

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LY140041-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. M. Schaffitz und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Reuss Valentini

## **Beschluss und Urteil vom 5. Februar 2015**

in Sachen

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

Gesuchsteller und Berufungskläger

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

gegen

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

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

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

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung, vom 5. September 2014 (FE130859-L)**

### **Rechtsbegehren:**

"Der Gesuchsteller sei im Sinne einer vorsorglichen Massnahme zu verpflichten, der Gesuchstellerin rückwirkend ab Eintritt der Rechtshängigkeit des vorliegenden Scheidungsverfahrens für die Dauer dieses Verfahrens angemessene, monatlich im Voraus zu leistende Unterhaltbeiträge zu bezahlen, mindestens jedoch in der Höhe von Fr. 3'400.– (=Notbedarf) pro Monat."

(Urk. 6/28 S. 2)

**Verfügung des Einzelrichters der 4. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich  
vom 5. September 2014:**

- "1. Beiden Parteien wird die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt.
2. Der Klägerin wird Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.  
Dem Beklagten wird Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
3. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin folgende monatlichen Unterhaltsbeiträge rückwirkend zu bezahlen:
  - Fr. 2'745.00 vom 1. Oktober 2013 bis 31. März 2014 und
  - Fr. 2'785.00 vom 1. April 2014 bis 31. Juli 2014Der Beklagte ist berechtigt, die bereits geleisteten Unterhaltszahlungen von diesen Unterhaltsbeiträgen in Abzug zu bringen.
4. Der Beklagte wird - teilweise rückwirkend - verpflichtet, der Klägerin folgende monatlichen Unterhaltsbeiträge zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats:
  - Fr. 3'440.00 ab 1. August 2014 für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens.Der Beklagte ist berechtigt, die bereits geleisteten Unterhaltszahlungen von diesen Unterhaltsbeiträgen in Abzug zu bringen.
5. Die Festsetzung und Verteilung der Prozesskosten und Prozessentschädigungen des vorliegenden Massnahmeverfahrens erfolgt mit dem Endentscheid.
6. (SM)
7. (Berufung)"

(Urk. 2 S. 15 f.).

**Berufungsanträge:**

des Gesuchstellers und Berufungsklägers (Urk. 1 S. 2):

"1. Ziff. 3 und 4 der vorinstanzlichen Verfügung seien aufzuheben und wie folgt neu zu fassen:

'3. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin folgende monatliche Unterhaltsbeiträge zu bezahlen:

- CHF 1'747.00 vom 1. Oktober (2013) bis 31. August 2014
- CHF 3'298.85 ab 1. September 2014 bis zum letzten Tag des Monats, in welchem der Berufungsentscheid ergeht.
- CHF 1'500.00 ab dem 1. Tag des dem Berufungsentscheid folgenden Monats.

4. Der Berufungskläger ist berechtigt, die bereits geleisteten Unterhaltszahlungen von diesen Unterhaltsbeiträgen in Abzug zu bringen.'

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsbeklagten."

der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (Urk. 14 S. 2):

"Der Antrag des Berufungsklägers um Aufhebung und Neufassung von Dispositivziffer 3 und 4 der Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung, vom 5. September 2014 betreffend Ehescheidung sei abzuweisen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich 8% MwSt.) zu Lasten des Berufungsklägers."

### **Erwägungen:**

#### **I.**

#### **(Prozessgeschichte)**

1. Die Parteien heirateten am tt. April 1995. Aus der Ehe ging die inzwischen mündige Tochter, C.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.1995 hervor (Urk. 6/2). Am 27. September 2013 (Datum Poststempel) machten sie beim Bezirksgericht Zürich (Einzelgericht) ein gemeinsames Scheidungsbegehren im Sinne von Art. 112 ZGB rechtshängig (Urk. 6/1). In dessen Verlauf (vgl. Urk. 2 S. 2 f. mit Hinweisen) reichte die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchstellerin) zu-

sammen mit ihrer Klagebegründung vom 1. März 2014 ein Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen ein, womit sie rückwirkend ab Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens zu bezahlende monatliche persönliche Unterhaltsbeiträge von mindestens Fr. 3'400.– (Notbedarf) verlangte (Urk. 6/28 S. 2). Den gleichzeitig gestellten Antrag, den Gesuchsteller und Berufungskläger (fortan Gesuchsteller) zu verpflichten, ihr einen Prozesskostenvorschuss über Fr. 6'000.– zu bezahlen, wies die Vorinstanz mit Verfügung vom 28. März 2014 ab (Urk. 6/28; Urk. 6/34). Der Gesuchsteller beantragte, er sei im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen in der Höhe von Fr. 1'600.– monatlich zu verpflichten (Urk. 6/51 S. 1). Eine vom Gericht den Parteien am 7. Juli 2014 vorgeschlagene Scheidungskonvention scheiterte am fehlenden Einverständnis des Gesuchstellers (Urk. 6/53; Urk. 6/60; Urk. 6/62).

Mit Verfügung vom 5. September 2014 gewährte der Einzelrichter der 4. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich beiden Parteien die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung (Urk. 2 S. 15, Dispositivziffern 1 und 2). Sodann verpflichtete er den Gesuchsteller, der Gesuchstellerin rückwirkende monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 2'745.– vom 1. Oktober 2013 bis 31. März 2014 und Fr. 2'785.– vom 1. April 2014 bis 31. Juli 2014 sowie ab 1. August 2014 für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens solche von Fr. 3'440.– zu bezahlen, wobei der Gesuchsteller berechtigt wurde, die bereits geleisteten Unterhaltszahlungen von diesen Unterhaltsbeiträgen in Abzug zu bringen (Urk. 2 S. 15, Dispositivziffern 3 und 4).

2. Dagegen erhob der Gesuchsteller mit Eingabe vom 22. September 2014 rechtzeitig Berufung mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen und stellte ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsvertretung (auch) im Berufungsverfahren (Urk. 1 S. 2). Ausserdem beantragte er, es sei der Berufung im Rahmen der Berufungsanträge die aufschiebende Wirkung zu erteilen (Urk. 1 S. 3). Zu diesem Antrag bezog die Gesuchstellerin mit Zuschrift vom 7. Oktober 2014 rechtzeitig Stellung. Diese Stellungnahme samt Beilagen wurde wiederum dem Gesuchsteller zur Kenntnis gebracht (Urk. 5; Urk. 7; Urk. 8; Urk. 9/1-5; Urk. 10). Überdies liess die Gesuchstellerin die Leistung eines Pro-

zesskostenvorschusses von einstweilen Fr. 5'000.– durch den Gesuchsteller beantragen und für den Eventualfall um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsverteidigung für das Berufungsverfahren ersuchen (Urk. 7 S. 2). Mit Präsidialverfügung vom 16. Oktober 2014 wurde der Berufung des Gesuchstellers gegen Dispositivziffer 3 der angefochtenen Verfügung vom 5. September 2014 (rückwirkende Unterhaltsbeiträge) die aufschiebende Wirkung erteilt. Im Übrigen wurde das Gesuch abgewiesen (Urk. 11).

Mit Präsidialverfügung vom 6. November 2014 wurde einerseits der Gesuchstellerin Frist zur Erstattung der Berufungsantwort und andererseits dem Gesuchsteller Frist zur Stellungnahme zum gegnerischen Antrag um Leistung eines Prozesskostenvorschusses angesetzt (Urk. 12). Die rechtzeitig erstattete Berufungsantwort der Gesuchstellerin datiert vom 21. November 2014 (Urk. 14). Innert erstreckter Frist (Urk. 13) bezog der Gesuchsteller sodann mit Eingabe vom 1. Dezember 2014 rechtzeitig Stellung zum gegnerischen Antrag auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses (Urk. 17). Die Berufungsantwort der Gesuchstellerin samt Beilagen (Urk. 14; Urk. 16/1-5) sowie die Stellungnahme des Gesuchstellers zum Prozesskostenvorschuss (Urk. 17) wurden mit Präsidialverfügung vom 16. Januar 2015 je der Gegenseite zur Kenntnis gebracht (Urk. 18).

## II.

### **(Prozessuales/Vorbemerkungen)**

1. Betreffend die summarische Natur des vorliegenden Massnahmenverfahrens und insbesondere das Erfordernis der blossen Glaubhaftmachung der rechtserheblichen Tatsachen kann vorweg auf die zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden. Im Streit liegen einzig die der Gesuchstellerin persönlich geschuldeten Unterhaltsbeiträge. Es gilt daher die eingeschränkte Untersuchungsmaxime (Art. 272 ZPO). Das Gericht hat im Geltungsbereich des Eheschutzverfahrens den Sachverhalt nicht von Amtes wegen zu erforschen, sondern lediglich festzustellen (vgl. Art. 272 ZPO). Es kann auch von den Parteien nicht vorgebrachte Tatsachen und Beweismittel berücksichtigen (vgl.

Urk. 2 S. 3 f. mit Hinweisen). Der Grundsatz der eingeschränkten Untersuchungsmaxime dient allerdings weniger dem an einer umfassenden Wahrheitsfindung gerichteten öffentlichen Interesse, sondern der Unterstützung der schwächeren Partei. Man spricht daher auch von der sozialen Untersuchungsmaxime. Es geht primär um den Ausgleich eines Machtgefälles zwischen den Parteien. Daraus folgt, dass sich das Gericht bei - wie vorliegend - zwei anwaltlich vertretenen Parteien bei der Feststellung des Sachverhalts wie im ordentlichen Prozess zurückzuhalten hat (Sutter-Somm/Vontobel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 2. A., Zürich Basel Genf 2013, N 12 und 14 zu Art. 272 mit weiteren Hinweisen).

Im Berufungsverfahren können neue Tatsachen nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht wurden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz (d.h. spätestens bis zum Abschluss der Hauptverhandlung, vgl. Art. 229 Abs. 1 ZPO) vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

2. Den Erörterungen über die Berechnung der Unterhaltsbeiträge ist sodann vorzuschicken, dass dieser Entscheid nach Recht und Billigkeit getroffen werden muss und nicht das Ergebnis exakter Berechnungen auf genauen Grundlagen darstellen kann (Meier-Hayoz, Berner Kommentar, N 71-73 zu Art. 4 ZGB). Vielmehr ist der gebührende Unterhaltsbeitrag unter Beachtung der konkreten Umstände – insbesondere der wirtschaftlichen Verhältnisse der Ehegatten und der Bedürfnisse der Familie – festzusetzen (Hausheer/Reusser/Geiser, Kommentar zum Ehe recht, N 21f. zu Art. 163 ZGB; Bühler/Spühler, Berner Kommentar, N 166ff. zu Art. 145a ZGB).

### III.

#### **(Materielles/Unterhaltsbeiträge)**

##### 1. Einkommen Gesuchsteller

a) Die Vorinstanz berechnete ein Einkommen des Gesuchstellers in der Höhe von durchschnittlich zirka Fr. 7'180.– pro Monat (inkl. 13. Monatslohn). Sie

stützte sich dabei auf den Lohnausweis 2013, wonach der Gesuchsteller ein durchschnittliches monatliches Nettoeinkommen in der Höhe von rund Fr. 7'618.– verdient habe. In den Jahren 2010 bis 2013 habe sich das Einkommen stets etwa im gleichen Rahmen bewegt. Abziehen seien die Ausbildungszulagen für die gemeinsame Tochter von monatlich Fr. 250.–. Zu berücksichtigen sei, dass 2013 ein Jahresbonus in der Höhe von Fr. 4'052.– (recte: Fr. 4'252.– brutto, Urk. 6/27/2) und im Jahr 2014 von nur noch Fr. 1'572.– ausbezahlt worden sei. Wenngleich er in den Monaten Februar und März 2014 keine Schichtzulagen ausbezahlt erhalten habe, erscheine es für den Gesuchsteller gleichwohl möglich, diese Ausfälle im Laufe des Jahres 2014 zu kompensieren, zumal auch im Jahr 2013 die Schichtzulagen nur unregelmässig verteilt gewesen seien. Nicht ersichtlich sei, dass der Gesuchsteller sein Arbeitspensum reduzieren könne. Die Zuschläge zum Grundlohn würden für die Schichtarbeit ausbezahlt; das Verrichten der Arbeit in Schichten sowie gelegentliche Überzeit seien Bestandteil seines Arbeitsverhältnisses. Er habe denn auch während der gesamten Ehe Schicht gearbeitet. Das daraus fliessende Einkommen wäre ihm daher selbst bei einer freiwilligen Reduktion des Arbeitspensums anzurechnen (Urk. 2 S. 8 f.).

b) Der Gesuchsteller kritisiert mit seiner Berufung, die Vorinstanz habe seinen Lohn zu hoch bemessen. Sie sei davon ausgegangen, dass er 2014 gleich viel verdiene wie 2013, und habe nicht berücksichtigt, dass er infolge Krankheit 2014 weniger verdient habe. Wie aus den Lohnabrechnungen Januar 2014 bis und mit August 2014 erhelle, habe er durchschnittlich Fr. 6'842.05 (ohne Ausbildungszulagen, einschliesslich Anteil 13. Monatslohn, ohne den mit dem Aprillohn 2014 ausbezahlten Mitarbeiterbonus von Fr. 1'572.–) verdient. Darauf sei abzustellen (Urk. 1 S. 5 ff.).

c) Die Gesuchstellerin lässt bestreiten, dass die Vorinstanz das Einkommen des Gesuchstellers zu seinen Ungunsten ungenau berechnet habe. Es stimme auch nicht, dass sie davon ausgegangen sei, er verdiene 2014 gleich viel wie 2013. Ansonsten wäre die erste Instanz von einem monatlichen Nettoeinkommen von Fr. 7'618.– abzüglich Ausbildungszulagen ausgegangen. In den ersten Monaten des Jahres 2014 habe der Gesuchsteller - ausgenommen im Monat

März - nicht weniger verdient als in den restlichen Monaten. Es treffe schlicht nicht zu, dass er wegen seiner Meniskus-Verletzung im Jahr 2014 weniger verdienen werde. Er habe einzig im März 2014 keinen Schichtzuschlag erhalten, was auf das Jahr gerechnet einen verschwindend kleinen Betrag ausmache. Ausserdem könne er dies in den übrigen Monaten problemlos kompensieren, zumal er Schichtzuschläge von bis zu Fr. 1'600.- pro Monat erhältlich machen könne. Sollte er 2014 tatsächlich weniger verdienen als in den Vorjahren, dann liege das sicherlich nicht an seiner Meniskus-Verletzung, sondern daran, dass er wegen des laufenden Scheidungsverfahrens nicht gleich viel verdienen wolle. Ein solches Verhalten sei nicht zu schützen. Die vom Gesuchsteller in der Berufungsschrift aufgeführten Einkommenszahlen seien korrekt, mit Ausnahme des Monats Juni 2014, welcher mangels eingereicherter Lohnabrechnung bestritten werde. Dass die Prämie von Fr. 1'572.- brutto im Jahr 2014 nicht zum Einkommen des Gesuchstellers hinzugerechnet werden solle, obschon er, seit er bei der D.\_\_\_\_\_ arbeite, immer eine solche erhalten habe, sei nicht nachvollziehbar und werde bestritten. Auch Prämien und andere variable Lohnbestandteile seien zum Erwerbseinkommen zu zählen. Wenn sein variabler Lohn, bestehend aus Schichtzuschlag, Überzeit und Mitarbeiterprämie, im Jahr 2014 weniger hoch sei als in den letzten Jahren, dann liege das daran, dass er diesen absichtlich reduziert habe. Weil die variablen Lohnbestandteile in den letzten Jahren variiert hätten, rechtfertige es sich zur Berechnung des effektiven Einkommens, auf den Durchschnitt der letzten drei Jahre abzustellen. Tatsache sei, dass der Gesuchsteller auch 2014 ein gleich hohes Einkommen wie in den letzten drei Jahren erzielen könnte. Im Übrigen sei darauf hinzuweisen, dass er bereits in den Jahren 2011 bis 2013 aufgrund der tieferen Auftragseingänge nur noch unregelmässig Nachtschichtzulagen bezogen habe, weshalb der variable Lohnbestandteil in diesem Jahr nicht niedriger als in den letzten Jahren sein sollte. Betrachte man die letzten drei Jahre, ergebe sich ein durchschnittliches monatliches Nettoeinkommen (ohne Ausbildungszulagen) von Fr. 7'442.- und damit weit mehr als von der Vorinstanz angenommen (Urk. 14 S. 3 ff.).

d) Der Lohn des Gesuchstellers setzt sich 2013 und 2014 unbestrittener- und belegtermassen aus einem fixen Bruttomonatslohn von Fr. 6'330.-, einem fi-

xen monatlichen Bruttoschichtanteil von Fr. 757.– sowie einem Anteil 13. Monatslohn von rund Fr. 591.– brutto zusammen (Fr. 7'087.– : 12; vgl. Urk. 6/10/5 [Lohnabrechnung November 2013]; Urk. 6/52/1-5; Urk. 4/2a, b). Dazu kommen unregelmässige Lohnbestandteile wie Schichtzuschlag, Überzeitenschädigung und jährliche Mitarbeiterprämie (Urk. 6/10/6). Diese variablen Lohnzahlungen unterliegen nicht unerheblichen jährlichen Schwankungen (vgl. Urk. 6/10/6).

Bei schwankenden Einkommen ist praxisgemäss auf den Durchschnittswert mehrerer Jahre abzustellen. Nur ausnahmsweise ist vom aktuellen (tieferen oder höheren) Einkommen auszugehen, wenn eine eindeutige Tendenz nach oben oder unten feststellbar und nicht zu erwarten ist, dass künftig wieder eine Korrektur stattfindet (Philipp Maier, Die konkrete Berechnung von Unterhaltsansprüchen im Familienrecht, dargestellt anhand der Praxis der Zürcher Gerichte seit Inkraftsetzung der neuen ZPO, in: FamPra.ch 2014, S. 336 mit Hinweisen).

Was die Schichtzuschläge anbelangt, vermochte der Gesuchsteller trotz seiner Meniskusoperation, zufolge derer er vom 20. Januar 2014 bis 2. März 2014 zu 100% und vom 3. März 2014 bis 16. März 2014 zu 50% arbeitsunfähig war (Urk. 6/27/5), den einzig im März 2014 ausgefallenen Schichtzuschlag (vgl. Urk. 51/1-3), längst zu kompensieren. So generierte er von Januar 2014 bis und mit Oktober 2014 bereits Schichtzuschläge über insgesamt Fr. 2'875.15 (Urk. 6/52/1-5; Urk. 4/2a, b; Urk. 6/75/19a, b; Urk. 6/75/20a, b; Art. 272 und Art. 317 Abs. 1 ZPO), während er im Jahr 2013 total Schichtzuschläge über Fr. 2'356.95 vereinnahmte (Urk. 6/10/5, 6). Von einer (dauerhaften) Verminderung des Einkommens kann hier schlicht nicht die Rede sein.

Zwar besteht zur Leistung von Überzeit grundsätzlich keine Pflicht und es kann kein Arbeitspensum von mehr als 100% erwartet werden (Philipp Maier, a.a.O., S. 334 mit Hinweis). Von diesem Grundsatz kann jedoch insbesondere dann abgewichen werden, wenn die Möglichkeit zur Leistung von Überzeit besteht und diese dem Unterhaltspflichtigen auch zugemutet werden kann. Letzteres hängt von den Umständen des Einzelfalls ab und ist letztlich eine Ermessensfrage (BGE 5A\_722/2007 vom 7. April 2008, E. 6.2.2). Eine solche Pflicht ist praxisgemäss zu bejahen, wenn dies zur Deckung der Existenzminima erforderlich

ist sowie möglich und zumutbar erscheint. Das Erbringen von Überzeit wird überdies eher zumutbar sein, wenn derartige Leistungen bereits bisher erbracht worden sind (Gabathuler, Eheschutz und neues Scheidungsrecht, plädoyer 6/01 S. 40). Der Gesuchsteller leistete in den Jahren 2010 bis 2013 stets Überzeiten, welche mit einem Zuschlag von 25% vergütet wurden (vgl. Urk. 6/10/6, zuletzt Fr. 3'022.40 im Jahr 2013, vgl. auch Urk. 6/10/5 [Lohnabrechnungen März und April 2013]). Im Jahr 2014 leistete er, soweit aktenkundig, keine Überzeit mehr. Jedenfalls im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen wurde nicht behauptet geschweige denn belegt (vgl. Urk. 6/51 S. 5-7; Prot. I S. 14 f., 17 f), dass mangels Arbeit überhaupt keine Überzeit mehr geleistet werden können (vgl. demgegenüber die blossе Behauptung im Hauptverfahren: Urk. 6/73 S. 5; Prot. I S. 24, 31 f.). Vielmehr wird in die Richtung argumentiert, dass der Gesuchsteller jahrelang während der gesamten Ehe über 100% gearbeitet habe, was ihm nun nicht mehr zuzumuten sei, insbesondere nachdem auch die Tochter in Zukunft wegfallen (Urk. 6/51 S. 6). Es ist der Vorinstanz darin beizupflichten, dass ebenso wie das Verrichten der Arbeit in Schichten auch die gelegentliche Leistung von Überzeit Bestandteil des Arbeitsverhältnisses des Gesuchstellers ist (Urk. 2 S. 9). Solches ist ihm denn auch weiterhin zuzumuten, jedenfalls für die begrenzte Dauer der vorsorglichen Massnahmen, zumal die tatsächlichen finanziellen Verhältnisse der Parteien eher knapp und im Zuge der Trennung nunmehr zwei Haushalte zu finanzieren sind. Es rechtfertigt sich daher nicht, einfach auf die aktenkundigen Lohnabrechnungen 2014 (vgl. Urk. 6/52/1-5; Urk. 6/75/19a+b, 20a+b; Urk. 4/2a, b), worin keine Überzeiten vergütet werden, abzustellen. Vielmehr ist mit Blick auf die variablen Lohnbestandteile grundsätzlich von einem durchschnittlichen Einkommen der letzten Jahre auszugehen.

Was die im Jahr 2014 gegenüber den Vorjahren massiv tiefere Mitarbeiterprämie in der Höhe von Fr. 1'572.– brutto (vgl. Urk. 6/10/6; Urk. 6/52/4) anbelangt, rechtfertigt es sich hingegen, mit der Vorinstanz, eine Korrektur anzubringen, d.h. von dieser tieferen Prämie auszugehen und die vorjährigen höheren Prämien auszuklammern, zumal der Gesuchsteller keinen Einfluss auf diese vom Unternehmenserfolg abhängige freiwillige Zahlung hat (vgl. Urk. 6/27/4).

Da sich die jährlichen Einkünfte 2011 (Fr. 92'010.– netto inklusive Prämie von Fr. 4'170.– brutto), 2012 (Fr. 93'465.– netto inklusive Prämie von Fr. 7'012.– brutto) und 2013 (Fr. 91'424.– netto inklusive Prämie von Fr. 4'252.– brutto) ohne die Mitarbeiterprämien nur geringfügig unterscheiden (Urk. 6/10/3, 6, 7; Urk. 6/27/2), rechtfertigt es sich der Einfachheit halber, mit der Vorinstanz, zur Ermittlung der massgeblichen Einkünfte des Gesuchstellers auf den Lohnausweis 2013 (Fr. 91'424.– netto) abzustellen, wobei die damalige (für die Zukunft nicht mehr repräsentable) Mitarbeiterprämie von Fr. 4'252.– brutto (respektive zirka Fr. 3'827.– netto, bei Abzügen von zirka 10%) durch jene im April 2014 vergütete von Fr. 1'572.– brutto (respektive zirka Fr. 1'415.– netto) zu ersetzen ist. Sodann sind die Ausbildungszulagen von Fr. 3'000.– (12 mal Fr. 250.–) in Abzug zu bringen. Das von der Vorinstanz errechnete Einkommen von gerundet zirka Fr. 7'180.– netto pro Monat kann somit bestätigt werden.

Lediglich am Rand ist darauf hinzuweisen, dass das Argument des Gesuchstellers betreffend Gleichberechtigung der Parteien bei der Annahme eines hypothetischen Einkommens (vgl. Urk. 1 S. 9) an der Sache vorbei geht. Während der Gesuchsteller lediglich das leisten muss, was er bisher während der gelebten Ehe jahrelang getan hat, hat die Gesuchstellerin neu im Erwerbsleben dauerhaft und in weit höherem Umfang als während der gelebten Ehe Fuss zu fassen. Ungleiches kann nicht gleich behandelt werden. Zudem wird beim Gesuchsteller betreffend die variablen Lohnbestandteile auf ein durchschnittliches (tatsächliches) Einkommen abgestellt und nicht auf die Rechtsfigur des hypothetischen Einkommens zurückgegriffen.

## 2. Einkommen Gesuchstellerin

a) Die Vorinstanz erwog, es könne vorliegend nicht auf vorhandene finanzielle Mittel zur Finanzierung der getrennten Haushalte zurückgegriffen werden. Die Gesuchstellerin sei gesund und müsse ihre Kinder nicht mehr betreuen, da diese alle mündig und nicht mehr von ihr abhängig seien. Für eine über 50-jährige Frau mit geringen Deutschkenntnissen und ohne Berufserfahrung sei es indessen nicht einfach, eine Arbeitsstelle zu finden. In ihrer Befragung habe sie angegeben, dass sie im Moment einen Gelegenheitsjob bei ihren Nachbarn habe. Sie habe

vor einem Monat mit dieser Arbeit begonnen. Sie arbeite dort zirka vier Stunden in der Woche und verdiene Fr. 15.– pro Stunde. Auch habe sie im November 2013 wie in den Jahren zuvor auf dem E.\_\_\_\_\_ gearbeitet. Für zwei Wochen bekomme sie dort einen Lohn von zirka Fr. 1'300.–. Bei den angeführten Arbeitsstellen handle es sich allesamt um Hilfstätigkeiten. Dass sie vor ihrer Übersiedlung in die Schweiz in ihrer Heimat noch eine "Art Lehrerseminar" begonnen habe, könne für den hiesigen Arbeitsmarkt keine Rolle spielen, zeige indessen auf, dass die Gesuchstellerin durchaus über intellektuelles Potential verfüge. Der Gesuchstellerin sei damit die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit im Rahmen einer Hilfstätigkeit ohne Weiteres und jederzeit zumutbar. Da sie in den Jahren zuvor regelmässig ein jährliches Einkommen von rund Fr. 1'300.– bei der F.\_\_\_\_\_ AG erzielt habe, sei ihr zunächst dieses Einkommen, d.h. Fr. 108.– monatlich anzurechnen. Hinzu kämen neuerdings jene Fr. 240.– pro Monat, die sie als Babysitterin bei ihren Nachbarn einnehme. Schliesslich werde sie sich aber im Hinblick auf den "clean break" bei der Scheidung eine Vollzeitarbeitsstelle suchen müssen. Hierfür sei ihr bei den gegebenen Verhältnissen ein angemessener Zeitraum einzuräumen. Mit genügenden Anstrengungen, welche bis anhin fehlten, sei es ihr möglich, bis Frühjahr 2015 eine oder mehrere parallele Arbeitsstellen zu finden, bei welchen sie ein angemessenes Arbeitspensum mit Fr. 2'000.– jedenfalls übersteigendem Nettoeinkommen absolvieren könne. Da von einer Erledigung des Scheidungsverfahrens bis zu diesem Zeitpunkt auszugehen sei, erübrige es sich indessen, im Rahmen des vorliegenden Massnahmenverfahrens ein entsprechendes hypothetisches Einkommen in Anrechnung zu bringen (Urk. 2 S. 7 f.).

b) Der Gesuchsteller hält dafür, die Parteien lebten seit dem 1. Oktober 2013 getrennt. Nachdem die Gesuchstellerin bereits während der Ehezeit immer wieder, teilweise auch 100%, gearbeitet habe, habe sie seit der Trennung sozusagen nicht mehr gearbeitet. Die Vorinstanz stelle fest, dass der Gesuchstellerin die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit zuzumuten sei. Auch stelle sie fest, dass die Gesuchstellerin keine genügenden Anstrengungen (bzw. überhaupt keine) unternommen habe, was allerdings für diese, nach Auffassung der Vorinstanz, trotzdem ohne jegliche Folgen sei. Wenn aber die Vorinstanz für den Gesuchsteller festhalte, dass sich ein hypothetisches Einkommen anrechnen lassen müsse, wer

bei gutem Willen bzw. bei zumutbarer Anstrengung notwendigerweise mehr zu verdienen möge, müsse dies auch für die Gesuchstellerin gelten. Die Gesuchstellerin wisse spätestens seit Aufnahme des Getrenntlebens, d.h. seit Oktober 2013, dass sie einer Erwerbstätigkeit nachgehen müsse. Sie hätte spätestens innerhalb eines halben Jahres, also per April 2014 eine Stelle finden müssen. Hätte sie ab Oktober 2013 eine Arbeitsstelle gesucht, hätte sie eine solche gefunden. Dabei dürfe davon ausgegangen werden, dass sie für eine 100% Arbeitsstelle einen Mindestlohn von Fr. 3'000.- netto erzielen könne. Es sei klar, dass sie keine Arbeitsstelle finde, wenn sie keine suche. Es sei ihr daher ein hypothetisches Einkommen von mindestens Fr. 3'000.- anzurechnen, spätestens ab Entscheid der Berufungsinstanz. Bis dahin seien ihr die vorinstanzlich angerechneten Fr. 348.- monatlich in Anschlag zu bringen. Damit bis im Frühjahr 2015 zuzuwarten, sei viel zu lange, nachdem der Gesuchstellerin so 1,5 Jahre seit der Trennung für die Stellensuche eingeräumt würden (Urk. 1 S. 8 f.).

c) Demgegenüber lässt die Gesuchstellerin bestreiten, dass sie während der Ehezeit immer wieder, teilweise auch 100%, gearbeitet habe. Die Parteien hätten eine klassische Hausgattenehe mit Kindern gelebt, in welcher der Gesuchsteller gearbeitet und die Gesuchstellerin sich um die drei Kinder - zwei davon aus einer früheren Beziehung - sowie den Haushalt gekümmert habe. Ein bis zwei Mal pro Jahr habe sie während des Zusammenlebens jeweils temporär für ein paar Tage oder Wochen Hilfstätigkeiten auf Stundenlohnbasis verrichtet, wie z.B. Gläserservice an der F.\_\_\_\_\_ oder am ... fest auf dem G.\_\_\_\_\_ [Ort]. Insgesamt habe sie in 16 Jahren (1998 bis 2013) damit ein Bruttoeinkommen von rund Fr. 42'200.- erzielt. Von einer richtigen bzw. regelmässigen Arbeit oder gar einer 100%-igen Erwerbstätigkeit könne offensichtlich keine Rede sein. Es treffe auch nicht zu, dass sie seit der Trennung sozusagen nicht mehr gearbeitet habe. Sie verrichte im gleichen Umfang wie vor der Trennung Hilfstätigkeiten. Es stimme auch nicht, dass sie seit der Trennung keine genügenden Anstrengungen unternommen habe, um eine Arbeitsstelle zu finden. Dies gestalte sich allerdings als sehr schwierig, da sie weder Berufserfahrung noch eine Ausbildung habe, schlecht Deutsch spreche und im Trennungszeitpunkt bereits 52 Jahre alt gewesen sei. Sie wolle unbedingt arbeiten und habe auch schon zahlreiche Anstren-

gungen unternommen, um eine Arbeitsstelle zu finden. Leider erfolglos. Sie sei bei der Stellensuche auch gänzlich auf ihren ältesten Sohn angewiesen, weil sie zufolge ihrer fehlenden Sprach- bzw. Computerkenntnisse nicht einmal in der Lage sei, ohne fremde Hilfe eine Bewerbung zu schreiben, geschweige denn eine solche am Computer einigermaßen anständig zu gestalten. Der Sohn habe ihr einen Lebenslauf erstellt und habe sich damit bei Kollegen und Freunden nach einer Stelle für die Gesuchstellerin erkundigt. Daneben habe sie sich bei verschiedenen Stellen beworben und dort teilweise auch schnuppern gehen können. Auch habe sie sich bei Jobvermittlungen mit ihrem Lebenslauf registrieren lassen. Leider habe es bis jetzt mit einer Anstellung nicht geklappt und es sei offensichtlich, dass dies auch in Zukunft sehr schwierig werde. Sie könne von Glück reden, wenn sie ab Frühjahr 2015 an verschiedenen Orten putzen gehen und damit ein Einkommen von Fr. 2'000.- netto pro Monat verdienen könne. Diese von der Vorinstanz gegebene Frist sei sicherlich nicht zu lang. Im Gegenteil. Hinzu komme, dass sie gesundheitlich beeinträchtigt sei bzw. bereits vor der Trennung gewesen sei, was die Suche nach einer Arbeitsstelle nicht einfacher mache (Urk. 14 S. 7-9).

d) Im Eheschutzverfahren ist eine Pflicht zur Aufnahme oder Ausdehnung einer Erwerbstätigkeit nur zu bejahen, wenn keine Möglichkeit besteht, auf eine während des gemeinsamen Haushalts gegebene Sparquote oder vorübergehend auf Vermögen zurückzugreifen, wenn die vorhandenen finanziellen Mittel - allenfalls unter Rückgriff auf Vermögen - trotz zumutbarer Einschränkungen für zwei getrennte Haushalte nicht ausreichen und wenn die Aufnahme oder Ausdehnung der Erwerbstätigkeit unter den Gesichtspunkten der persönlichen Verhältnisse des betroffenen Ehegatten (Alter, Gesundheit, Ausbildung u.ä.) und des Arbeitsmarktes zumutbar ist. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Im Scheidungsverfahren ist zusätzlich zu beachten, dass die vorsorglichen Massnahmen einen anderen Zweck verfolgen als die Eheschutzmassnahmen. Nach Eintritt der Rechtshängigkeit des Scheidungsprozesses wird eine Rückkehr zur gemeinsam vereinbarten Aufgabenteilung weder angestrebt noch ist sie wahrscheinlich. Insoweit darf dem Ziel der wirtschaftlichen Selbstständigkeit des bisher nicht oder bloss in beschränktem Umfang erwerbstätigen Ehegatten bereits eine

gewisse Bedeutung zugemessen werden und in stärkerem Ausmass als im Ehe-schutzverfahren auf die bundesgerichtlichen Richtlinien zum Scheidungsunterhalt (Art. 125 ZGB) abgestellt werden (vgl. BGE 130 III 537 E. 3.2 mit weiteren Hinweisen). Dennoch ist angesichts des eher kurzfristigen Regelungshorizonts der vorsorglichen Massnahmen grundsätzlich von den aktuellen Verhältnissen auszu-gehen. Kann der Bedarf der Eheleute durch das erzielte Einkommen gedeckt werden, spricht dies gegen die Anordnung eines hypothetischen Einkommens. Gleiches gilt, wenn die Ehegatten in einer langjährigen Ehe mit traditioneller Rol-lenverteilung gelebt haben. Eine Verpflichtung zur Suche einer Festanstellung bzw. zur Aufnahme oder Ausdehnung einer Erwerbstätigkeit ist im Massnahmen-verfahren nur mit einer gewissen Zurückhaltung anzunehmen. Eine Aufstockung des Arbeitspensums ist grundsätzlich auch jenseits der - für Wiedereinsteigerin-nen beachtlichen - Altersgrenze von 45 Jahren zumutbar, da eine Ausdehnung des Arbeitspensums einfacher als der Wiedereinstieg ins Berufsleben ist. Aller-dings wird bei einer Zuverdienstehe von der Ehefrau bei guten wirtschaftlichen Verhältnissen nicht zwingend eine volle Erwerbstätigkeit gefordert. In der jünge-ren Rechtsprechung wird die Alterslimite für die Wiederaufnahme bzw. Ausdeh-nung einer Erwerbstätigkeit von 45 Jahren denn auch zunehmend relativiert und tendenziell auf 50 Jahre angehoben (Philipp Maier, a.a.O., S. 340 mit weiteren Hinweisen; BGE 137 III 102 E. 4.2.2.2; LY120021, Urteil I. Zivilkammer vom 13. August 2012, E. 2.2.4 mit weiteren Hinweisen).

Die Parteien heirateten am tt. April 1995 (Urk. 6/2). Seit dem 1. Oktober 2013 leben sie getrennt (Urk. 1 S. 8; Urk. 14 S. 8). Aus der Ehe ging die inzwi-schen mündige Tochter C.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.1995, hervor (Urk. 6/2). Unbe-strittenermassen wuchsen auch die zwei vorehelichen Söhne der Gesuchstellerin bei den Parteien auf. Die Parteien führten eine klassische Hausgattenehe (Urk. 6/28 S. 4 f.; Urk. 6/51 S. 3, 6). Es handelt sich offensichtlich um eine lange und lebensprägende Ehe. Die Gesuchstellerin verrichtete während der gelebten Ehe lediglich temporäre Gelegenheitshilfsarbeiten auf Stundenlohnbasis wie im Glä-serservice an der F.\_\_\_\_\_, oder Tellerwaschen und Buffet am ...fest auf dem G.\_\_\_\_\_ oder bei H.\_\_\_\_\_ [Restaurant]. Vor sechs bis sieben Jahren hatte sie bei der ...fabrik in ... an zwei Tagen auf Abruf gearbeitet. Sodann arbeitete sie in der

Kinderbetreuung (Urk. 6/27/1; Urk. 6/49/13; Prot. I S. 14, 16; Urk. 6/46 S. 6; Urk. 6/51 S. 4; Urk. 6/70 S. 3). Ein regelmässiges, namhaftes Einkommen, geschweige denn im Rahmen einer Festanstellung, erzielte sie jedoch nie.

Zur Zeit hat sie jährlich immer noch diese befristete Anstellung bei der F.\_\_\_\_\_ AG, womit sie zirka Fr. 1'300.– netto für zwei Wochen verdient (Urk. 6/9/6) bzw. rund Fr. 108.– auf den Monat umgerechnet. Daneben arbeitet sie neuerdings bei ihren Nachbarn als Babysitterin während zirka vier Stunden pro Woche bei einem Stundenlohn von Fr. 15.–, womit sie rund Fr. 240.– pro Monat verdient (Prot. I S. 13, 15). Entsprechend rechnete der Vorderrichter der Gesuchstellerin von Oktober 2013 bis und mit Juli 2014 ein (tatsächliches) Einkommen von monatlich Fr. 108.– an und ab August 2014 ein solches von insgesamt Fr. 348.– im Monat (Urk. 2 S. 13), was im Berufungsverfahren nicht kritisiert wurde (Urk. 1 S. 9; Urk. 14 S. 7 ff.).

Im Zeitpunkt der Trennung im Oktober 2013 war die Gesuchstellerin, geboren tt. November 1962, 50-jährig bzw. bald 51-jährig. Kinder hatte und hat sie keine mehr zu betreuen. Nicht strittig ist, dass die Gesuchstellerin über keine (in der Schweiz anerkannte) Ausbildung verfügt (Urk. 14 S. 8; Urk. 6/28 S. 4 f.; 6/51 S. 4; Prot. I S. 15). Entsprechend verrichtete sie, wie gesehen, lediglich Hilfstätigkeiten. Dass sie über gar keine Berufserfahrung verfügen soll (Urk. 2 S. 7), kann so jedoch nicht gesagt werden. Allerdings beschränkt sich ihre Berufserfahrung auf verschiedene temporäre Hilfstätigkeiten und liegt teilweise länger zurück. Hinderlich bei der Stellensuche sind sicherlich die (gemäss Vorinstanz, welche die Gesuchstellerin persönlich gesehen hat) geringen Deutschkenntnisse (Urk. 2 S. 7). Bei den Verhandlungen musste denn auch ein Dolmetscher beigezogen werden (Prot. I S. 3, 12 und 22). Immerhin gab die Gesuchstellerin selbst an, wenn man klar und deutlich Hochdeutsch spreche, dann verstehe sie das (Prot. I S. 29). Damit sollte sie beispielsweise in der Reinigungsbranche, in welcher notorischerweise die Deutschkenntnisse der mitarbeitenden ausländischen Arbeitskräfte sehr schlecht sind, sicherlich durchkommen. Ebenso im Küchenbereich. Im Gastgewerbe mit Kundenkontakt dürfte es dagegen schwieriger sein.

Unter dem Titel Einkommen macht die Gesuchstellerin im Berufungsverfahren neu geltend, sie sei gesundheitlich beeinträchtigt bzw. bereits vor der Trennung gewesen, was die Suche nach einer Arbeitsstelle für sie nicht einfacher mache (Urk. 14 S. 9). Vor Vorinstanz brachte sie solches indessen lediglich im Zusammenhang mit (zusätzlichen) Gesundheitskosten im Bedarf vor (Urk. 6/28 S. 5, 7; Prot. I S. 12 f., 15-17). Einerseits erfolgen diese Vorbringen somit verspätet (Art. 317 Abs. 1 ZPO), andererseits wurden sie in keiner Weise näher substantiiert, geschweige denn durch medizinische Unterlagen belegt. Es wurde insbesondere auch nicht behauptet, dass die Gesuchstellerin irgendwelche bisherigen Hilfstätigkeiten zu Folge gesundheitlicher Probleme überhaupt nicht mehr ausüben könnte. Von einer gesundheitlich relevanten Einschränkung der Gesuchstellerin auf dem Stellenmarkt ist daher nicht auszugehen.

Vorliegend reichen das Einkommen des Gesuchstellers sowie das gegenwärtige geringfügige Einkommen der Gesuchstellerin (ausgenommen im Monat August 2014) aus, um die um die Steuern erweiterten beiden Notbedarfe zu decken, wobei auch noch ein Freibetrag zwischen Fr. 134.– und Fr. 878.– resultiert (vgl. nachstehend Ziffer 5), dies allerdings auch, weil beide Parteien mit erwachsenen und erwerbstätigen Kindern zusammenleben. Die aktuelle Wirtschaftslage in der Schweiz präsentiert sich nach wie vor gut. Hinreichende vergebliche intensive Stellensuchbemühungen vermag die Gesuchstellerin denn auch nicht darzutun. Vielmehr fehlen - mit der Vorinstanz - genügende Anstrengungen bis anhin (Urk. 2 S. 8; Prot. I S. 15 f.). Auch die mit der Berufungsantwort neu und zulässigerweise (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO) eingereichten Unterlagen - eine Bewerbung vom 13. November 2014 als Reinigungsmitarbeiterin I.\_\_\_\_\_, eine Bestätigung ihrer Registrierung bei J.\_\_\_\_ Schweiz vom 29. Oktober 2014, ein Absageschreiben vom 18. November 2014 von K.\_\_\_\_, J.\_\_\_\_ (Schweiz AG) betreffend die Bewerbung als Reinigungsmitarbeiterin, ein Absageschreiben von L.\_\_\_\_ betreffend die Bewerbung als Mitarbeiter/in Patienten-Hotellerie sowie eine Einladung von M.\_\_\_\_ zum Schnuppertag am 5. November 2014 (Urk. 16/1-5; Urk. 6/72/2/5, 6/72/3/2, 6/72/4/1, 6/72/5) - ändern daran nichts. Ebenso wenig die im Rahmen des Hauptverfahrens in der Hauptverhandlung vom 19. November 2014 neu beigebrachten Unterlagen (Bewerbung bei der I.\_\_\_\_ Schweiz vom 9. Juli

2012 [Urk. 6/72/2/1], Bewerbung bei der N.\_\_\_\_\_ Personalmanagement AG betreffend eine Anstellung als Löterin und Bestückerin vom 28. Februar 2013 [Urk. 6/72/2/2], Bewerbung für J.\_\_\_\_\_ als Flugzeugreinigerin vom 3. Oktober 2011 [Urk. 6/72/2/3], Bewerbung für Confiserie O.\_\_\_\_\_ als temporäre Mitarbeiterin vom 30. August 2010 [Urk. 6/72/2/4], Bestätigung Anmeldung J.\_\_\_\_\_ vom 30. September 2011 [Urk. 6/72/3/1]), wobei es sich hier ohnehin um unzulässige Noven handelt (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Es ist notorisch, dass insbesondere auch die Arbeitslosenkassen monatlich mindestens zehn vergebliche adäquate Arbeits-suchbemühungen fordern. Davon ist die Gesuchstellerin jedoch weit entfernt.

Mit der Vorinstanz ist der Gesuchstellerin, welche gesund und von jeglichen Kinderbetreuungspflichten befreit ist, die Aufnahme einer (vollen) Erwerbstätigkeit im Rahmen einer Hilfstätigkeit ohne weiteres zumutbar. Dass ihr solches nicht möglich sein sollte, vermochte die Gesuchstellerin zwar nicht hinreichend darzu-tun, geschweige denn zu dokumentieren. Allerdings ist nicht zu verkennen, dass insbesondere ihr Alter und das Fehlen einer Berufserfahrung im Rahmen eines fi-xen, längerfristigen Arbeitspensums bei der Stellensuche in nicht zu unterschät-zendem Ausmass hinderlich sein dürften. Es ist kaum davon auszugehen, dass die Gesuchstellerin dereinst ein Fr. 2'000.- netto übersteigendes monatliches Er-werbseinkommen wird erwirtschaften können, sei es durch eine oder vielmehr mehrere parallele Arbeitsstellen. Die rückwirkende Anrechnung eines hypotheti-schen Einkommens ist im vorliegenden originären Verfahren, in welchem erstmals (vorsorgliche) Unterhaltsbeiträge festgesetzt werden (im Unterschied zum Abän-derungsverfahren), ohnehin nicht möglich. Daher bleibt ihr bislang im Hinblick auf die Stellensuche ungenügendes Suchverhalten praxisgemäss ohne direkte Fol-gen bzw. es kann ihr nicht bereits ab dem Berufungsentscheid ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden, wie sich der Gesuchsteller dies vorstellt. Indes-sen ist der Gesuchstellerin, welche seit der Trennung im Oktober 2013 weiss, dass sie sich um eine (Vollzeit-) Anstellung bemühen muss, eine verhältnismässig kürzere Übergangsfrist von rund vier Monaten einzuräumen bzw. es ist ihr per Ju-ni 2015 ein realistisches Nettomonatseinkommen von Fr. 2'000.- anzurechnen. Ob das Scheidungsverfahren dann bereits (rechtskräftig) erledigt ist (Urk. 2 S. 8), nachdem die Vergleichsbemühungen anlässlich der Hauptverhandlung vom

19. November 2014 gescheitert sind (Prot. I S. 32), kann und muss dabei nicht beurteilt werden.

### 3. Bedarf Gesuchsteller

Die erste Instanz berechnete einen abgestuften Bedarf des Gesuchstellers über Fr. 4'346.70 von Oktober 2013 bis und mit März 2014, Fr. 4'339.70 von April bis und mit Juli 2014 und Fr. 3'328.40 ab August 2014 (Urk. 2 S. 10). Im Berufungsverfahren sind einzig die Kosten im Zusammenhang mit der mündigen Tochter C.\_\_\_\_\_ (geboren tt.mm.1995 [Urk. 6/2]) umstritten, welche sich jedenfalls bis Ende Juli 2014 noch in Ausbildung befand und beim Gesuchsteller lebt.

Die Vorinstanz berücksichtigte keine Kosten für C.\_\_\_\_\_, da der Mündigenunterhalt nachrangig sei und sie zudem im letzten Lehrjahr unstrittig zwischen Fr. 1'400.– bis Fr. 1'500.– pro Monat verdient habe, womit sie ihre Auslagen - ausgenommen die Miete - habe decken können. Namentlich wurden im Bedarf des Gesuchstellers weder ein erhöhter Grundbetrag von Fr. 1'350.– noch ein Kinderzuschlag über Fr. 600.– bis zum Abschluss der Ausbildung von C.\_\_\_\_\_ per Ende Juli 2014 in Anrechnung gebracht (Urk. 2 S. 10 f.). Ab August 2014 veranschlagte die erste Instanz beim Gesuchsteller jedoch nur noch einen reduzierten Grundbetrag sowie die Hälfte der Miete, weil die Tochter dann ihre Lehre abgeschlossen habe und voll erwerbstätig sein könne (Urk. 2 S. 10 f.).

Der Gesuchsteller beansprucht im Rahmen seiner Berufung neu einen erhöhten Grundbetrag von Fr. 1'350.– und einen Kinderzuschlag von Fr. 600.–, solange die Tochter noch in Ausbildung (gewesen) sei. Es gehe insbesondere nicht an, der Tochter rückwirkend einen Kostenbeitrag für die Verpflegung zu Hause zuzumuten. Keines der Kinder habe während der Ausbildung den Lehrlingslohn abliefern müssen (Urk. 1 S. 7 f.). Die Gesuchstellerin hält im Wesentlichen am vorinstanzlichen Entscheid fest, ausgenommen, dass mit der Aufnahme der Erwerbstätigkeit von C.\_\_\_\_\_ dem Gesuchsteller nebst dem reduzierten Grundbetrag und der hälftigen Miete auch nur noch die Hälfte aller anderen im Zusammenhang mit der Wohnung stehenden Kosten (Hausratversicherung, Billag) anzurechnen sei. Es werde abermals bestritten, dass sich C.\_\_\_\_\_ immer zu Hause

verköstigt habe. Vielmehr habe sie in der Regel nur während der Arbeit richtig gegessen. Es gehe vorliegend nicht darum, dem Gesuchsteller rückwirkend irgendwelche Kostenbeiträge anzurechnen, sondern darum, dass die Tochter im letzten Jahr ihrer Lehre ohne weiteres in der Lage gewesen sei, ihren Lebensunterhalt mit ihrem Lehrlingslohn zu finanzieren, zumal sie kein Geld für die Miete, die Hausratversicherung, die Billag-Gebühren sowie die auswärtige Verpflegung gebraucht habe und im Bedarf des Gesuchstellers für sie sogar noch Fr. 100.– (erhöhter Grundbetrag) berücksichtigt worden seien (Urk. 14 S. 5 ff.).

Die gegenseitige Unterstützungspflicht der Ehegatten geht praxisgemäss der elterlichen Unterstützungspflicht gegenüber volljährigen Kindern vor. Daher dürfen im Rahmen vorsorglicher Massnahmen für die Dauer des Scheidungsverfahrens Beiträge an den Unterhalt erwachsener Kinder nicht zum erweiterten Existenzminimum des alimentenpflichtigen Gatten gerechnet werden (BGE 132 III 209 E. 2.3; auch Philipp Maier, a.a.O., S. 313 mit Hinweisen). Entsprechend ist im Bedarf des Gesuchstellers weder ein erhöhter Grundbetrag für einen alleinerziehenden Schuldner von Fr. 1'350.– noch ein Kinderzuschlag von Fr. 600.– zu berücksichtigen. Solches verlangte der Gesuchsteller im Übrigen vor Vorinstanz nicht, stellte er sich doch dort noch auf den Standpunkt, die Tochter könne weder positiv noch negativ eine Rolle in seiner Bedarfsberechnung spielen (Prot. I S. 14; Urk. 6/51 S. 7). Steht das mündige Kind noch in Ausbildung, rechtfertigt es sich allerdings nicht, den Bedarf des Pflichtigen zufolge Haushaltsgemeinschaft mit einer erwachsenen Person zu reduzieren. Es ist daher, jedenfalls bis zum Abschluss der Ausbildung der Tochter, vom Grundbetrag für eine alleinstehende Person (Fr. 1'200.–) auszugehen, wie dies die Vorinstanz getan hat und von der Gesuchstellerin denn auch anerkannt wurde (Urk. 2 S. 10 f.; Urk. 6/28 S. 9 f.).

Wie dies von der Gesuchstellerin ebenso anerkannt wurde (Urk. 6/28 S. 8 ff.), sind dem Gesuchsteller bis zum Abschluss der Ausbildung der Tochter C.\_\_\_\_\_ Ende Juli 2014 mit der Vorinstanz die vollen Mietkosten über Fr. 1'685.30 (einschliesslich Parkplatzkosten von Fr. 95.– monatlich, Urk. 6/10/8, 10) zu veranschlagen (Urk. 2 S. 10). Weil die Tochter nunmehr erst per 1. September 2014 eine Anstellung bei der P.\_\_\_\_\_ AG antreten wird, wo sie bei einem

80%-Pensum rund Fr. 4'000.– brutto verdienen wird (Urk. 1 S. 7; Urk. 4/4 i.V.m. Art. 317 Abs. 1 ZPO), rechtfertigt es sich jedoch, dem Gesuchsteller auch erst per diesem Datum lediglich den hälftigen Mietzins (zuzüglich Parkplatzkosten, total Fr. 890.–) und entsprechend den reduzierten Grundbetrag zufolge Haushaltsgemeinschaft mit einer erwachsenen Person (Fr. 1'100.–) in Anrechnung zu bringen. Davon gehen denn auch beide Parteien aus (Urk. 1 S. 7; Urk. 14 S. 6). Zudem sind dem Gesuchsteller mit Aufnahme der Erwerbstätigkeit der Tochter C.\_\_\_\_\_ per September 2014 auch nur noch die hälftigen Billag-Gebühren (Fr. 19.25) und die hälftigen Kosten für die Haftpflicht- und Hausratversicherung (Fr. 16.10 [Urk. 6/10/15]) im Bedarf einzusetzen, wie dies die Gesuchstellerin bereits im erstinstanzlichen Verfahren beantragen liess (Urk. 6/28 S. 9; Urk. 14 S. 6). Ob C.\_\_\_\_\_ beabsichtigt, eine Weiterbildung zu absolvieren (Urk. 1 S. 7), was bestritten wird (Urk. 14 S. 6), ist nicht von Bedeutung. Solange sie beim Gesuchsteller lebt, hat sie sich entsprechend an den Kosten zu beteiligen.

Der Einwand des Gesuchstellers, es liege eine unzulässige rückwirkende Anrechnung eines Kostenbeitrages der Tochter für die Verpflegung zu Hause vor (Urk. 1 S. 8), zielt an der Sache vorbei. Entgegen der gängigen Praxis wird der Lehrlingslohn von C.\_\_\_\_\_ von unbestrittenermassen zwischen Fr. 1'400.– bis Fr. 1'500.– monatlich (Urk. 6/28 S. 9) nicht mit einem angemessenen Beitrag an die Haushaltskosten berücksichtigt, indem dem Gesuchsteller nunmehr rückwirkend ein konkreter Betrag als Einkommen angerechnet würde. Es wird vielmehr zu Recht davon ausgegangen, dass der Lehrlingslohn von C.\_\_\_\_\_ sicherlich deren Lebenshaltungskosten ohne Miete gedeckt haben dürfte, zumal sie sich während der Lehre im ...spital ... offenbar unbestrittenermassen gratis verpflegen konnte (Urk. 2 S. 11; Urk. 6/28 S. 10; Urk. 6/51 passim und Prot. I S. 14). Wenn der anwaltlich vertretene Gesuchsteller, im Wissen um seine Unterhaltspflichten gegenüber der Gesuchstellerin, im Zuge der Trennung von C.\_\_\_\_\_ keinen Kostenbeitrag aus deren Lehrlingslohn verlangte, hat er dies nunmehr selber zu vertreten.

Zusammengefasst beläuft sich der Bedarf des Gesuchstellers somit von Oktober 2013 bis und mit März 2014 nach wie vor auf rund Fr. 4'347.–. Der von der

Vorinstanz berechnete Bedarf von rund Fr. 4'340.– für die Zeit von April 2014 bis und mit Juli 2014 gilt neu bis und mit August 2014 (Urk. 2 S. 10). Ab September 2014 reduziert sich der Bedarf dann auf gerundet Fr. 3'293.– (Fr. 3'328.40 gemäss Vorinstanz [Urk. 2 S. 10] ab 1.8.2014, abzüglich Fr. 19.25 [1/2 Billag] und abzüglich Fr. 16.10 [1/2 Hausrat-/Haftpflichtversicherung]).

#### 4. Bedarf Gesuchstellerin

Die von der Vorinstanz für die Gesuchstellerin nach Perioden abgestuft berechneten Notbedarfe (Fr. 2'763.40 von Oktober 2013 bis und mit März 2014, Fr. 2'838.40 von April bis und mit Juli 2014 sowie Fr. 3'381.40 ab August 2014) werden vom Gesuchsteller, ausgenommen die Gesundheitskosten von Fr. 107.55 monatlich, im Berufungsverfahren nicht bestritten (Urk. 1 S. 10). Was die Gesundheitskosten anbelangt, ging die Vorinstanz davon aus, bei der Gesuchstellerin seien durchschnittliche Gesundheitskosten von Fr. 107.55 pro Monat ausgewiesen (Urk. 2 S. 13; Urk. 6/28 S. 7; Urk. 6/10/16).

Der Gesuchsteller kritisiert, entgegen der vorinstanzlichen Auffassung seien die Gesundheitskosten der Gesuchstellerin nicht ausgewiesen. Zwar habe sie im Jahr 2013 die aufgeführten Gesundheitskosten gehabt (Urk. 6/10/16), für das Jahr 2014 seien aber keine Gesundheitskosten ausgewiesen und die Gesuchstellerin habe auch nicht ausgeführt, weshalb und bei wem sie Gesundheitskosten habe. Die Rechnung des Spitals (vom 21. Januar 2014) dürfte von der Krankenkasse übernommen werden. Deshalb sei der von der Vorinstanz für sie berechnete Bedarf um den Fr. 25.– Franchise übersteigenden Betrag, also um Fr. 82.85 zu reduzieren (Urk. 1 S. 10). Demgegenüber hält die Gesuchstellerin dafür, sie befinde sich seit längerer Zeit in ärztlicher Behandlung, was von der Gegenseite nicht bestritten worden sei. Die Rechnung des Universitätsspitals Zürich vom 21. Januar 2014 sei von der Krankenkasse nicht übernommen worden, zumal sie am 7. März 2014 nochmals aufgefordert worden sei, diesen Betrag zu begleichen (Urk. 6/30/9; Urk. 6/45/3). Darüber hinaus habe sie in diesem Jahr bereits wieder zahlreiche Rechnungen bzw. Mahnungen der Krankenkasse für Prämien und ihren Anteil an entstandenen Arztkosten erhalten. Dies zeige, dass sie auch im Jahr 2014 Gesundheitskosten gehabt habe bzw. nach wie vor habe. Ihre Krankheits-

kosten seien daher, wie die Vorinstanz richtig ausgeführt habe, ausgewiesen und im Bedarf zu berücksichtigen (Urk. 14 S. 9 f.; Urk. 7; Urk. 9/3/1; Urk. 9/3/4).

Auszugehen ist grundsätzlich von den tatsächlich zu bezahlenden Krankenkassenprämien. Darüber hinaus sind Beträge für nicht gedeckte Gesundheitskosten wie Selbstbehalte und Franchisen in der Bedarfsberechnung nur dann zu berücksichtigen, wenn sie gegenwärtig oder in naher Zukunft tatsächlich anfallen, zum Beispiel aufgrund chronischer Krankheit oder Schmerzen. Es müssen regelmässige Arztbesuche ausgewiesen sein (Dolder/Diethelm, Eheschutz [Art. 175 ff. ZGB] - Ein aktueller Überblick, in: AJP 2003, S. 660 mit Hinweisen; Philipp Maier, a.a.O., S. 324 f.; vgl. auch BGE 129 III 242).

Die Behauptung der Gesuchstellerin vor Vorinstanz, wonach sie gesundheitliche Probleme habe und daher regelmässig in ärztlicher Behandlung sei (Urk. 6/28 S. 7), wurde nicht (substantiiert) bestritten. Der Gesuchsteller machte bloss geltend, die von der Gesuchstellerin aufgeführten Gesundheitskosten in der Höhe von Fr. 130.– pro Monat seien nicht nur nicht ausgewiesen, sondern teilweise situationsbedingt durch die Scheidung und deshalb auf Dauer nicht ausgewiesen (Prot. I S. 14; Urk. 6/51 S. 9). Sodann erscheint auch aufgrund der aktenkundigen Belege (Urk. 6/10/16 [Leistungsabrechnung der Assura von Januar bis März 2013]; Rechnung des Universitätsspitals Zürich vom 21. Januar 2014 [Urk. 6/30/9]; Mahnungen und Zahlungserinnerungen der Assura betreffend ausstehende Prämien und Beteiligungen an Arztkosten vom 22. August 2014 und 29. September 2014 [Urk. 9/3/1-3 i.V.m. Art. 317 Abs. 1 ZPO]) immerhin für die (beschränkte) Dauer der vorsorglichen Massnahmen hinreichend glaubhaft, dass die Gesuchstellerin gesundheitliche Probleme hat und in regelmässiger ärztlicher Behandlung steht. Es sind ihr daher jedenfalls die jährliche Franchise von Fr. 300.– (Urk. 6/10/16) sowie der maximale Selbstbehalt für Erwachsene von Fr. 700.– jährlich (vgl. Art. 64 Abs. 2 lit. b KVG [SR 832.10] i.V.m. Art. 103 Abs. 2 KVV [SR 832.102]) und damit durchschnittlich Fr. 83.– pro Monat unter dem Titel Gesundheitskosten in Anrechnung zu bringen. Weitere von der Gesuchstellerin selbst zu tragende notwendige Kosten, wie namentlich allfällige Spitaltaxen, wurden demgegenüber nicht hinreichend ausgewiesen.

Somit beläuft sich der Bedarf der Gesuchstellerin auf rund Fr. 2'739.– von Oktober 2013 bis und mit März 2014 bzw. Fr. 2'814.– von April bis und mit Juli 2014 bzw. Fr. 3'357.– ab August 2014 (vgl. Urk. 2 S. 10 mit je Fr. 83.– Gesundheitskosten statt Fr. 107.55).

#### 5. Berechnung Unterhaltsbeiträge

	1.10.13 bis 31.3.14	1.4.14 bis 31.7.14	Aug. 14	1.9.14 bis 31.5.15	ab 1.6.15
EK GSin	Fr. 108	Fr. 108	Fr. 348	Fr. 348	Fr. 2'000
EK GS	Fr. 7'180	Fr. 7'180	Fr. 7'180	Fr. 7'180	Fr. 7'180
<b>total EK</b>	<b>Fr. 7'288</b>	<b>Fr. 7'288</b>	<b>Fr. 7'528</b>	<b>Fr. 7'528</b>	<b>Fr. 9'180</b>
NB GSin	Fr. 2'739	Fr. 2'814	Fr. 3'357	Fr. 3'357	Fr. 3'357
NB GS	Fr. 4'347	Fr. 4'340	Fr. 4'340	Fr. 3'293	Fr. 3'293
<b>total NB</b>	<b>Fr. 7'086</b>	<b>Fr. 7'154</b>	<b>Fr. 7'697</b>	<b>Fr. 6'650</b>	<b>Fr. 6'650</b>
FB/Manko	Fr. 202	Fr. 134	- Fr. 169	Fr. 878	Fr. 2'530
½ FB	Fr. 101	Fr. 67	-	Fr. 439	Fr. 1'265

Damit ergeben sich folgende der Gesuchstellerin geschuldete Unterhaltsbeiträge (Notbedarf GSin + ½ Freibetrag - Einkommen GSin bzw. bei Manko: Einkommen GS - Bedarf GS):

- Fr. 2'732.– von Oktober 2013 bis und mit März 2014,
- Fr. 2'773.– von April 2014 bis und mit Juli 2014,
- Fr. 2'840.– im August 2014,
- Fr. 3'448.– von September 2014 bis und mit Mai 2015 bzw. Fr. 3'440.– (Urk. 2 S. 14 f.) zufolge des Verbots der reformatio in peius (Verschlechterungsverbot; Reetz, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 2. A., Zürich 2013, Vorbemerk. zu den Art. 308-318 N 17),
- Fr. 2'622.– ab Juni 2015.

Für die Zeit von Oktober 2013 bis und mit September 2014 sind nunmehr rückwirkend Unterhaltsbeiträge in der Höhe von insgesamt Fr. 33'764.– geschuldet. Bei einer rückwirkenden Verpflichtung zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen

sind tatsächlich bereits erbrachte Unterhaltsleistungen zu berücksichtigen bzw. anzurechnen (BK-Hausheer/Reusser/Geiser, N 23 zu Art. 173 ZGB; ZK-Bräm/Hasenböhler, N 150 zu Art. 163 ZGB). Der Pflichtige darf nicht zu Zahlungen verpflichtet werden, die er bereits geleistet hat. Im Umfang dieser Leistung ist nämlich die entsprechende Verpflichtung untergegangen (ZR 107 Nr. 60; BGE 138 III 583 E. 6.1.1, S. 585). Wie die Vorinstanz festhielt und im Berufungsverfahren nicht beanstandet wurde, bezahlte der Gesuchsteller im Oktober 2013 Fr. 1'600.– Unterhaltsbeiträge, im November 2013 Fr. 1'800.– und ab Dezember 2013 jeweils einen Betrag von Fr. 1'600.– (Urk. 2 S. 14; Urk. 6/6; Urk. 6/24 S. 6; Urk. 6/27/7 [Dauerauftrag vom 24.1.2014]). Die Gesuchstellerin anerkennt, dass bis und mit Juli 2014 Fr. 1'600.– Unterhaltsbeiträge pro Monat und im August und September 2014 solche von je Fr. 2'200.– bezahlt worden seien (Urk. 7 S. 4 f.; vgl. auch Urk. 4/3 [Kontoauszüge des Gesuchstellers von Januar 2014 bis und mit Juli 2014] und Urk. 9/5/1-8 [Kontoauszüge der Gesuchstellerin von Januar 2014 bis und mit August 2014]). Von Oktober 2013 bis und mit September 2014 sind somit noch Unterhaltsbeiträge in der Höhe von insgesamt Fr. 13'164.– ausstehend (Fr. 33'764.– - Fr. 20'600.– [1 x Fr. 1'800.– und 9 x Fr. 1'600.– und 2 x Fr. 2'200.–]). Von Oktober 2014 bis und mit Mai 2015 betragen die monatlich geschuldeten Unterhaltsbeiträge, wie gesehen, Fr. 3'440.–, und ab Juni 2015 Fr. 2'622.–. Allfällige weitere bezahlte Unterhaltsbeiträge sind daran selbstredend in Anrechnung zu bringen. Dispositivziffern 3 und 4 der angefochtenen Verfügung sind entsprechend anzupassen.

#### **IV.**

##### **(Prozesskostenbeitrag, unentgeltliche Rechtspflege)**

a) Die Gesuchstellerin beantragt, der Gesuchsteller sei zu verpflichten, ihr einen Prozesskostenvorschuss für das Berufungsverfahren von einstweilen Fr. 5'000.– (inkl. 8% MwSt.) zu bezahlen, eventualiter sei ihr (auch) im Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung zu gewähren (Urk. 7 S. 2). Ebenso lässt der Gesuchsteller (auch) für das Berufungsverfahren um Gewährung des Armenrechts ersuchen (Urk. 1 S. 2) sowie auf Abweisung des

gegnerischen Antrags auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses antragen (Urk. 17 S. 2).

b) Die Vorinstanz, welche ein früheres Begehren der Gesuchstellerin um Verpflichtung des Gesuchstellers zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses mit Verfügung vom 28. März 2014 abgewiesen hatte (Urk. 6/34), gewährte beiden Parteien das Armenrecht für das Scheidungsverfahren. Angesichts der dargelegten finanziellen Verhältnisse und dem Ausgang des Massnahmenverfahrens sei es beiden Parteien einstweilen nicht möglich, für Prozesskosten aufzukommen. Das Scheidungsverfahren sei zudem nicht aussichtslos und beide Parteien bedürften rechtsanwaltlicher Vertretung (Urk. 2 S. 14).

c) Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Die Pflicht des Staates zur Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsverbeiständung (Art. 117 und Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO) geht der familienrechtlichen Unterhalts- und Beistandspflicht jedoch nach. Die Pflicht zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses bzw. Prozesskostenbeitrages (im Endentscheid) gründet in der allgemeinen ehelichen Beistandspflicht nach Art. 159 Abs. 3 ZGB. Vorausgesetzt ist, dass die bedürftige Person für die Finanzierung des Prozesses auf den Beistand des anderen Ehegatten angewiesen und dieser zudem zur Leistung in der Lage ist. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse sind dem notwendigen Lebensaufwand gegenüberzustellen. Dabei soll nicht schematisch auf das betriebsrechtliche Existenzminimum abgestellt, sondern den individuellen Umständen Rechnung getragen werden. Ein allfälliger Überschuss ist mit den für den konkreten Fall zu erwartenden Gerichts- und Anwaltskosten in Beziehung zu setzen. Nötigenfalls ist die Substanz eigenen Vermögens anzugreifen. Solange die ansprechende Person den Prozess aus eigenen Mitteln finanzieren kann, gilt sie nicht als bedürftig, selbst wenn der mutmasslich Vorschusspflichtige wirtschaftlich besser gestellt ist (Philipp Maier, Die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung in familienrechtlichen Prozessen im Spannungsfeld mit der Vorschusspflicht von Ehegatten und Eltern, dargestellt anhand der Praxis der Zürcher Gerichte seit Inkraftsetzung

der eidgenössischen ZPO, in: FamPra.ch 2014 S. 635 ff., S. 637 mit Hinweisen, S. 643). Weil nunmehr der Berufungsendentscheid zu fällen ist, wäre vorliegend kein Prozesskostenvorschuss, sondern vielmehr ein Prozesskostenbeitrag zuzusprechen.

Bei der Prüfung der Bedürftigkeit der Parteien ist von ihren aktuellen Einkünften (Fr. 7'180.– Gesuchsteller, Fr. 348.– Gesuchstellerin, vgl. vorstehend S. 24) auszugehen. Mit Blick auf den Effektivitätsgrundsatz ist ein hypothetisches Einkommen hier nicht anzurechnen (vgl. Philipp Maier, a.a.O., S. 644). Auszugehen ist von den um die Steuern erweiterten Notbedarfen der Parteien (vorstehend S. 24 i.V.m. Urk. 2 S. 10; vgl. auch Urk. 7 S. 7, Fr. 3'293.– Gesuchsteller, Fr. 3'357.– Gesuchstellerin). Die Gesuchstellerin macht allerdings noch einen gerichtsblichen pauschalen Zuschlag zum Grundbetrag von Fr. 220.– (20%) geltend (Urk. 7 S. 7, zulässiges Novum im Gesuchsverfahren). Das Zugestehen eines solchen Zuschlags auf dem in der Bedarfsberechnung eingesetzten (betriebsrechtlichen) Grundbetrag wird in Lehre und Rechtsprechung grundsätzlich befürwortet. Dies wird damit begründet, dass die Mittellosigkeit im Sinne von Art. 29 Abs. 3 BV und Art. 117 Abs. 1 lit. a ZPO nicht mit dem Existenzminimum im Sinne von Art. 93 SchKG übereinstimmt, weshalb zu dem nach den betriebsrechtlichen Richtlinien ermittelten notwendigen Bedarf ein Zuschlag hinzuzurechnen und der betriebsrechtliche Notbedarf damit etwas zu erhöhen ist, aber der immer noch bescheidenen Lebenshaltung Rechnung getragen wird. Das Bundesgericht hat es bisher vermieden, einen minimalen Zuschlag als angemessen oder verbindlich zu bezeichnen; die Zuschläge variieren je nach Einzelfall und nach kantonaler Praxis gemeinhin zwischen 15 bis 30% (RU140012, Entscheid II. Zivilkammer Obergericht Kanton Zürich vom 7. Mai 2014 mit Hinweis auf: Botschaft ZPO, S. 7301; BK-Bühler, Art. 117 N 200; BSK-Rüegg, Art. 117 N 12; ZK ZPO-Emmel, Art. 117 N 10; KUKO ZPO-Jent-Sørensen, Art. 117 N 29 ff.; BGE 124 I 1 E. 2a; BGer 5P.295/2005 E. 2.3.2). Vorliegend erscheint der geltend gemachte Zuschlag von 20% bzw. Fr. 220.– auf den Grundbetrag angemessen, zumal ein lediglich um die Steuern erweiterter, eher knapper Notbedarf veranschlagt wurde. Der gleiche Zuschlag zum Grundbetrag rechtfertigt sich aber auch beim Gesuchsteller, dies unter Hinweis auf die bei der Prüfung der Mittellosigkeit herr-

schende (beschränkte) Untersuchungsmaxime (Gehri/Kramer, ZPO Kommentar, 1. A., 2010, Art. 119 N 2, S. 238). Somit ist von folgenden erweiterten Notbedarfen der Parteien auszugehen: Fr. 3'513.– Gesuchsteller und Fr. 3'577.– Gesuchstellerin.

Vor diesem Hintergrund ist jedenfalls (unter Berücksichtigung der gegenwärtig zu bezahlenden Unterhaltsbeiträge von Fr. 3'440.–) die einkommensmässige Leistungsfähigkeit des Gesuchstellers zu verneinen, welcher mit seinem Überschuss (Fr. 227.– [Fr. 7'180.– Einkommen abzüglich Fr. 3'513.– erweiterter Bedarf abzüglich Fr. 3'440.– Unterhaltsbeiträge) nicht einmal in der Lage ist, seine eigenen Gerichts- und Anwaltskosten des Berufungsverfahrens innert nützlicher Frist zu begleichen (vgl. sogleich).

Zwar liess sich der Gesuchsgegner von seinem Konto verschiedentlich höhere Geldbeträge ausbezahlen und bezog auch viel Geld über seine Maestro Karte (vgl. Fr. 3'000.– am 27. Februar 2014, Fr. 3'500.– und Fr. 3'300.– am 2. und 30. Mai 2014, und Fr. 2'600.– und Fr. 3'500.– am 3. und 28. Juli 2014 etc. [Urk. 4/3]; Urk. 7 S. 4). Allerdings schuldet er der Gesuchstellerin, wie gesehen, noch rückwirkende Unterhaltsbeiträge von jedenfalls rund Fr. 13'000.– bis und mit September 2014 und hatte auch seinen eigenen Lebensunterhalt zu bestreiten. Die Parteien verfügen sodann offenbar über drei Grundstücke auf den Philippinen, welche zu jeweils rund Fr. 10'000.– erworben und auf den Namen der Gesuchstellerin eingetragen worden sein sollen. Allerdings seien diese Grundstücke durch Stürme verwüstet worden und würden Gegenstand von Besitzstreitigkeiten bilden. Beide Parteien gehen von der Wertlosigkeit und Unverkäuflichkeit dieser Grundstücke aus (Urk. 6/28 S. 12; Prot. I S. 17 f.; Urk. 1 S. 5; Urk. 7 S. 7). Mit der Vorinstanz (vgl. Urk. 6/34 S. 5) muss wohl davon ausgegangen werden, dass eine Verwertung dieser Grundstücke derzeit nicht möglich ist. Ein Vermögensbetrag bis zu maximal Fr. 20'000.– wäre den Parteien im Übrigen ohnehin als Notgroschen zu belassen (Philipp Maier, a.a.O., S. 651 mit Hinweisen), weshalb sich Weiterungen betreffend die Verwertbarkeit dieser ausländischen Grundstücke erübrigen. Vor diesem Hintergrund haben somit beide Parteien auch vermögensmässig als mittellos zu gelten.

Zusammengefasst ist der Antrag der Gesuchstellerin auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses/beitrages somit abzuweisen.

Was die Gewährung des Armenrechts im Berufungsverfahren anbelangt, so sind, wie bereits erwähnt, die Freibeträge der Parteien mit den voraussichtlichen Kosten des Verfahrens in Beziehung zu setzen. Im Sinne einer groben Faustregel geht die Rechtsprechung davon aus, dass der monatliche Überschuss es ermöglichen sollte, die Prozesskosten bei weniger aufwendigen Prozessen innert eines Jahres, bei anderen innert zweier Jahre zu tilgen. Die ansprechende Person muss konkret in der Lage sein, die anfallenden Gerichts- und Anwaltskosten in absehbarer Zeit zu leisten (Philipp Maier, a.a.O., S. 652).

Der Gesuchsteller hat die Kosten des Berufungsverfahrens im Umfang von Fr. 3'150.– zu tragen sowie seine eigenen Anwaltskosten (in der Grössenordnung von Fr. 3'600.–). Mit seinem Freibetrag von Fr. 227.– pro Monat ist er dazu innert nützlicher Frist nicht in der Lage. Weil seine Berufung nicht als von Anfang an aussichtslos bezeichnet werden kann, ist ihm daher im Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung zu bewilligen.

Die Gesuchstellerin hat mit Fr. 211.– einen monatlichen Freibetrag in ähnlicher Höhe wie der Gesuchsteller (Fr. 348.– Einkommen zuzüglich Fr. 3'440.– Unterhaltsbeiträge abzüglich Fr. 3'577.– erweiterter Bedarf). Zwar hat sie in geringerem Umfang Partei- und Gerichtskosten zu tragen als der Gesuchsteller, doch ist es nachvollziehbar, dass sie sich angesichts der bisher von diesem geleisteten Unterhaltsbeiträge verschulden musste, um ihren Notbedarf decken zu können (Urk. 7 S. 5). Ob die rückständigen Unterhaltsbeiträge beim Gesuchsteller innert nützlicher Frist einbringlich sind, ist zur Zeit offen. Es rechtfertigt sich daher, auch der Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_ als unentgeltlichen Rechtsvertreter zu bestellen.

## V.

### **(Kosten- und Entschädigungsfolgen)**

Ausgangsgemäss sind die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens zu verlegen (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Von Oktober 2013 bis und mit Mai 2015 bleibt es im Wesentlichen bei den Unterhaltsbeiträgen gemäss angefochtenem Entscheid. Der Gesuchsteller unterliegt diesbezüglich somit mit seiner Berufung vollumfänglich. Betreffend die Unterhaltsregelung ab Juni 2015 obsiegt er zu rund 40%. Allerdings ist nicht davon auszugehen, dass sich das vorinstanzliche Scheidungsverfahren noch (lange) über diesen Zeitpunkt dahinziehen wird (vgl. auch Urk. 2 S. 8), weshalb (vorbehältlich der Anstrengung eines Rechtsmittelverfahrens) auch die vorliegenden vorsorglichen Massnahmen dahinfallen werden. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich, die Kosten des Berufungsverfahrens insgesamt zu 90% dem Gesuchsteller und zu 10% der Gesuchstellerin aufzuerlegen. Dementsprechend ist der Gesuchsteller zu verpflichten, der Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren eine auf 80% reduzierte Prozessentschädigung zu bezahlen.

Die Gerichtsgebühr ist in der vorliegenden nicht vermögensrechtlichen, überschaubaren Streitigkeit auf Fr. 3'500.– festzulegen (§ 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1, § 8 Abs. 1, § 12 GebV OG). Die volle Parteientschädigung wäre auf Fr. 3'750.– festzulegen (§ 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1, § 9, § 11 Abs. 1 und 2, § 13 AnwGebV). Dementsprechend ist der Gesuchsteller zu verpflichten, der Gesuchstellerin eine auf Fr. 3'000.– reduzierte Parteientschädigung, antragsgemäss zuzüglich Fr. 240.– (8% MwSt.; Urk. 14 S. 2), mithin total Fr. 3'240.– zu bezahlen. Da die Parteientschädigung voraussichtlich nicht einbringlich ist, ist sie dem Rechtsvertreter der Gesuchstellerin aus der Gerichtskasse zu bezahlen (Art. 122 Abs. 2 ZPO).

Die Gerichtskosten sind zufolge zu gewählter unentgeltlicher Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen, unter Vorbehalt der Nachzahlungspflicht (Art. 118 Abs. 1 lit. b ZPO; Art. 123 ZPO).

**Es wird beschlossen:**

1. Der Antrag der Gesuchstellerin auf Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Dem Gesuchsteller wird im Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung bewilligt und in der Person von Rechtsanwalt Dr. X.\_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt.
3. Der Gesuchstellerin wird im Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung bewilligt und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt.
4. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung des Gesuchstellers werden die Dispositiv-Ziffern 3 und 4 der Verfügung des Einzelrichters der 4. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich vom 5. September 2014 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:
  - "3. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für die Zeit von Oktober 2013 bis Ende September 2014 rückwirkend Unterhaltsbeiträge in der Höhe von insgesamt Fr. 13'164.– zu bezahlen.
  4. Der Gesuchsteller wird - teilweise rückwirkend - verpflichtet, der Gesuchstellerin folgende monatlichen Unterhaltsbeiträge zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats:
    - Fr. 3'440.– ab 1. Oktober 2014 bis Ende Mai 2015 und
    - Fr. 2'622.– ab Juni 2015 für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens.

Der Gesuchsteller ist berechtigt, die ab Oktober 2014 bereits geleisteten Unterhaltszahlungen von diesen Unterhaltsbeiträgen in Abzug zu bringen."

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'500.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden dem Gesuchsteller zu 90% und der Gesuchstellerin zu 10% auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.

Die Nachzahlungspflicht bleibt vorbehalten (Art. 123 ZPO).

4. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 3'240.– zu bezahlen. Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_ wird mit Fr. 4'050.– aus der Gerichtskasse entschädigt. Der Anspruch der Gesuchstellerin im Betrag von Fr. 3'240.– geht auf den Kanton über. Die Nachzahlungspflicht der Gesuchstellerin im Betrag von Fr. 810.– bleibt vorbehalten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie den Einzelrichter der 4. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich, 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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 5. Februar 2015

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin

lic. iur. M. Reuss Valentini

versandt am:  
kt