

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY160035-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili

Beschluss und Urteil vom 14. Dezember 2016

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsteller und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes
Bülach vom 27. Juni 2016; Proz. FE150343**

Massnahmebegehren Berufungsklägerin:

- "1. Der Gesuchsteller sei zu verpflichten, für die Dauer des Verfahrens Unterhaltsbeiträge in der Höhe von monatlich Fr. 1'200.– für die Tochter und monatlich Fr. 4'000.– für die Gesuchstellerin persönlich zu bezahlen, erstmals mit Wirkung per Januar 2016.
2. Der Gesuchsteller sei weiter zu verpflichten, rückwirkend für das Jahr 2015 der gemeinsamen Tochter einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'200.– und der Gesuchstellerin einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 3'400.– zu bezahlen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% MwSt) zu Lasten des Gesuchstellers."

(act. 4/19 i.V.m. Prot. I S. 29)

Massnahmebegehren Berufungsbeklagter:

- "1. Es sei der Gesuchsteller zu verpflichten, angemessene Kinderunterhaltsbeiträge für die Tochter C._____ zu bezahlen von maximal Fr. 500.– monatlich zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Familien- und Kinderzulagen.
 2. Es sei festzustellen, dass der Gesuchsteller nicht dazu in der Lage ist, der Gesuchstellerin persönlichen Unterhalt zu bezahlen.
- Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchstellerin."

(act. 4/22)

**Verfügung des Einzelgerichts des
Bezirksgerichtes Bülach vom 27. Juni 2016:**

- "1. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der Tochter C._____, geb. tt.mm 2008, für die Dauer des Scheidungsverfahrens Unterhaltsbeiträge wie folgt zu bezahlen:
Fr. 600.-- vom 1. Juni 2016 bis zum 31. Januar 2017,
Fr. 800.-- vom 1. Februar 2017 bis Rechtskraft des Scheidungsurteils,
zahlbar jeweils am Ersten jedes Monats im Voraus.
2. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, für die Dauer des Scheidungsverfahrens, der Gesuchstellerin für sich persönlich ab 1. Februar 2017 einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'000.– zu bezahlen, zahlbar

monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten eines Monats. Der Gesuchsteller ist dazu berechtigt, für diese Zeitperiode bereits geleistete Zahlungen (auch an Dritte zugunsten der Gesuchstellerin) in Verrechnung zu bringen.

3. Bei der Festsetzung der Unterhaltsbeiträge wurde von folgenden finanziellen Verhältnissen der Gesuchsteller ausgegangen:

Einkommen:

Nettoeinkommen Gesuchstellerin:	Fr. 1'367.–
Nettoeinkommen Gesuchsteller (aktuell): (Durchschnitt des ausgewiesenen Lohnes 2013–2014 und der anteilmässigen ausgewiesenen Personalkosten 2015)	Fr. 3'722.–
Nettoeinkommen Gesuchsteller: (hypothetisches Einkommen ab 1. Februar 2017)	Fr. 5'500.–

Bedarf:

Bedarf Gesuchstellerin:	Fr. 3'870.–
Bedarf Gesuchsteller (aktuell):	Fr. 3'090.–
Bedarf Gesuchsteller: (ab 1. Februar 2017)	Fr. 3'673.–

4. Der Entscheid über die Festsetzung und Verlegung von Kosten- und Entschädigungsfolgen erfolgt mit dem Hauptentscheid in der Sache.
5. Alle weiteren oder darüber hinausgehenden Anträge der Gesuchstellerin werden abgewiesen.
- 6./7. Schriftliche Mitteilung / Rechtsmittelbelehrung."

(act. 4/27 = act. 5)

Berufungsanträge:

der Berufungsklägerin (act. 2):

- "1. Dispositivziffer 1 der Verfügung vom 27. Juni 2016 des Bezirksgerichts Bülach (FE150343-C) sei aufzuheben und der Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, mit Wirkung ab 1. Februar 2015 für die Dauer des Scheidungsverfahrens monatliche Kinderunterhaltsbeiträge im Umfang von Fr. 1'755.00 zu bezahlen.
2. Dispositivziffer 2 der Verfügung vom 27. Juni 2016 des Bezirksgerichts Bülach (FE150343-C) sei aufzuheben und der Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, für die Dauer des Scheidungsverfahrens persönliche monatli-

che Unterhaltsbeiträge an die Berufungsklägerin in folgendem Umfang zu bezahlen:

- Fr. 1'591.00 ab 1. Februar 2015 bis und mit 31. Dezember 2015
 - Fr. 2'618.00 ab 1. Januar 2016 bis und mit 31. Dezember 2016
 - Fr. 2'747.00 ab 1. Januar 2017
3. Dispositivziffer 3 der Verfügung vom 27. Juni 2016 des Bezirksgerichts Bülach (FE150343-C) sei aufzuheben und es sei, was die finanziellen Verhältnisse betrifft, auf die Erwägungen zu verweisen.
 4. Es die der Berufungsklägerin auch für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und es sei ihr in der Person der Unterzeichnenden eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.
 5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% MWST) zu Lasten des Berufungsbeklagten."

des Berufungsbeklagten (act. 8):

"Es sei die Berufung der Gesuchstellerin/Berufungsklägerin vom 30. September 2016 gegen die Verfügung des Bezirksgerichts Bülach vom 27. Juni 2016 betreffend vorsorgliche Massnahmen im Ehescheidungsverfahren (FE150343-C) vollumfänglich abzuweisen.

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich gesetzlicher Mehrwertsteuer zu Lasten der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin."

Erwägungen:

1.

1.1. Die Parteien heirateten am tt.mm 2008. Sie sind Eltern der gemeinsamen Tochter C._____, geboren am tt.mm 2008 (act. 4/3). B._____ hat zudem mit seiner neuen Partnerin einen ausserehelichen Sohn (D._____, geboren am tt.mm 2015, act. 12/12) und erst kürzlich kam eine weitere aussereheliche Tochter auf die Welt (E._____, geboren am tt.mm 2016, act. 9/17). Die Parteien stehen sich seit dem 14. Dezember 2015 im Scheidungsverfahren nach Art. 112 ZGB vor dem Einzelgericht des Bezirksgerichtes Bülach gegenüber (act. 4/1). Am 7. März 2016 fand die Anhörung der Parteien statt, anlässlich welcher eine Teilvereinbarung (Scheidungs punkt, elterliche Sorge, Obhut und Betreuung) geschlossen werden konnte (Prot. I S. 4 ff., act. 4/18). Im weiteren Verfahren setzte die Vo-

rinstanz mit Verfügung vom 27. Juni 2016 im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen für die Dauer des Scheidungsverfahrens Unterhaltsbeiträge fest (act. 4/24 = act. 4/27 = act. 5). Für die Einzelheiten der vorinstanzlichen Prozessgeschichte wird auf die Ausführungen im angefochtenen Entscheid verwiesen (act. 5 S. 3).

1.2. Gegen die Verfügung vom 27. Juni 2016 erhob A._____ (nachfolgend Berufungsklägerin) mit Eingabe vom 30. September 2016 (Datum Poststempel) Berufung bei der Kammer und stellte die eingangs genannten Anträge (act. 2). In der Folge wurden die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens beigezogen (act. 4/1-29), und es wurde B._____ (nachfolgend Berufungsbeklagter) mit Verfügung vom 11. Oktober 2016 Frist zur Beantwortung der Berufung angesetzt (act. 6). Am 31. Oktober 2016 (Datum Poststempel) erstattete der Berufungsbeklagte die Berufungsantwort innert Frist mit den vorstehend genannten Anträgen und zahlreichen Beilagen (act. 8 und act. 9). Gleichzeitig verlangte auch der Berufungsbeklagte die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung für das Berufungsverfahren. Die Berufungsantwort ist der Berufungsklägerin mit dem vorliegenden Entscheid zuzustellen. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2.

2.1. Gegen erstinstanzliche Entscheide betreffend vorsorgliche Massnahmen ist die Berufung zulässig (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Scheidungsverfahren sind grundsätzlich nicht vermögensrechtlicher Natur (PETER DIGGELMANN, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 91 N 28; KURT BLICKENSTORFER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 308 N 29). Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens betreffend vorsorgliche Massnahmen ist im Wesentlichen aber die Unterhaltspflicht des Berufungsbeklagten. Damit liegt eine vermögensrechtliche Streitigkeit im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZPO vor (vgl. BGE 133 III 393 E. 2; BGer 5A_740/2009 vom 2. Februar 2010 E. 1). Der demzufolge vorausgesetzte Rechtsmittelstreitwert von Fr. 10'000.-- ist gemäss den zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren der Berufungsklägerin (vgl. E. 6.2) ohne Weiteres geben.

2.2. Bei der Anordnung vorsorglicher Massnahmen während des Scheidungsverfahrens sind die (materiell- sowie verfahrensrechtlichen) Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sinngemäss anwendbar (Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 271 ff. ZPO und Art. 172 ff. ZGB; ANNETTE DOLGE, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 276 N 15). Es gelangt das summarische Verfahren zur Anwendung mit entsprechender Beweismittel- und Beweismassbeschränkung und es gilt die Dispositionsmaxime mit eingeschränktem Untersuchungsgrundsatz bzw. soweit Kinderbelange betroffen sind, die Offizial- und Untersuchungsmaxime (Art. 296 ZPO). Das hat die Vorinstanz bereits zutreffend und ausführlich dargestellt, weshalb darauf verwiesen werden kann (vgl. act. 5 S. 4 f.).

2.3. Das Berufungsverfahren richtet sich nach den Art. 308 ff. ZPO. Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Aus der Begründungspflicht ergibt sich ferner, dass die Berufung (zu begründende) Rechtsmittelanträge zu enthalten hat.

Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Berufungsverfahren zuzulassen, wenn sie (a) ohne Verzug vorgebracht werden und (b) trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 ZPO). Praxisgemäss wendet die Kammer jedoch in den Fällen der strengen "Erforschungsmaxime" für Kinderbelange im Zivilprozess (Art. 296 ZPO) Art. 229 Abs. 3 ZPO analog auf das Verfahren der Berufung an und berücksichtigt Noven bis zur Urteilsberatung (vgl. dazu OGer ZH, LC130019 vom 8. Mai 2013 E. 3.1).

2.4. Die vorliegende Berufung vom 30. September 2016 wurde innert der Rechtsmittelfrist schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet bei der Kammer als der zuständigen Rechtsmittelinstanz eingereicht. Die Berufungsklägerin ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und zur Berufung legitimiert. Es ist daher auf die Berufung einzutreten.

3.

3.1. Die Vorinstanz stellte im angefochtenen Entscheid die allgemeinen rechtlichen Grundlagen der Unterhaltsberechnung grundsätzlich zutreffend dar (act. 5 S. 5 f.). Allerdings ist ergänzend zu präzisieren, dass nach Bundesrecht unterhaltsberechtigter Kinder im Verhältnis ihrer objektiven Bedürfnisse gleich zu behandeln sind und dass nicht in das Existenzminimum des unterhaltsverpflichteten Ehegatten eingegriffen werden darf. Im Falle von knappen bis durchschnittlichen finanziellen Verhältnissen bedeutet dies im Grundsatz, dass – wenn sich eheliche und aussereheliche Kinder gegenüber stehen – dem jeweils unterhaltsverpflichteten Elternteil sein eigenes nach den betriebsrechtlichen Grundsätzen zu berechnendes Existenzminimum zu belassen und der übersteigende Einkommensbestandteil unter alle unterhaltsberechtigten Kinder nach Massgabe ihrer jeweiligen Bedürfnisse und der Leistungsfähigkeit des anderen Elternteils zu verteilen ist (vgl. BGer 5A_86/2013 vom 12. März 2014 E. 3.5 m.H.). Mit anderen Worten, es ist eine Bedarfs- und Einkommensberechnung der Parteien vorzunehmen, welche nur die Lebenskosten der Parteien selber umfasst, ohne Berücksichtigung der Unterhaltskosten der Kinder. Der verbleibende Betrag, der für die Unterhaltskosten der Kinder anfällt, wird hernach nach Massgabe der zu unterhaltenden Kinder auf die Parteien aufgeteilt (OGer ZH LY110013 vom 7. September 2011 E. 3.4 f.). Darauf weist auch die Berufungsklägerin zutreffend hin (act. 2 S. 7 f.). Insofern wird im Folgenden die Unterhaltsberechnung der Vorinstanz anzupassen sein.

3.2. Sodann ging die Vorinstanz bei ihrer Berechnung von den folgenden finanziellen Verhältnissen der Parteien aus (act. 5 S. 11 f. und S. 12 f.):

Berufungsklägerin		Berufungsbeklagter	
Einkommen: Fr. 1'367.--		Einkommen:	
		bis 31.1.17	Fr. 3'722.--
		ab 1.2.17	Fr. 5'500.--
Bedarf:		Bedarf:	
Grundbetrag	Fr. 1'350.--	Grundbetrag	Fr. 850.--
Grundbetrag C. _____ (abzüglich Kinderzulage)	Fr. 200.--		

		Grundbetrag D._____ (abzüglich Kinderzulage)	Fr. 200.--
		Grundbetrag ungeborenes Kind ab 1.2.17 (abzüglich Kinderzulage)	Fr. 200.--
Wohnkosten (inkl. NK)	Fr. 1'411.--	Wohnkosten (inkl. NK) bis 31.1.17 ab 1.2.17	Fr. 982.-- Fr. 1'500.--
Krankenkasse (KVG)	Fr. 300.--	Krankenkasse (KVG)	Fr. 226.--
Gesundheitskosten	Fr. 214.--		
Krankenkasse C._____	Fr. 75.--		
		Krankenkasse D._____	Fr. 79.--
		Krankenkasse ungeborenes Kind ab 1.2.17	Fr. 65.--
Haftpflicht- /Mobiliarversicherung	Fr. 40.--	Haftpflicht- /Mobiliarversicherung bis 31.1.17 ab 1.2.17	Fr. 22.-- Fr. 30.--
Kommunikation / Medien	Fr. 130.--	Kommunikation / Medien bis 31.1.17 ab 1.2.17	Fr. 66.-- Fr. 130.--
Mobilitätskosten	Fr. 150.--		
		Auswärtige Verpflegung	Fr. 150.--
		Kinderbetreuung bis 31.1.17 ab 1.2.17	Fr. 515.-- Fr. 243.--
Total	Fr. 3'870.--	Total bis 31.1.17 ab 1.2.17	Fr. 3'090.-- Fr. 3'673.--
Fehlbetrag:	Fr. 2'503.--		

3.3. Das monatliche Nettoeinkommen der Berufungsklägerin berücksichtigte die Vorinstanz gestützt auf die eingereichten Lohnabrechnungen mit Fr. 1'367.-- (act. 5 S. 12). Das wird weder von der Berufungsklägerin noch vom Berufungsbe-
klagten beanstandet, weshalb auch hier darauf abzustellen ist.

3.4.1. Das Einkommen des Berufungsbeklagten bezifferte die Vorinstanz auf Fr. 3'722.-- und ab 1. Februar 2017 auf Fr. 5'500.--. Dazu hielt sie zusammengefasst fest, dieser sei seit November 2011 selbständig erwerbender Schleifer und habe glaubhaft dargetan, dass er auf Grund von hohen anfänglichen Verlusten in den Jahren 2013, 2014 und 2015 ums Überleben zu kämpfen gehabt habe und diese Zeitspanne mit der heutigen schlechten wirtschaftlichen Situation vergleichbar sei. Deshalb rechtfertige es sich, das aktuelle Einkommen als Durchschnitt seiner bekannten Lohnbezüge der Jahre 2013 (Fr. 27'550.--), 2014 (Fr. 57'615.--) und des ersten Halbjahres 2015 (Fr. 26'495.--) zu veranschlagen, zumal auch die schlechten Prognosen glaubhaft dargetan seien. Das ergebe ein monatliches Nettoeinkommen von durchschnittlich Fr. 3'722.--. Die Annahme eines höheren Einkommens würde den Berufungsbeklagten dazu zwingen, der Unternehmung mehr Vermögenswerte zu entziehen als in ökonomischer Hinsicht vertretbar sei, was das Fortbestehen der Firma gefährden würde. Nach einer angemessenen Übergangsfrist sei dem Berufungsbeklagten ab 1. Februar 2017 allerdings ein höheres, hypothetisches Einkommen anzurechnen. Dem Berufungsbeklagten sei es möglich und zumutbar, in einem Angestelltenverhältnis als gelernter Polymechaniker ein Nettoeinkommen von monatlich Fr. 5'500.-- zu erzielen (act. 5 S. 9 ff.).

3.4.2. Das Einkommen des Berufungsbeklagten bestreitet die Berufungsklägerin insofern, als sie ausführt, das Geschäftsjahr 2012 sei als Gründungsjahr zu betrachten, welches praxismässig als aussergewöhnlich und kostenintensiv anzuschauen sei und deshalb bei der Bemessung des Einkommens nicht zu berücksichtigen sei. Demgegenüber seien 2013 und 2014 als gewöhnliche Jahre zu betrachten, insbesondere werde bestritten und es ergebe sich nicht aus den Akten, dass 2013 ein aussergewöhnliches Spitzenjahr gewesen sei. Zudem belege der Berufungsbeklagte nicht, dass die Eurokrise die Firma arg in Bedrängnis gebracht habe. Ebenfalls sei nur behauptet und nicht belegt, dass er aktuell nur drei Aufträge habe. Das stehe zudem im klaren Widerspruch zu seiner Behauptung, 15 Stunden am Tag zu arbeiten. Da es keinen Vergleich gebe, wie viele laufenden Aufträge normal seien, könne die Anzahl aktueller Aufträge auch nichts über den Geschäftsgang aussagen. Auch die Betreibungen seien bloss behauptet und nicht belegt worden. Zudem werde bestritten, dass es sich wenn überhaupt um

geschäftlich bedingte handle. Auch zeige die Eurokrise gemäss den Medien doch nicht so schlimme Folgen, wie anfänglich befürchtet, und die Wirtschaft habe sich vom Schock erholt. Es sei deshalb davon auszugehen, dass sich die Situation schon wieder normalisiert habe. Dafür spreche auch, dass der Berufungsbeklagte die Firma nicht aufgeben wolle. Sähe er keine Zukunft, wäre kein Grund ersichtlich, um die Firma zu kämpfen, wie er immer behauptete. Deshalb sei auch das Jahr 2015 als aussergewöhnlich zu betrachten, und es sei das Einkommen anhand der Jahre 2013 und 2014 zu bestimmen. Gestützt auf die ausgewiesenen Lohnbezüge betrage das anrechenbare Einkommen Fr. 9'250.--. Eventuell, sei das hypothetische Einkommen nach dem in der Branche geltende Durchschnittseinkommen von rund Fr. 6'600.-- brutto mal 13 zu bestimmen. Zudem habe der Berufungsbeklagte eine grosse Berufserfahrung und habe auch selber ausgeführt, dass ein Einkommen von Fr. 6'000.-- als angestellter Schleifer realistisch sei. Deshalb sei das hypothetische Einkommen auf monatlich Fr. 6'300.-- netto festzulegen (act. 2 S. 3 ff.).

3.4.3. Der Berufungsbeklagte bestreitet in der Berufungsantwort zusammengefasst, dass das Jahr 2013 kein aussergewöhnliches Spitzenjahr gewesen sei, weil es verschiedene einmalige Aufträge gegeben habe und drei Kunden ihre Produktion im 2015 ins Ausland verlagert hätten. Die Maschinenindustrie habe sich von der Eurokrise nicht erholt. Auch befinde sich seine Firma in einer sehr desolaten Lage, es bestünden offene Forderungen von rund Fr. 122'000.--. Konkursöffnungen für eine Konkursforderung der F.____ Sammelstiftung und eine Konkursforderung der G.____ hätten jeweils nur durch sofortige Bezahlung abgewendet werden können. Derzeit sei wieder ein Konkursbegehren gestellt worden, diesmal von der H.____ AG, und die Verhandlung sei auf den 1. Dezember 2016 angesetzt. Auf Grund eines weiteren Zahlungsbefehls der I.____ und einer Konkursandrohung der J.____ sei auch mit weiteren Konkursverfahren zu rechnen. Seit dem 4. Oktober 2016 laufe auch eine Einkommenspfändung für seine das Existenzminimum von Fr. 4'660.-- übersteigenden Einkünfte. Tatsächlich verfüge er zur Zeit nur über drei Aufträge. Auf Grund der schlechten Auftragslage habe er in den Monaten August und September 2016 keinen Lohn an die einzige Mitarbeiterin bezahlen können, weshalb diese am 12. Oktober fristlos gekündigt habe. Der

Fortbestand der Firma sei tatsächlich gefährdet und keineswegs gesichert. Er arbeite so viel er könne, um wieder neue Kunden zu gewinnen. Es sei auch fraglich, ob er eine Anstellung als Polymechniker finde, weil andere Firmen ebenfalls Einsparungen machen müssten, er zudem über keine Ausbildung als Präzisions-schleifer verfüge und sich nicht mit einem Lehrabschluss bewerben könne. Er sei gelernter Automechaniker. Da er aber seit über 15 Jahren nicht mehr auf diesem Beruf gearbeitet habe, könne er auch nicht mehr in diesen Beruf zurück. Es werde auch bestritten, dass der Durchschnittslohn eines Polymechnikers bei Fr. 6'600.- liege, weil das höchstens für die Stadt Zürich gelte, und er nicht mehr als Fr. 5'500.-- verdienen könne, weil er zuerst in einen Betrieb eingearbeitet werden müsste (act. 8 S. 4 ff.).

3.4.4. Der Berufungsbeklagte arbeitet als Schleifer in der von ihm als alleiniger Gesellschafter gehaltenen GmbH (act. 5 S. 9 und Handelsregisterauszug der K. _____ GmbH). Somit gilt der Berufungsbeklagte als selbstständig Erwerbender, wobei sich sein Einkommen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nach dem Reingewinn der Unternehmung berechnet (BGer 5D_167/2008 vom 13. Januar 2009 E. 2 und E. 3.2). Im vorliegenden Fall entspricht das Einkommen des Berufungsbeklagten also grundsätzlich der Summe des von der GmbH dem Berufungsbeklagten ausbezahlten Lohnes und des Geschäftsergebnisses (d.h. zuzüglich Gewinn bzw. abzüglich Verlust). Zudem wird in der Regel auf das Durchschnittseinkommen der letzten drei Jahre abgestellt, wobei besonders gute oder schlechte Abschlüsse unter Umständen ausser Betracht bleiben können (BGer 5D_167/2008 vom 13. Januar 2009 E. 2). Angesichts dieser Rechtsprechung sind die Jahre 2011-2013 somit nicht in die Berechnungen des Einkommens des Berufungsbeklagten einzubeziehen, weil sie auf Grund des Gründungszeitpunktes der GmbH am 2. Dezember 2011 noch als ausserordentlichen Jahre zu betrachten sind. Demgegenüber rechtfertigt es sich aber, das Einkommen anhand der Jahre 2014, 2015 und den vorhandenen Zahlen des laufenden Jahres zu ermitteln. Dazu ist insbesondere festzuhalten, dass es keine Anhaltspunkte dafür gibt, dass das Jahr 2014 ein besonders gutes oder das Jahr 2015 ein besonders schlechtes Jahr gewesen ist, so dass es sich rechtfertigen würde, das eine und/oder das andere Jahr unberücksichtigt zu lassen. Zwar mag es zu-

treffen, dass die Aufhebung des Mindestkurses für den Euro durch die Schweizer Nationalbank im Januar 2015 auch Auswirkungen auf das Geschäft des Berufungsbeklagten hatte oder immer noch hat. Diese scheinen aber gestützt auf die vorhandenen Unterlagen letztlich nicht derart erheblich, dass man von einem Ausnahmejahr im dargestellten Sinne sprechen könnte, zumal der Berufungsbeklagte trotz des Verlustes von grossen Kunden, wie er es behauptet (act. 8 S. 6 f.), offenbar in der Lage war, einen erheblichen Umsatz zu erwirtschaften. So betrug der Umsatz im ersten Halbjahr 2015 Fr. 134'668.95 (act. 4/23/1). Da es der Berufungsbeklagte bis heute versäumt hat, dem Gericht den Jahresabschluss 2015 vorzulegen, ist der Jahresumsatz sodann auf das Doppelte zu schätzen, also Fr. 269'337.90. Dies erscheint insbesondere auch angesichts der vom Berufungsbeklagten eingereichten Umsatzliste, wonach im 2015 Arbeiten für insgesamt Fr. 281'199.95 ausgeführt wurden (act. 9/10), als angemessen. Der Umsatz im Jahr 2015 war somit zwar tiefer als im Vorjahr (Fr. 345'690.90 gemäss Erfolgsrechnung 2014, act. 4/23/1, bzw. Fr. 381'452.75 gemäss Umsatzliste, act. 9/10), aber noch immer höher als derjenige im Jahr 2013 (Fr. 227'527.75, act. 4/12/18), wobei der Berufungsbeklagte selber das Jahr 2013 offenbar als Spitzenjahr betrachtet (*"Es ist zutreffend, dass die Jahre 2013 und 2014 sehr erfolgreich waren"*, Prot. I S. 32, und *"Es wird bestritten, dass das Jahr 2013 kein aussergewöhnliches Spitzenjahr gewesen ist"*, act. 8 S. 8).

Auch präsentiert sich die Lage der GmbH aktuell nicht derart desolat, wie sie der Berufungsbeklagte darzustellen versucht. Erstens führt der Berufungsbeklagte selber aus, dass es zur Zeit Aufträge gibt, auch immer wieder kurzfristige (Prot. S. 33 und S. 41). Zweitens betrug der Umsatz gemäss Umsatzliste in der Zeit von Januar bis Oktober 2016 Fr. 262'191.40 bzw. auf das ganze Jahr aufgerechnet Fr. 314'629.70 (act. 9/10). Allerdings fällt auf, dass der in der Umsatzliste aufgeführte Umsatz in den beiden vorhergehenden Jahren (2014: Fr. 381'452.75 / 2015: Fr. 281'199.95) jeweils um ein paar Prozentpunkte höher war, als derjenige in der Erfolgsrechnung (2014: Fr. 345'690.90 / 2015: Fr. 269'337.90). Auch wenn der Grund für diese Abweichung nicht ersichtlich ist, so ist dennoch auch der anhand der Umsatzliste errechnete Umsatz für das Jahr 2016 um 5% nach unten zu korrigieren. Der voraussichtliche Jahresumsatz 2016 beträgt also Fr. 298'898.20

und wird damit ungefähr in der Mitte der Umsätze der Jahre 2014 und 2015 zu liegen kommen. Drittens belegt der Berufungsbeklagte zwar, dass in den vergangenen Monaten beim Gericht zwei Konkursbegehren gegen seine GmbH gestellt worden sind (act. 9/1, 9/4) und der GmbH aktuell eine weitere Konkursandrohung zugestellt worden ist (act. 9/6). Mit Urteil des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 31. Mai 2016 wurde über die GmbH gar der Konkurs eröffnet (act. 9/2). Der Berufungsbeklagte gibt indes an, diesen Konkurs im letzten Moment abgewendet zu haben und verweist auf ein Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 15. Juli 2016 (PS160110), womit der Konkurs wieder aufgehoben worden sei (act. 8 S. 4 und act. 9/2). Zunächst kann eine Konkursöffnung durch die Rechtsmittelinstanz aufgehoben werden, wenn die Parteien neue Tatsachen geltend machen, die vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Einen solchen Aufhebungsgrund macht der Berufungsbeklagte aber nicht geltend und er ist auch nicht aus den eingereichten Beilagen ersichtlich, zumal der Berufungsbeklagte lediglich das Deckblatt des obergerichtlichen Urteils eingereicht hat. Deshalb ist davon auszugehen, dass das Obergericht den Konkurs in Anwendung von Art. 174 Abs. 2 SchKG aufgehoben hat, nachdem der Schuldner durch Urkunden die Tilgung oder Hinterlegung der Schuld einschliesslich Zinsen und Kosten oder einen Gläubigerverzicht nachweist und seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht, was die Regel darstellt. Darauf lässt auch die in act. 9/2 enthaltene Bestätigung des Konkursamtes Niederglatt vom 9. Juni 2016 über die Sicherstellung der Kosten schliessen. Mit der Aufhebung der Konkursöffnung erachtete das Obergericht die GmbH also trotz der geltend gemachten Betreuungssituation offenbar als zahlungsfähig im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG. Das bedeutet grundsätzlich, dass die GmbH über genügend liquide Mittel zur Tilgung fälliger Forderungen verfügt, also nicht nur in der Lage ist, seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen, sondern auch die bestehenden Schulden abzutragen (vgl. BGer, 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012, E. 2.3; BGer, 5A_115/2012 vom 20. April 2012, E. 3; BGer, 5A_118/2012 vom 20. April 2012, E. 3.1; 5A_328/2011 vom 11. August 2011, E. 2). An dieser Einschätzung vermag auch nichts zu ändern, dass die Mitarbeiterin des Berufungsbeklagten angeblich wegen nicht erfolgten Lohnzahlungen in den Monaten August

und September am 12. Oktober 2016 fristlos gekündigt hat, zumal es verschiedene Gründe gibt, warum ein Lohn nicht bezahlt wird, und überdies die eingereichte Kündigung nur vom Berufungsbeklagten, nicht aber von der Mitarbeiterin unterzeichnet ist (act. 9/11). Ebenso bleibt für die Beurteilung der finanziellen Situation der GmbH und die Berechnung des Einkommens des Berufungsbeklagten irrelevant, dass gegen ihn eine private Lohnpfändung läuft (act. 9/7).

3.4.5. Unter Berücksichtigung des sich ausbezahlten Lohnes (Fr. 57'615.--, act. 4/12/13) und des ausgewiesenen Gewinnes der GmbH (Fr. 58'098.25, act. 4/12/18) betrug das Einkommen des Berufungsbeklagten im Jahr 2014 somit Fr. 115'713.25. Im ersten Halbjahr 2015 betrug der Personalaufwand Fr. 40'566.50 (act. 4/23/1), wobei der Berufungsbeklagte bis Februar einen Mitarbeiter beschäftigte (act. 5 S. 10), weshalb rund 6/8 der Lohnkosten auf den Berufungsbeklagten entfielen (Fr. 30'424.90). Unter Berücksichtigung des Verlustes von Fr. 15'152.20 (act. 4/23/1) betrug das Einkommen des Berufungsbeklagten im ersten Halbjahr 2015 somit Fr. 15'272.70 bzw. aufgerechnet auf das ganze Jahr schätzungsweise Fr. 30'545.40. Sodann ist mangels Unterlagen auch das Einkommen des Berufungsbeklagten im Jahr 2016 zu schätzen. Dieses dürfte entsprechend dem Umsatz 2016 wohl in der Mitte der Jahre 2014 und 2015 mithin bei Fr. 73'129.35 liegen. Das ergibt einen durchschnittlichen Monatslohn des Berufungsbeklagten von rund Fr. 6'000.--. Es ist davon auszugehen, dass der Berufungsbeklagte mit seiner selbständigen Tätigkeit diesen Lohn auch in Zukunft erzielen werden kann, weshalb sich die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens erübrigt. Dies insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass nicht davon ausgegangen werden kann, dass er in einem Anstellungsverhältnis ein höheres Einkommen erwirtschaften können. Dementsprechend ist auch nicht näher auf die diesbezüglichen Erwägungen der Vorinstanz sowie die weiteren Ausführungen der Parteien dazu einzugehen. Es sei lediglich bemerkt, dass der Berufungsbeklagte gegenüber der Vorinstanz selber einen möglichen Lohn im Angestelltenverhältnis in Höhe von Fr. 5'000.-- bis Fr. 6'000.-- nannte (Prot. I S. 39), ohne aber anzugeben, dass er selber nicht ausgelernt sei und deshalb einen solchen Lohn nicht erzielen könnte, wie er es hier behauptet. Das erscheint angesichts der Äusserungen im erstinstanzlichen Verfahren indes unglaubwürdig.

3.5. Den Bedarf des Berufungsbeklagten setzte die Vorinstanz bis 31. Januar 2017 auf Fr. 3'090.-- und ab 1. Februar 2017 auf Fr. 3'673.-- fest. Wie vorstehend (E. 3.1) ausgeführt, ist der Bedarf des Berufungsbeklagten indes unabhängig der in seinem Haushalt lebenden Kinder zu berechnen. Insofern sind die auf die Kinder entfallenden Beträge ausser Acht zu lassen und es bleibt insbesondere die Geburt des dritten Kindes des Berufungsbeklagten ohne Einfluss, weshalb es auch keiner Aufteilung für die Zeit vor und nach dem 1. Februar 2017 bedarf bzw. grundsätzlich von den von der Vorinstanz bis zum 31. Januar 2017 verwendeten Zahlen auszugehen ist.

In Bezug auf diese Zahlen beanstandet die Berufungsklägerin einerseits die von der Vorinstanz hälftig berücksichtigten Wohnkosten des Berufungsbeklagten und seiner Familie in Höhe von Fr. 982.--. Zu Recht macht sie geltend, diese seien entsprechend dem auf den Berufungsbeklagten entfallenden Anteil (1/3) auf Fr. 598.-- zuzüglich Fr. 50.-- für den Autoabstellplatz festzusetzen (act. 2 S. 8). Das wird vom Berufungsbeklagten im Grunde auch nicht bestritten, er macht jedoch geltend, für das Auto sei der Tiefgaragenplatz zu Fr. 120.-- zu berücksichtigen (act. 8 S. 11). Dem ist nicht zu folgen, weil der Berufungsbeklagte nicht darlegt, dass er zwingend auf einen Tiefgaragenplatz angewiesen wäre und sein Auto nicht auch auf dem Aussenparkplatz zu Fr. 50.-- parkieren kann. Zudem geht die Berufungsklägerin davon aus, dem Berufungsbeklagten würden keine Kosten für auswärtige Verpflegung anfallen, weil er die Mahlzeiten jeweils zu Hause einnehme oder das Essen von zu Hause mitnehme (act. 2 S. 9). Das bestreitet der Berufungsbeklagte und gibt an, alle Mahlzeiten auswärtig einzunehmen (act. 8 S. 11). Zwar vermag er diese Behauptung nicht zu belegen. Dennoch ist auf Grund seiner beruflichen Selbständigkeit und des Arbeitsweges (L. _____ - M. _____) davon auszugehen, dass der Berufungsbeklagte sich zumindest teilweise auswärts verpflegt, weshalb es beim vorinstanzlichen Entscheid mit 10 auswärtigen Verpflegungen à Fr. 15.-- pro Monat (Fr. 150.--) zu bleiben hat. Dies ergibt einen monatlichen Bedarf des Berufungsbeklagten in Höhe von Fr. 1'961.--.

3.6. Den Bedarf der Berufungsklägerin veranschlagte die Vorinstanz mit Fr. 3'870.--, wobei die Vorinstanz auch bei dieser Berechnung den Bedarf von C._____ einrechnete, was zu korrigieren ist. So sind der Grundbetrag und die Krankenversicherung für C._____ nicht zu beachten und die effektiven Wohnkosten der Berufungsklägerin sind um 1/3 zu reduzieren. Die Vorinstanz ging gestützt auf die Aussagen der Berufungsklägerin anlässlich der Verhandlung vom 7. März 2016 zu Recht von Wohnkosten in Höhe von Fr. 1'411.-- aus (vgl. Prot. I S. 12). Die Berufungsklägerin legt nun dar, dass die Wohnung per 31. März 2017 gekündigt wurde (act. 5/17/12), gibt aber selber an, bereits Ende 2016 umziehen zu wollen (act. 2 S. 10). Davon kann indes nicht ausgegangen werden, zumal die Berufungsklägerin bis heute keine konkreten Angaben zu einer neuen Wohnung gemacht hat. Deshalb ist die Unterhaltsberechnung in eine Zeit bis 31. März 2017 und ab 1. April 2017 aufzuteilen. Dabei beträgt der aktuelle Mietzins Fr. 1'411.-- bzw. der Anteil der Berufungsklägerin Fr. 940.-- (2/3). Ab 1. April 2017 ist hingegen von einem höheren Mietzins auszugehen. Entgegen der Ansicht der Berufungsklägerin (act. 2 S. 10) ist dieser jedoch nicht auf Fr. 1'800.-- bzw. der Anteil der Berufungsklägerin nicht auf Fr. 1'200.-- (2/3) festzusetzen, sondern es ist davon auszugehen, dass die Berufungsklägerin im Raum N._____ wieder eine 3-Zimmerwohnung zum gleichen Mietzins finden kann, den sie offenbar im Januar 2015 für die aktuell bewohnte Wohnung zu zahlen hatte, nämlich Fr. 1'600.-- brutto (act. 5/9/2). Das ergibt einen Mietzinsanteil der Berufungsklägerin von Fr. 1'070.--. Im Weiteren hat die Vorinstanz in Bezug auf die Gesundheitskosten und Kosten der Krankenkasse bereits zutreffend ausgeführt, dass in knappen finanziellen Verhältnissen wie den vorliegenden nur die Kosten nach KVG zu berücksichtigen sind. Daran ist festzuhalten. Hinzu kommen weitere notwendige Auslagen. Die Berufungsklägerin macht unter Verweis auf act. 17/15 der vorinstanzlichen Akten zutreffend eigene Gesundheitskosten in Höhe von Fr. 165.-- geltend ((Fr. 1'088.70 + Fr. 1'568.75 + Fr. 1'229.60 + Fr. 68.50) / 24). Sodann bleibt es bei den gerichtsüblichen Fr. 130.-- für Kommunikation und Medien. Als Mobilitätskosten macht die Berufungsklägerin gestützt auf die bei der Vorinstanz eingereichten Unterlagen (act. 4/17/17) zudem Fr. 190.-- monatlich (Fr. 130.-- + Fr. 150.--/12 + Fr. 2.20*16 + Fr. 3.30*4) geltend. Allerdings ist nicht ersichtlich,

wofür die Berufungsklägerin einen 9-Uhr-Pass für alle Zonen benötigt und zugleich Kosten für ein Ticket (bzw. 4 Tickets monatlich) geltend macht, welches sie für eine Fahrt ab 9.14 Uhr in den Zonen ... und ... des Zürcher Verkehrsverbundes berechtigt. Auch stellt sich die Frage, ob sie ihre Besuche bei der Psychologin und bei der Psychotherapie nicht auf einen Zeitpunkt nach 9 Uhr verlegen könnte, so dass diese Fahrten mit dem 9-Uhr-Pass gedeckt wären und keine zusätzliche Kosten entstünden. Das kann allerdings im Einzelnen offen gelassen werden und es sind die Mobilitätskosten bei den von der Vorinstanz festgesetzten Fr. 150.-- zu belassen, weil es der Berufungsklägerin mit diesem Betrag ohne Weiteres möglich ist, ihre regelmässigen Fahrtkosten zu decken, beispielsweise mit einem zeitlich unbeschränkten NetzPass der Zürcher Verkehrsbetriebe für 3 Zonen. Dies ergibt einen monatlichen Bedarf der Berufungsklägerin bis zum 31. März 2017 in Höhe von Fr. 3'075.-- und ab 1. April 2017 einen solchen von Fr. 3'205.--.

3.7. Demnach verbleibt den Parteien bis zum 31. März 2017 ausgehend von einem Nettoeinkommen in Höhe von Fr. 1'367.-- und Fr. 6'000.-- (Fr. 7'367.--) abzüglich der Existenzminima in Höhe von Fr. 3'075.-- und Fr. 1'961.-- (Fr. 5'036.--) ein Freibetrag von rund Fr. 2'330.-- und ab 1. April 2017 ausgehend vom gleichen Nettoeinkommen abzüglich der Existenzminima in Höhe von Fr. 3'205.-- und Fr. 1'961.-- (Fr. 5'166.--) ein Freibetrag von rund Fr. 2'200.--.

3.8.1. Diese Freibeträge sind nach Massgabe der zu unterhaltenden Kinder auf die Parteien aufzuteilen. Dabei ist eine gewisse Pauschalisierung zur Berechnung der tatsächlich gelebten Lebensstellung eines Kindes unumgänglich, weil der tatsächliche, belegbare Aufwand schwierig zu berechnen ist und dadurch die individuell-konkrete Berechnung des Bedarfs eines Kindes eine beträchtliche Angriffsfläche bietet. Darüber hinaus gilt es zu bedenken, dass der Entscheid über die Unterhaltsbeiträge letztlich immer ein Ermessensentscheid bleibt und die vordergründig genaue mathematische Berechnung angesichts der verschiedenen geschätzten Beträge ohnehin eine Scheingenauigkeit darstellt.

3.8.2. Daher kann vorliegend auf eine Auseinandersetzung mit den einzelnen von den Parteien geltend gemachten Beträgen zum Bedarf der Kinder verzichtet werden. Der Vollständigkeit halber ist lediglich anzufügen, dass eine konkrete Be-

rechnung bereits deshalb schwierig wäre, weil der Berufungsbeklagte zwar Krankenkassenbeiträge für E._____ geltend macht, ohne aber den Beleg dafür einzureichen (act. 8 S. 13 f.). Zudem gibt der Berufungsbeklagte heute an, seine Partnerin arbeite nicht mehr (act. 8 S. 13), worauf für die aktuellen Betreuungsverhältnisse der Kinder abgestellt werden kann. Hingegen fehlen auf der einen Seite Angaben, ob sich das nur auf die Zeit eines Mutterschaftsurlaubs beschränkt oder auch nachher so sein wird. Andererseits machte der Berufungsbeklagte bereits in der Vergangenheit betreffend die Arbeitstätigkeit seiner Partnerin und die Betreuung von D._____ unvollständige bis widersprüchliche Angaben und hielt sich insgesamt bedeckt (Prot. I S. 15, S. 33 und S. 42 f.). Zur Klärung tragen auch die eingereichten Belege nicht bei, zumal lediglich eine Abrechnung der Kita O._____ für Mai/Juni 2015 über Fr. 1'029.70, wobei darin eine Anmeldegebühr und ein Eingewöhnungszuschlag enthalten sind, und eine Rechnung der P._____ GmbH für Mehrkosten über Fr. 430.-- im Mai 2016 mit einem handschriftlichen Zusatz von Fr. 1'085 vorliegen (act. 23/2-3). Gestützt darauf ist allenfalls glaubhaft, dass eine Fremdbetreuung stattgefunden hat. Es kann jedoch nicht ermittelt werden, in welchem Umfang, über welche Zeitspanne und zu welchem Preis D._____ in welcher Krippe war, womit verlässliche Beurteilungsgrundlagen auch für die Zeit vor E._____s Geburt fehlen.

3.8.3. Entgegen der Ansicht des Berufungsbeklagten kann aber auch nicht unbezweifelt auf die Tabelle zum durchschnittlichen Unterhaltsbedarfs von Kindern des Amtes für Jugend und Berufsberatung des Kantons Zürich abgestellt werden, da diese statistische Vergleichswerte unabhängig von der elterlichen Finanzstärke enthalten. Immerhin vermögen sie aber Aufschluss über das Verhältnis des Unterhaltsbedarfs von Kindern verschiedenen Alters in Einzelkind- oder Geschwistersituationen zu geben. Danach rechtfertigt es sich, den Freibetrag von rund Fr. 2'330.-- in der Zeit bis zu E._____s Geburt am tt.mm 2016 pauschal je hälftig auf die Parteien mit je einem zu betreuenden Kind aufzuteilen. Ab 1. Oktober 2016 rechtfertigt sich durch das Zusammenleben der zwei kleinen Kinder im Haushalt des Berufungsbeklagten und der dadurch reduzierten Kosten hingegen eine Aufteilung des Freibetrages im Verhältnis von 40 % zu Gunsten von C._____ und zu je 30 % zu Gunsten von D._____ und E._____.

3.8.4. Daraus resultiert ein vom Berufungsbeklagten an den Unterhalt von C._____ zu leistender Beitrag von Fr. 1'165.-- bis 31. September 2016, Fr. 930.-- ab 1. Oktober 2016 bis 31. März 2017 und Fr. 880.-- ab 1. April 2017. Zudem hat der Berufungsbeklagte der Berufungsklägerin das in ihrem Bedarf bestehende Manko in der Zeit bis zum 31. März 2017 (Bedarf Fr. 3'075.-- abzüglich Einkommen Fr. 1'367.--) mit einem persönlichen Unterhaltsbeitrag in Höhe von rund Fr. 1'700.-- und ab 1. April 2017 mit einem solchen von rund Fr. 1'830.-- (Bedarf Fr. 3'205.-- abzüglich Einkommen Fr. 1'367.--) auszugleichen.

3.9.1. Die Unterhaltsansprüche sprach die Vorinstanz der Berufungsklägerin (persönlich und für C._____) grundsätzlich ab 1. Juni 2016 zu und verweigerte die rückwirkende Zusprechung ab 1. Februar 2015 mit der Begründung, die Verhältnisse vor Einreichung des Begehrens hätten sich durch den Umzug des Berufungsbeklagten, der zunächst bei seiner Freundin gewohnt habe und anschliessend mit dieser gemeinsam umgezogen sei, verändert. Insbesondere erscheine diesbezüglich der Anteil des Berufungsbeklagten an den damaligen Wohnkosten unklar. Ferner sei die Partnerin des Berufungsbeklagten zwischenzeitlich arbeitslos gewesen, wobei unklar sei, wie hoch das durch sie in diesem Zeitraum bezogene Einkommen gewesen sei. Die dem Begehren der Berufungsklägerin zugrunde liegenden Tatsachen seien nur teilweise und deshalb unzureichend belegt worden, weshalb der Anspruch nicht hinreichend substantiiert erscheine. Zudem erscheine es fraglich, ob die zum Erlass von vorsorglichen Massnahmen erforderliche Notwendigkeit gegeben gewesen sei, weil der Berufungsbeklagte der Berufungsklägerin seit September 2013 bis März 2016 im gegenseitigen Einverständnis Fr. 1'600.-- und anschliessend Fr. 500.-- monatlich überwiesen habe. Auf Grund der Tatsache, dass die Berufungsklägerin regelmässig grosszügige Unterhaltszahlungen erhalten habe, erscheine der Anspruch jedenfalls nicht dringlich (act. 5 S. 18 f.).

3.9.2. Die Berufungsklägerin führt hierzu aus, die unzureichende Substantiierung liege in den unklaren Verhältnissen auf Seiten des Berufungsbeklagten, insbesondere in den unklaren Wohnkosten für diese Zeitperiode. Es sei die Pflicht des Berufungsbeklagten gewesen, seine Kosten zu substantiieren, zu behaupten und

zu belegen. Das habe er unterlassen, weshalb auf ihre Ausführungen abzustellen sei. Der Berufungsbeklagte habe im Jahr 2015 im ausgebauten Obergeschoss seiner Firma für einen Mietpreis von Fr. 300.-- zusammen mit der Freundin gewohnt. Zudem erscheine die Partnerin des Berufungsbeklagten für die Beurteilung der Unterhaltsbeiträge nicht relevant, weshalb das von ihr bezogene Einkommen auch nicht von Bedeutung sei. Das unzureichende Vorhandensein von Belegen des Berufungsbeklagten könne nicht ihr – der Berufungsklägerin – angelastet werden. Mit der Festsetzung eines angemessenen Einkommens des Berufungsbeklagten sei auch eine rückwirkende Abrechnung der geschuldeten Unterhaltsbeiträge angezeigt. Ein Rechtsschutzinteresse ihrerseits könne nicht verneint werden (act. 2 S. 15 ff.).

3.9.3. Der Berufungsbeklagte bringt diesbezüglich einzig vor, er habe mit seiner Partnerin seit dem 1. Januar 2015 an der ...strasse ... gewohnt (act. 8 S. 15) und reicht einen mit dem aktuellen Mietvertrag fast identischen Vertrag ein, mit dem einzigen nennenswerten Unterschied, dass er vom 20. September 2014 datiert (act. 4/5/3 und act. 9/18). Wie zu zeigen sein wird, ist das für den vorliegenden Entscheid jedoch nicht von Belang. Dennoch ist zu bemerken, dass diese Tatsache den vom Berufungsbeklagten bei der Vorinstanz gemachten Aussagen widerspricht, wonach er bis Oktober 2015 bei seiner Partnerin (in Q._____) gewohnt habe und nachher dort weggezogen sei, weil sie wegen D._____ eine grössere Wohnung gesucht hätten (Prot. I S. 42 und S. 43 f.).

3.9.4. Gemäss Art. 173 Abs. 3 ZGB können Unterhaltsbeiträge sowohl für die Dauer des Scheidungsverfahrens als auch für das Jahr vor Einreichung des Begehrens gefordert werden, praxisgemäss auch für die Zeit vor Rechtshängigkeit der Scheidung, sofern für diese Zeit wie vorliegend kein Eheschutzverfahren durchgeführt worden oder ein solches hängig ist (BGE 129 III 60 E. 3). Das Vorliegen einer aussergerichtlichen Vereinbarung zwischen den Parteien steht einer rückwirkenden Anordnung grundsätzlich nicht entgegen. Haben sich die Parteien in der Vergangenheit aussergerichtlich geeinigt bzw. sind bereits Unterhaltsbeiträge bezahlt worden, kann die rückwirkende Änderung indes dem Grundsatz von Treu und Glauben widersprechen. Das ist namentlich dann der Fall, wenn sich

die unterhaltsberechtignte Partei während Monaten oppositionslos mit den (nunmehr als zu tief empfundenen) Beiträgen abgefunden hat (BSK ZGB H-SENRING/KESSLER, 5. Aufl. 2014, Art. 173 N 11 m.w.H., ZK ZPO-SUTTER-SOMM/VONTOBEL, 2. Aufl. 2013, Art. 276 N 19 m.w.H., BK ZPO II-SPYCHER, Art. 276 N 27, ANNETTE DOLGE, DIKE-Komm-ZPO, Art. 276 N 17).

3.9.5. Nach Angaben der Parteien hat der Berufungsbeklagte der Berufungsklägerin nach der Trennung am 1. Oktober 2013 monatlich Fr. 1'600.-- überwiesen (act. 4/1, act. 4/19, act. 4/22, Prot. I S. 10, S. 15 und S. 35). Nachdem der Berufungsbeklagte im März 2016 nur noch Fr. 500.-- überwiesen hatte, stellte die Berufungsbeklagte am 29. März 2016 das Begehren um Erlass der vorliegend zu beurteilenden vorsorglichen Massnahmen (act. 4/19). Bis zu diesem Zeitpunkt beanstandete die Berufungsklägerin die erhaltenen Unterhaltszahlungen nicht, obwohl es ihr möglich und zumutbar gewesen wäre. Insbesondere beanstandete die Berufungsklägerin die Unterhaltsbeiträge auch nicht nach der Mandatierung ihrer anwaltlichen Vertreterin am 17. Juli 2015 (act. 4/16A) oder im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens. Etwas anderes behauptet sie auch nicht. Im Gegenteil: nach Angaben der Berufungsklägerin war sie gar nach Rücksprache mit ihrer Anwältin mit der Bezahlung von Fr. 1'600.-- einverstanden und unterschrieb "den Zettel" (Prot. I S. 10 und S. 35). Im Sinne des vorstehend Gesagten, würde die rückwirkende Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen für die Zeit vor März 2016 somit dem Grundsatz von Treu und Glauben widersprechen. Demnach hat der Berufungsbeklagte die Unterhaltsbeiträge ab dem Monat der Einreichung des Begehrens beim Gericht, dem 1. März 2016, zu bezahlen wobei er berechtigt ist, die seit diesem Zeitpunkt bereits geleisteten Zahlungen in Verrechnung zu bringen. Massgebend sind die vorstehend berechneten Unterhaltsbeiträge für C._____ und die Berufungsklägerin persönlich, da sich die finanziellen Verhältnisse der Parteien seither nicht massgeblich verändert haben.

4.

Aus diesen Gründen sind in teilweiser Gutheissung der Berufung die Dispositiv-Ziffern 1-3 der angefochtene Verfügung des Bezirksgerichtes Bülach vom 27. Juni 2016 aufzuheben, und es ist unter Angabe der massgebenden finanziel-

len Verhältnisse der Parteien der Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Berufungsklägerin für C._____ monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'165.-- vom 1. März 2016 bis 31. September 2016, von Fr. 930.-- vom 1. Oktober 2016 bis 31. März 2017 und von Fr. 880.-- ab 1. April 2017 sowie für sie persönlich monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'700.-- vom 1. März 2016 bis 31. März 2017 und von Fr. 1'830.-- ab 1. April 2017 zu bezahlen, und zwar für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens und unter Anrechnung bereits geleisteter Zahlungen.

5.

5.1. Abschliessend sind die Gesuche der Parteien um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu beurteilen. Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, um den Prozess zu finanzieren, und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 lit. a und b ZPO). Als bedürftig gilt, wer die erforderlichen Gerichts- und Parteikosten nur bezahlen kann, indem er die Mittel heranzieht, die er eigentlich zur Deckung seines Grundbedarfs braucht, wobei verlangt wird, dass die gesuchstellende Person sämtliche eigenen Hilfsmittel zur Finanzierung des Prozesses ausschöpft, so etwa Bargeld, die eigene Arbeitskraft oder einen Kredit, den sie aufgrund ihrer Vermögenslage erwarten darf (ZK ZPO-EMMEL, 2. Aufl. 2013, Art. 117 N 4; BGer 4D_30/2009 E. 5.1; BGE 128 I 225 E. 2.5.1). Die Bedürftigkeit ist zu verneinen, wenn der verbleibende Überschuss es ermöglicht, die Prozesskosten bei weniger aufwändigen Prozessen innert eines Jahres und in den anderen Fällen innert zwei Jahren zu tilgen (ZK ZPO-EMMEL, 2. Aufl. 2013, Art. 117 N 12; BGE 135 I 221 E. 5.1).

5.2. Für die Beurteilung der finanziellen Situation der Parteien kann grundsätzlich auf die vorstehende Berechnung des Unterhaltsanspruches sowie die dieser Berechnung zu Grunde liegenden Zahlen verwiesen werden. Die Berechnung wäre zur Ermittlung der Bedürftigkeit im Rahmen der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zwar insofern abzuändern, als die effektiven Kosten von C._____ im Bedarf der Berufungsklägerin bzw. die Hälfte der effektiven Kosten von D._____ und E._____ im Bedarf des Berufungsbeklagten und die festgelegten Unterhaltsbeiträge bei der Berufungsklägerin als zusätzliches Einkommen und beim Beru-

fungsbeklagten als zusätzliche Ausgaben zu berücksichtigen wären. Auch nach dieser Berechnung ist aber davon auszugehen, dass den Parteien kein oder nur ein kleiner Freibetrag verbleibt. Ferner scheinen sich die Vermögensverhältnisse der Parteien seit dem vorinstanzlichen Entscheid (act. 4/24) nicht geändert zu haben, weshalb sie beide auch im Berufungsverfahren als mittellos im Sinne von Art. 117 ZPO zu gelten haben.

5.3. Des Weiteren kann in Status- und Ehesachen in der Regel nicht von Aussichtslosigkeit die Rede sein und die Parteien haben im Berufungsverfahren keine von vornherein aussichtslosen Standpunkte vertreten. Den Parteien ist daher für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren, und es ist der Berufungsklägerin in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ und dem Berufungsbeklagten in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____ je eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

6.

6.1. Trifft die Kammer wie vorliegend einen neuen Entscheid, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Da die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid auf einen Entscheid über die Prozesskosten verzichtete und diesen dem Entscheid über die Hauptsache vorbehielt (Art. 104 Abs. 3 ZPO, act. 5 Dispositiv-Ziff. 4), ist auch im Rechtsmittelverfahren kein diesbezüglicher Entscheid zu treffen. Demgegenüber ist über die Kosten- und Entschädigungsfolge des Berufungsverfahrens bereits an dieser Stelle zu befinden.

6.2. Die Prozesskosten für das Berufungsverfahren setzen sich aus den Gerichtskosten (Entscheidgebühr) und der Parteientschädigung zusammen (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Grundlage der Gebührenfestsetzung im Zivilprozess bilden der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse, der Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 GebV OG). Ausgangspunkt der Kostenberechnung für das Berufungsverfahren ist § 12 GebV OG i.V.m. § 6 Abs. 1 und § 5 Abs. 1 GebV OG, wonach die Gebühr grundsätzlich nach den für die Vorinstanz geltenden Bestimmungen bemessen wird und bei nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten in

der Regel Fr. 300.-- bis Fr. 13'000.-- beträgt. Ist im Rahmen dieser Streitigkeit wie vorliegend auch über vermögensrechtliche Rechtsbegehren zu entscheiden, kann die Gebühr bis zum Betrag erhöht werden, der für den Entscheid über die vermögensrechtlichen Rechtsbegehren allein zu erheben wäre (§ 5 Abs. 2 GebV OG). Ausgehend von der verlangten Zusprechung eines Kinderunterhaltsbeitrages von Fr. 1'755.-- für die Zeit vom 1. Februar 2015 bis 31. Mai 2016 (Fr. 28'080.--), die Erhöhung des Kinderunterhaltsbeitrages um Fr. 1'155.-- für die Zeit vom 1. Juni 2016 bis 31. Januar 2017 (Fr. 9'240.--), um Fr. 955.-- für die Zeit ab 1. Februar 2017 bei einer geschätzten Verfahrensdauer von drei Jahren (Fr. 34'380.--), die Zusprechung eines Ehegattenunterhaltes von Fr. 1'591.-- für die Zeit vom 1. Februar 2015 bis 31. Dezember 2015 (Fr. 17'501.--), Fr. 2'618.-- für die Zeit vom 1. Januar 2016 bis 31. Dezember 2016 (Fr. 31'416.--), Fr. 2'747.-- für die Zeit vom 1. bis 31. Januar 2017 (Fr. 2'747.--) und die Erhöhung des persönlichen Unterhaltsbeitrages um Fr. 1'747.-- für die Zeit ab 1. Februar 2017 ebenfalls bei einer geschätzten Verfahrensdauer von drei Jahren (Fr. 62'892.--), ist vorliegend von einem Streitwert von insgesamt Fr. 186'256.-- auszugehen. Unter Berücksichtigung der Reduktionsgründe (§ 4 Abs. 3 und § 8 Abs. 1 GebV OG) ist die Entscheidgebühr im Berufungsverfahren auf Fr. 2'000.-- festzusetzen. Die Festsetzung der Parteientschädigung, welche nach Massgabe von § 2 Abs. 1, § 6 Abs. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 3, § 9 sowie § 11 Abs. 1 und § 13 AnwGebV zu bemessen sein wird, erfolgt mit separater Entscheidung, und zwar nach Vorliegen der Aufstellung der Parteivertreter über ihren Zeitaufwand und ihre Auslagen (§ 23 AnwGebV).

6.3. Die Prozesskosten werden grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Hat keine Partei vollständig obsiegt, werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO).

Die Berufungsklägerin beanstandete mit der Berufung die Höhe der Unterhaltsansprüche, indem sie hauptsächlich und zu Recht die von der Vorinstanz vorgenommene Berechnung des Einkommens des Berufungsbeklagten sowie die angewandte Berechnungsmethode kritisiert. Gemessen an den konkret geforderten Unterhaltsbeiträgen obsiegt sie zu rund einem Drittel. Da dem Gericht bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen einiges Ermessen zusteht, die Kritik der Be-

rufungsklägerin in grundsätzlichen Fragen berechtigt war und weil die erst im September 2016 geborene E. _____ die Berechnung zu Lasten der Berufungsklägerin verändert, erscheint es angebracht, die Kosten den Parteien je hälftig aufzuerlegen. Dementsprechend sind die Parteientschädigungen wettzuschlagen.

Es wird beschlossen:

1. Der Berufungsklägerin wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
2. Dem Berufungsbeklagten wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Urteil.

Sodann wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung vom 30. September 2016 werden die Dispositiv-Ziffern 1-3 der Verfügung des Bezirksgerichtes Bülach vom 27. Juni 2016 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:
 1. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der Tochter C. _____, geb. tt.mm 2008, monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'165.-- vom 1. März 2016 bis 31. September 2016, von Fr. 930.-- vom 1. Oktober 2016 bis 31. März 2017 und von Fr. 880.-- ab 1. April 2017 zu bezahlen, und zwar für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens, zahlbar jeweils am Ersten jeden Monats im Voraus.
 2. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für sich persönlich monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'700.-- vom 1. März 2016 bis 31. März 2017 und von Fr. 1'830.-- ab 1. April 2017 zu bezahlen,

und zwar für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens, zahlbar jeweils am Ersten jeden Monats im Voraus. Der Gesuchsteller ist dazu berechtigt, für diese Zeitperioden bereits geleistete Zahlungen (auch an Dritte zugunsten der Gesuchstellerin) in Verrechnung zu bringen.

3. Bei der Festsetzung der Unterhaltsbeiträge wurde von folgenden finanziellen Verhältnissen der Gesuchsteller ausgegangen:

Einkommen:

Nettoeinkommen Gesuchstellerin:	Fr. 1'367.--
Nettoeinkommen Gesuchsteller:	Fr. 6'000.--

Bedarf:

Bedarf Gesuchstellerin (ohne Kind) bis 31.3.17:	Fr. 3'075.--
ab 1.4.17:	Fr. 3'205.--
Bedarf Gesuchsteller (ohne Kinder):	Fr. 1'961.--

Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.-- festgesetzt und den Parteien je zur Hälfte auferlegt. Zuzugewährtung der unentgeltlichen Rechtspflege wird sie im vollen Umfang einstweilen auf die Staatskasse genommen.

Die Nachzahlungspflicht der Parteien gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

3. Die Parteientschädigungen werden wettgeschlagen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsklägerin unter Beilage des Doppels von act. 8 und 9/1-18, sowie an das Bezirksgericht Bülach und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

5. 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 Fr. 186'256.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Houweling-Wili

versandt am: