tochter und das sehr gute Verhältnis zum Vater sei auf die ausdrückliche Regelung eines Besuchs- und Ferienrechts zu verzichten.
4. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Gesuchstellerin für die Dauer des Getrenntlebens für sich und für die gemeinsame Tochter angemessene Unterhaltsbeiträge zu bezahlen.
5. Es sei die eheliche Wohnung am D._____-Strasse ... in E._____
der Klägerin und der gemeinsamen Tochter zur alleinigen Benutzung zuzuweisen.
6. [unentgeltliche Rechtspflege]
7. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beklagten."

des Gesuchsgegners (Urk. 10):

- "1. [unentgeltliche Rechtspflege]
2. Es sei Ziff. 1 des Eheschutzbegehrens der Gesuchstellerin gutzuheissen.
3. Es seien die Ziff. 2 bis 5 sowie Ziff. 7 des Eheschutzbegehrens der Gesuchstellerin abzuweisen.
4. Die Familienwohnung am D._____-Strasse ... in E._____
sei dem Gesuchsgegner mit Mobilien und Hausrat, ohne die persönlichen Sachen der Gesuchstellerin zur Benutzung zuzuweisen.
5. C._____
sei anzuhören und den Parteien anschliessend die Möglichkeit zu geben, Anträge zur Obhut, die Betreuung bzw. das Besuchsrecht zu stellen; eventuell beantragt der Gesuchsgegner, dass C._____
unter seine Obhut gestellt wird und angesichts des Alters und der Selbständigkeit auf die Regelung eines Besuchsrechts verzichtet wird.
6. Die Gesuchstellerin sei zu verpflichten, dem Gesuchsgegner für den Unterhalt von der Tochter C._____
ab 1. Dezember 2014 monatlich zum Voraus einen Beitrag von Fr. 950 zuzüglich allfällige gesetzliche und vertragliche Kinderzulagen zu zahlen.

7. Die Gesuchstellerin sei zu verpflichten, dem Gesuchgegner persönlich folgende Unterhaltsbeiträge, jeweils monatlich zum Voraus zu zahlen:
vom 1. Dezember 2014 bis 30. März 2015: Fr. 1'200
vom 1. April 2015 – 31. Oktober 2015: Fr. 300
8. Der Gesuchgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin monatlich zum Voraus einen Unterhaltsbeitrag von Fr. 500 zu zahlen, sobald sie ausgezogen ist.

Die Gesuchstellerin sei zu verpflichten, den Gesuchgegner über die Kosten für die Miete ihrer Wohnung zu unterrichten.

Die Parteien seien ausdrücklich zu ermächtigen, die Kinderunterhaltsbeiträge auf der einen und die persönlichen Unterhaltsbeiträge auf der anderen Seite zu verrechnen, solange die Tochter beim Gesuchgegner wohnt.
9. Es sei die Gütertrennung anzuordnen.
10. Die Gesuchstellerin sei zu verpflichten, Rechtsanwalt Y. _____ einen Prozesskostenbeitrag in der Höhe von Fr. 6'000 zu zahlen.
11. Unter Kosten zulasten der Gesuchstellerin. Es seien keine Parteientschädigungen zuzusprechen."

modifiziertes Rechtsbegehren des Gesuchsgegners (Urk. 23):

- "1. Anträge Ziff. 1 und 2 unverändert.
2. Antrag Ziff. 3 neu: Es seien die Ziff. 2 bis 3 sowie Ziff. 7 des Eheschutzbegehrens der Gesuchstellerin abzuweisen. *Antrag Ziff. 4 des Eheschutzbegehrens sei hinsichtlich des Antrags auf Zahlung von persönlichen Unterhaltsbeiträgen an die Gesuchstellerin abzuweisen.*
3. Die Familienwohnung am D. _____-Strasse ... in E. _____ sei der Gesuchstellerin mit Mobiliar und Hausrat, aber ohne die persönlichen Sachen des Gesuchgegners zur Benutzung zuzuweisen.
4. C. _____ sei unter gemeinsamer elterlicher Sorge und Obhut zu belassen.
5. Der Wohnsitz von C. _____ sei bei der Mutter festzulegen.
6. Auf eine Regelung der Betreuung sei angesichts des Alters und der Selbständigkeit von C. _____, der bisher problemlosen Absprache zwischen den Eltern sowie der provisorischen Wohnsituation des Gesuchgegners zu verzichten.
7. Die Gesuchstellerin sei zu verpflichten, dem Gesuchgegner für den Unterhalt von C. _____ vom 1. Dezember 2014 bis 31. Dezember 2015 monatlich einen Beitrag von Fr. 950 zuzüglich gesetzliche und vertragliche Kinderzulagen zu bezahlen.

Der Gesuchgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin für den Unterhalt von C._____ ab 1. Januar 2016 monatlich einen Beitrag von Fr. 570 zu zahlen.

8. Die Gesuchstellerin sei zu verpflichten, dem Gesuchgegner für dessen persönlichen Unterhalt monatlich folgende Unterhaltsbeiträge zu zahlen:

vom 1. Dezember 2014 bis 30. März 2015: Fr. 1'200

vom 1. April 2015 – 31. Dezember 2015: Fr. 300

[9.] Ziff. 9 bis 11 bleiben unverändert."

**Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht
Hinwil vom 23. März 2016 (Urk. 42):**

- "1. Die Teilvereinbarung der Parteien vom 3. Februar 2016 wird vorgemerkt und genehmigt. Sie lautet wie folgt:

"1. Getrenntleben

Die Parteien vereinbaren, auf unbestimmte Zeit getrennt zu leben. Der Gesuchsgegner ist per 1. Januar 2016 aus der ehelichen Wohnung ausgezogen.

2. Obhut

Die Parteien beantragen, die Tochter C._____, geb. tt.mm.2000, sei für die Dauer des Getrenntlebens unter die gemeinsame Obhut der Parteien zu stellen.

C._____ wird ihren Hauptwohnsitz bei der Gesuchstellerin haben.

3. Betreuungsregelung

In Anbetracht des Alters von C._____ verzichten die Parteien auf eine ausdrückliche Betreuungsregelung. Die Betreuung vereinbaren sie nach freier Absprache und unter Berücksichtigung von C._____'s Wohl.

4. Familienwohnung, Mobiliar und Hausrat

Der Gesuchsgegner überlässt der Gesuchstellerin für die Dauer des Getrenntlebens die eheliche 4-Zimmerwohnung am D._____-Strasse ... in E._____ ZH samt Mobiliar und Hausrat zur alleinigen Benützung.

Die Parteien einigen sich aussergerichtlich über die Aufteilung von Mobiliar und Hausrat.

5. Gütertrennung

Die Parteien ersuchen das Gericht, zwischen ihnen per 25. November 2015 die Gütertrennung anzuordnen."

2. Die Tochter C._____, geboren am tt.mm.2000, wird für die Dauer des Getrenntlebens unter die gemeinsame Obhut der Parteien gestellt.
3. Mit Wirkung ab 25. November 2015 wird die Gütertrennung angeordnet.
4. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, für die Tochter C._____ monatliche Kinderunterhaltsbeiträge zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Familien-, Kinder- und Ausbildungszulagen wie folgt zu bezahlen:
 - ab 1. Januar 2016 bis 30. April 2016: Fr. 655.–
 - ab 1. Mai 2016 bis 31. Dezember 2016: Fr. 190.–

Diese Unterhaltsbeiträge sind zahlbar an die Gesuchstellerin monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.

Ab 1. Januar 2017 entfallen die Unterhaltsbeiträge des Gesuchsgegners. Er ist aber weiterhin verpflichtet, allfällige ihm ausgerichtete gesetzliche oder vertragliche Familien-, Kinder- und Ausbildungszulagen an die Gesuchstellerin zu überweisen.

Für die Verpflegungskosten von C._____ kommt jeweils der betreuende Elternteil auf. Die weiteren ordentlichen Kinderkosten trägt die Gesuchstellerin.

5. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 4'200.– ; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. 693.75 Dolmetscherkosten.
6. Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch infolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Parteien werden auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.
7. Die Parteientschädigungen werden gegenseitig wettgeschlagen.
8. [Schriftliche Mitteilung]
9. [Rechtsmittelbelehrung Berufung]

Berufungsanträge:

der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (Urk. 41 S. 2):

- "1. Es sei Ziff. 4, Seite 27 wie folgt abzuändern: Der Gesuchsgegner (Berufungsbeklagter), wird verpflichtet, für die Tochter C._____ monatliche Kinderunterhaltsbeiträge zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Familien-, Kinder- und Ausbildungszulagen in der Höhe von Fr. 1'000.– zu bezahlen. Diese Unterhaltsbeiträge sind zahlbar an die Gesuchstellerin (Berufungsklägerin) monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.
2. Es sei der Berufungsklägerin auch weiterhin die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und in der Person [von Rechtsanwalt lic. iur. X. _____] einen unentgeltlichen Rechtsvertreter zu bestellen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich 8% Mehrwertsteuer zu lasten des Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

I. Sachverhalt / Prozessgeschichte / Prozessuales

1. Aus der Ehe der Parteien ging eine Tochter, C._____, geboren tt.mm.2000, hervor. Die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (fortan: Gesuchstellerin) ist in einem 80%-Pensum als Reinigungskraft tätig. Seit der Gesuchsgegner und Berufungsbeklagte (fortan: Gesuchsgegner) am 1. Januar 2016 ausgezogen ist, lebt sie mit C._____ alleine in der ehelichen Wohnung in E._____. Der Gesuchsgegner ist seit einem Unfall im Oktober 2013 gebehindert und arbeitsunfähig. Er lebt in einer Einzimmerwohnung in E._____. Die Parteien vereinbarten in der Eheschutzkonvention die gemeinsame elterliche Obhut über C._____, wobei keine Betreuungsregelung für C._____ getroffen wurde. C._____ isst zurzeit beim Vater zu Mittag und wohnt sonst bei der Mutter. Im Sommer plant C._____, eine Lehre als Dentalassistentin in Angriff zu nehmen.
2. Die Gesuchstellerin machte am 3. September 2015 am Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil (Vorinstanz) ein Eheschutzbegehren anhängig. Bezüglich des Verfahrensgangs vor Vorinstanz ist auf die Er-

wägungen im angefochtenen Entscheid zu verweisen (Urk. 42 S. 4). Das Verfahren endete mit Urteil vom 23. März 2016, welches mit Ausnahme der Unterhaltsregelung auf einer Teilkonvention basiert. Die Gesuchstellerin nahm dieses am 4. April 2016 in Empfang (Urk. 39).

3. Mit Eingabe vom 13. April 2016 erhob die Gesuchstellerin dagegen rechtzeitig Berufung mit eingangs wiedergegebenen Anträgen (Urk. 41). Weil die Berufung, wie unten zu zeigen ist, sich sogleich als unbegründet erweist, konnte auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

4. Die Berufung hemmt die Rechtskraft, nicht jedoch die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Eheschutzentscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 und Abs. 4 lit. b ZPO; vgl. BGE 139 III 486). Nicht angefochtene Teile eines Urteils erwachsen in Teilrechtskraft. Vorweg ist daher vorzumerken, dass das Urteil vom 23. März 2016 in den nicht angefochtenen Dispositivziffern 1-3 und 5-7 in Rechtskraft erwachsen ist.

II. Materielles

1.1. Die Gesuchstellerin rügt zunächst, die Unterhaltsregelung gründe auf der Annahme, C._____ würde das Mittagessen weiterhin beim Vater einnehmen. Da C._____ im Sommer 2016 jedoch eine Lehre beginne, könne sie voraussichtlich infolge der Distanz nicht mehr beim Vater zu Mittag essen. Ausserdem würde sie altershalber den Vater an den Wochenenden nicht mehr so regelmässig besuchen. Aus diesen Gründen würden die Ernährungskosten für C._____ ab dann voll bei der Mutter anfallen (Urk. 41 Rz 3). Konkret kritisiert die Gesuchstellerin, dass fingiert worden sei, es entfalle die hälftige Betreuung von C._____ auf den Gesuchsgegner, und deshalb in seinem Bedarf ein Grundbetrag von Fr. 1'350.– und die Hälfte des Kinderzuschlags für C._____ berücksichtigt worden seien (Urk. 41 S. 5 Rz 5).

1.2. Die Parteien verzichteten angesichts des Alters von C._____ auf eine ausdrückliche Betreuungsregelung, obwohl die gemeinsame Obhut angeordnet wurde (Urk. 42 S. 26). Unter diesen Umständen besteht keine Möglichkeit, die Unter-

haltsregelung auf die gewählte Betreuungsregelung abzustimmen. Auch aus den Akten ergibt sich keine konkrete Schilderung der gelebten oder der geplanten Betreuungslösung. Nach dem Wunsch von C._____ soll die Betreuung je abwechselnd eine Woche durch den Vater, eine Woche durch die Mutter erfolgen. Sie kann sich aber auch andere Betreuungsmodelle vorstellen, wie etwa das Mittagessen beim Vater einzunehmen und bei der Mutter zu übernachten. Über die Wochenendbetreuung äusserte sie sich nicht (Urk. 20 S. 2). Den Ausführungen der Parteien (Prot. I S. 14 ff.) lässt sich ebenso wenig eine klare und beständige Betreuungsregelung entnehmen. Es entsteht der Eindruck, dass der Vater eher die Mahlzeiten zubereitet, die Mutter eher die weiteren Betreuungsaufgaben übernimmt. Übernachten dürfte C._____ bei der Mutter, solange der Vater in einer Einzimmerwohnung wohnt. Unter diesen Umständen liegt die von der Vorinstanz getroffene Lösung ohne Weiteres in deren vertretbar ausgeübtem Ermessen. Die Vorinstanz teilte den Kinderzuschlag von Fr. 600.– zu Fr. 450.– dem Bedarf der Mutter und zu Fr. 150.– dem Bedarf des Vaters zu; die Gesuchstellerin übersah somit in der Berufungsbegründung, dass keine hälftige Aufteilung erfolgte. Die von der Vorinstanz getroffene Aufteilung berücksichtigt, dass Ernährungskosten sowohl beim Vater als auch bei der Mutter anfallen und dass die weiteren Kosten, insbesondere Bekleidung, Kosmetikartikel, Taschengeld etc. bei der Mutter anfallen, wo C._____ ihren Hauptwohnsitz hat. Ebenfalls erscheint es angemessen, aufgrund der gemeinsamen elterlichen Obhut beiden Elternteilen den höheren Grundbetrag für Alleinerziehende von Fr. 1'350.– im Bedarf zu berücksichtigen. Dadurch wird dem Umstand Rechnung getragen, dass beiden Eltern im Rahmen von Wochenendprogrammen mit C._____ oder an Fest- und Geburtstagen, aber auch durch die Wahl und den Unterhalt der Einrichtung, durch die Wahl der Speisen, usw., bei welchen auf die Bedürfnisse von C._____ Rücksicht zu nehmen ist, höhere Kosten entstehen. Es spielt diesbezüglich keine Rolle, bei wem C._____ mehrheitlich wohnt, sondern wer überhaupt Betreuungsverantwortung trägt. Diese liegt bei beiden Eltern gleichermassen. Sodann ist festzuhalten, dass aus heutiger Sicht nicht schon mit Blick auf eine nach einem allfälligen Antritt einer Lehrstelle neue Situation Rücksicht genommen werden kann. Es wären dazu Hypothesen anzustellen, welche sich ebenso gut nicht bewahrheiten könnten und somit zu ei-

nem falschen Ergebnis führen würden. Zu berücksichtigen ist ferner auch, dass C._____ bei einem Lehrantritt einen Lehrlingslohn erwirtschaften würde, welcher teilweise von den Eltern für Kost und Logis eingefordert werden könnte und damit die Bedarfszahlen zusätzlich verändern würde. Die von der Vorinstanz gewählte Berücksichtigung der Grundbeträge für Alleinerziehende bei beiden Parteien und die gewählte Aufteilung des Kinderzuschlags erweisen sich als den aus den Akten und der Eheschutzkonvention ersichtlichen Verhältnisse angemessen. Die entsprechende Rüge der Gesuchstellerin ist unbegründet. Soweit sich die Verhältnisse wesentlich ändern und sich die vorinstanzliche Unterhaltsregelung als nicht mehr angemessen erweisen sollte, werden die Parteien die Abänderung derselben verlangen müssen.

2.1. Die Gesuchstellerin beanstandet weiter, die Vorinstanz habe nicht berücksichtigt, dass sie die Krankenkasse für C._____ bezahle (Urk. 41 S. 5 oben).

2.2. Diese Rüge ist unbegründet. Im Bedarf der Gesuchstellerin wurden Fr. 71.– für die Krankenkasse von C._____ berücksichtigt (Urk. 42 S. 10).

3.1. Die Gesuchstellerin kritisiert sodann, die Vorinstanz habe dem Gesuchsgegner zu Unrecht ab Mai 2016 einen hypothetischen Mietzins von Fr. 1'400.– angerechnet. Der Gesuchsgegner könne weiterhin in der seit Januar 2016 bewohnten Wohnung verbleiben, für welche er Fr. 870.– bezahle. Er habe keine Anstalten gemacht, eine neue Wohnung zu suchen. Er sei sehr wohl in der Lage, die Treppen zu dieser Wohnung hochzusteigen, und Einkaufsmöglichkeiten lägen in der Nähe. Sodann seien Fr. 1'400.– zu hoch angesetzt. Die von der Gesuchstellerin bewohnte 4-Zimmer-Familienwohnung in E._____ liege im Parterre und koste bloss Fr. 871.–. Es sei dem Gesuchsgegner deshalb, soweit erforderlich, möglich, eine entsprechende Wohnung zum selben Preis zu finden (Urk. 41 Rz 6).

3.2. Es steht ausser Frage, dass die vom Gesuchsgegner bewohnte 1-Zimmerwohnung nicht geeignet ist für die Betreuung von C._____. Eine Übernachtung, aber nur schon ein Rückzug ist darin für C._____ offenkundig nicht möglich. Allein aus diesem Grund hat der Gesuchsgegner offensichtlich Anspruch auf eine grössere Wohnung. Deshalb kann offenbleiben, ob er auch aus gesund-

heitlichen Gründen eine andere Wohnung benötigen würde. Die eheliche Wohnung ist ausserordentlich günstig, was wohl daran liegt, dass die Parteien, wie die Gesuchstellerin selbst vorbringt (Urk. 42 S. 6), 20 Jahre darin lebten. Es ist heute jedenfalls unrealistisch, in E._____ eine 2- oder 3-Zimmerwohnung für weniger als Fr. 1'400.– zu finden. Deshalb ist der von der Vorinstanz dafür berücksichtigte Betrag von Fr. 1'400.– angemessen.

4.1. Ferner beanstandet die Gesuchstellerin, dass im Bedarf des Gesuchsgegners bis Dezember 2016 die UNIA-Beiträge von Fr. 50.– im Monat berücksichtigt worden seien (Urk. 41 S. 6).

4.2. Wie die Vorinstanz zu Recht ausführte, sind Beiträge an Berufsverbände gemäss dem Kreisschreiben des Obergerichts zur Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums im Bedarf zu berücksichtigen, und die UNIA-Mitgliedschaft ist erst per 31. Dezember 2016 kündbar (Urk. 42 S. 17). Deshalb berücksichtigte die Vorinstanz diese Beiträge richtigerweise bis zu diesem Zeitpunkt.

5.1. Die Gesuchstellerin rügt weiter, die Vorinstanz habe von ihr unbeschadet ihres Alters – sie habe das 45. Altersjahr bereits überschritten–, ihrer beruflichen Situation und des Umstands, dass sie jahrelang bloss 80% gearbeitet habe, verlangt, unverzüglich ihr Arbeitspensum zu erhöhen. Bei ihrer Arbeitgeberin könne sie ihr Pensum nicht erhöhen. Es sei deshalb vom aktuellen Einkommen inklusive Nebentätigkeiten von Fr. 3'620.– auszugehen.

5.2. Die Vorinstanz führte überzeugend aus, dass der Gesuchstellerin gemäss bundesgerichtlicher Praxis (z.B. BGer 5A_70/2013 vom 11. Juni 2013) ab Dezember 2016 ein hypothetisches Einkommen für ein 100%-Pensum angerechnet werden könne, da dann C._____ das 16. Altersjahr vollendet habe. Dass die Gesuchstellerin das 45. Altersjahr bereits überschritten hat, steht vorliegend einer Ausdehnung der Erwerbstätigkeit nicht im Weg. Es gilt zwar nach wie vor der Grundsatz, dass dem bislang nicht erwerbstätigen (gesunden und von Erziehungspflichten befreiten) Ehegatten die Aufnahme einer Erwerbsarbeit bis zum vollendeten 45. Altersjahr zumutbar ist. Es handelt sich dabei aber nicht um eine

starre Regel, sondern um eine Richtlinie (so schon BGE 115 II 6 E. 5a) und es besteht eine Tendenz, die Alterslimite auf 50 Jahre anzuheben (BGE 137 III 102 E. 4.2.2.2 m.w.H.). Wie schnell und wie kategorisch sich der Ehegatte in den Arbeitsprozess eingliedern muss, hängt stark von den finanziellen Verhältnissen ab. Sodann ist von entscheidender Bedeutung, ob es sich um den beruflichen (Wieder-) Einstieg nach jahrelangem Erwerbsunterbruch oder bloss um die Ausdehnung einer bereits bestehenden Erwerbstätigkeit handelt. So kann die Ausdehnung der Erwerbsarbeit allenfalls auch einer älteren Person zumutbar sein (vgl. z.B. Urteil 5A_206/2010 vom 21. Juni 2010 E. 5 betreffend eine 54-jährige Frau, die während der gesamten Ehedauer berufstätig war und sich zudem auf ihrem Beruf weiterbildete). Wie die vorstehenden Ausführungen zeigen, sind stets die konkreten Verhältnisse des Einzelfalles massgebend (vgl. BGer 5A_21/2012 vom 3. Mai 2012, E. 3.1 und E. 3.3). Die Gesuchstellerin hat zwar das 45. Altersjahr überschritten, wird im Dezember 2016 aber erst 51 Jahre alt sein. Es liegen keine üppigen finanziellen Verhältnisse vor (Freibetrag von Fr. 874.– per Dezember 2016, ohne hypothetisches Einkommen; vgl. Urk. 42 S. 24). Die Gesuchstellerin ist sodann bereits seit längerem immerhin in einem 80%-Pensum tätig und übt zusätzlich noch zwei Nebenerwerbstätigkeiten aus (zwei Stunden pro Woche und zwei Stunden pro Monat; vgl. diesbezüglich den vorinstanzlichen Entscheid, Urk. 42 S. 22). Unter diesen Umständen ist die von der Vorinstanz angeordnete Ausdehnung ihrer Erwerbstätigkeit auf ein 100%-Pensum zumutbar. Hinsichtlich der Möglichkeit des Ausbaus der Erwerbstätigkeit erwog die Vorinstanz korrekt, dass die Gesuchstellerin, sollte sie ihr Pensum beim bisherigen Arbeitgeber nicht aufstocken können, bis Ende des Jahres im angestammten Bereich (Hauswirtschaft/Raumpflege) bei einem anderen Arbeitgeber eine 100%-Stelle finden könnte. In der Folge rechnete die Vorinstanz der Gesuchstellerin gestützt auf den Lohnrechner des Bundesamtes für Statistik einen Lohn von Fr. 4'000.– an (Urk. 42 S. 22). Dies hält einer Überprüfung stand, wobei der konkrete Medianlohn gewisse Abweichungen erfährt in Abhängigkeit der Angestelltenzahl der konkreten Arbeitgeberin (vgl. www.gate.bfs.admin.ch/salarium/public/index.html). Insgesamt erscheint der von der Vorinstanz angerechnete Lohn jedoch realistisch. Es ist der Gesuchstellerin somit zumutbar und möglich, per Dezember 2016 ein

Einkommen von Fr. 4'000.– zu erzielen. Die Rüge der Gesuchstellerin erweist sich deshalb als unbegründet.

6.1. Weiter beanstandet die Gesuchstellerin, obwohl es keinen Grund gebe anzunehmen, dass ihre Steuern nicht mindestens Fr. 250.– ausmachen würden, habe die Vorinstanz bloss Fr. 150.– angerechnet (Urk. 41 Rz 6).

6.2. Es gibt ebenso wenig einen Grund anzunehmen, die Steuern würden mehr als Fr. 150.– betragen. Bei einem geschätzten steuerbaren Einkommen von Fr. 35'000.– (Einkommen und Unterhaltsbeiträge gemäss Vereinbarung, abzüglich Kinderabzüge, Berufsauslagen, Versicherungsprämien) resultiert gemäss dem Steuerrechner des Kantons Zürich (www.steuern.ch/internet/finanzdirektion/ksta/de/steuerberechnung/npers/staats_und_gemeindesteuern.html) inklusive Kirchensteuer in der Gemeinde E._____ mit Verheirateten-/Einelterntarif eine Steuerbelastung von knapp Fr. 1'600.– im Jahr, entsprechend Fr. 133.– im Monat. Die Schätzung der Vorinstanz ist also ohne Weiteres vertretbar.

7.1. Schliesslich rügt die Gesuchstellerin, die Vorinstanz habe zu Unrecht den Freibetrag hälftig aufgeteilt. Richtigerweise wäre dieser zu 2/3 der Gesuchstellerin und zu 1/3 dem Gesuchsgegner zuzuteilen gewesen, da "C._____ auch weiterhin bei der Mutter wohnen" bleibe und somit die Gesuchstellerin "den Löwenanteil der Kosten für die Tochter" übernehme (Urk. 41 Rz 9).

7.2. Die Vorinstanz übte ihr Ermessen korrekt aus. Beide Parteien üben die Obhut über C._____ aus. Soweit die Gesuchstellerin mehr Kosten für C._____ trägt, wurde dies bereits bei der Zuordnung des Kinderzuschlags und bei der Berücksichtigung der Krankenkassenprämien berücksichtigt (siehe oben). Aus dem Freibetrag können sich die Parteien je für sich und nach ihrem Ermessen auch für C._____ besondere Annehmlichkeiten leisten oder gegebenenfalls auch für ausserordentliche Kinderkosten aufkommen. Es gibt keinen Grund, jenen Anteil am Freibetrag, der im Interesse von C._____ verwendet werden soll bzw. kann, alleine der Mutter zuzuteilen, wenn beide Eltern, wie vorliegend, sich um die Betreuung des Kindes kümmern. Die Rüge der Gesuchstellerin ist deshalb unbegründet.

8. Zusammenfassend erweisen sich sämtliche Rügen der Gesuchstellerin als offensichtlich unbegründet (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Die Berufung ist abzuweisen.

III. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die erstinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen wurde nicht angefochten (Urk. 41 S. 2) und ist damit rechtskräftig.

2. Die Gesuchstellerin unterliegt vollständig und wird deshalb kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtsgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 sowie § 6 Abs. 1 und Abs. 2 lit. b i.V.m. § 5 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 2'000.– festzusetzen und der Gesuchstellerin aufzuerlegen. Mangels wesentlichen Aufwands ist dem Gesuchsgegner keine Parteientschädigung zuzusprechen.

IV. Unentgeltliche Rechtspflege

1. Die Gesuchstellerin ersucht auch für das zweitinstanzliche Verfahren um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Beigabe eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes (Urk. 41 S. 2 und 7).

2.1. Die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege setzt voraus, dass der Rechtssuchende nicht in der Lage ist, nebst seinem Lebensbedarf für die Verfahrenskosten aufzukommen (Mittellosigkeit, Art. 117 lit. a ZPO) und sein Rechtsbegehren nicht von Anfang an aussichtslos war (Art. 117 lit. b ZPO). Zusätzlich besteht ein Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand, wenn der Beizug eines Anwalts zur gehörigen Prozessführung und Wahrung der Rechte wirklich geboten war (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

2.2. Aussichtslos sind Rechtsbegehren, deren Gewinnaussichten ex ante betrachtet beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und deshalb kaum als ernsthaft betrachtet werden können. Entscheidend ist, ob eine nicht bedürftige Partei sich aus Vernunft zu einem Prozess entschliessen würde (ZK ZPO-Emmel, Art. 117 N 13).

2.3. Sämtliche Rügen der Gesuchstellerin erwiesen sich sogleich als unbegründet (oben Ziff. II.8). Die Gesuchstellerin verlangte teils eine erneute Ausübung des Ermessens ohne aufzuzeigen, inwiefern die Vorinstanz dieses falsch ausgeübt hätte und ohne dass eine entgegenstehende Praxis bestünde. Sie basierte sodann ihre Argumentation teilweise (bspw. betreffend Krankenkasse C._____) auf aktenwidrigen Annahmen oder verfiel in unzulässige Spekulation (z.B. bezüglich der Situation nach einem allfälligem Lehrantritt von C.____). Es bestand mithin, anders als in vielen familienrechtlichen Verfahren, kein Spielraum für einen gutheissenden Entscheid. Mithin war nicht ernstlich mit dem Erfolg der Berufung zu rechnen. Das Rechtsbegehren der Gesuchstellerin muss somit als aussichtslos im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO bezeichnet werden.

3. Deshalb ist das Gesuch der Gesuchstellerin um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Beigabe eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes für das Berufungsverfahren abzuweisen. Es kann dementsprechend dahingestellt bleiben, ob die Gesuchstellerin weiterhin als mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO zu bezeichnen wäre.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Gesuchstellerin um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Beigabe eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositivziffern 1-3 und 5-7 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 26. März 2016 in Rechtskraft erwachsen sind.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchstellerin auferlegt.
4. Es werden für das zweitinstanzliche Verfahren keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsgegner unter Beilage des Doppels von Urk. 41, 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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt mehr als Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 5. Juli 2016

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. L. Casciaro

versandt am:
se