

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LY200013-O/U

damit vereinigt LY200014

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiber lic. iur. R. Pfeiffer

## Beschluss und Urteil vom 23. November 2020

in Sachen

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

Kläger / Massnahmebeklagter, Erstberufungskläger und Zweitberufungsbeklagter

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

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

Beklagte / Massnahmeklägerin und Erst- und Zweitberufungsbeklagte

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_

sowie

1. **C.** \_\_\_\_\_,

Verfahrensbeteiligter und Zweitberufungskläger

2. **D.** \_\_\_\_\_,

Verfahrensbeteiligter

1, 2 vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Z. \_\_\_\_\_

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes (5. Abteilung) des Bezirksgerichtes Zürich vom 29. November 2019; Proz. FE180260**

### Erwägungen:

#### I.

#### **Sachverhaltsübersicht und Prozessgeschichte**

1. Die Parteien heirateten am tt. Dezember 1999 und haben die gemeinsamen Söhne C. \_\_\_\_\_ (geb. tt.mm.2004) und D. \_\_\_\_\_ (geb. tt.mm.2007). Der Ehemann klagte mit Eingabe vom 19. April 2018 (act. 5/1) auf Scheidung der Ehe (vgl. zum Ganzen auch act. 5/62 = act. 4 S. 4 f. Erw. I), dies während eines noch laufenden Eheschutzverfahrens. In diesem Eheschutzverfahren erging am 5. Februar 2019 ein Entscheid (act. 5/16/95), der durch Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts vom 31. Mai 2019 (5/16/98) teilweise geändert wurde. Die erlassenen Eheschutzmassnahmen galten nur für die Zeit bis zur Hängigkeit des Scheidungsverfahrens (act. 5/16/98 S. 8 f. Erw. C.1). Mit Verfügungen vom 29. November 2019 (act. 4) ordnete das Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung – Einzelgericht, vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren an.

2. Dabei ordnete es eine alternierende Obhut über die Kinder an, wobei C. \_\_\_\_\_ beim Vater, D. \_\_\_\_\_ bei der Mutter Wohnsitz habe (act. 4 S. 33 Dispositiv-Ziffer 1), regelte die Betreuungsanteile (S. 33 f. Dispositiv-Ziffer 2), errichtete für beide Kinder eine Beistandschaft (Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB; S. 34 f. Dispositiv-Ziffer 3 f.), wies hingegen den Antrag ab, den Eltern Weisungen zu erteilen (S. 35 Dispositiv-Ziffer 5), regelte den Kinderunterhalt (Dispositiv-Ziffern 6 f.), wies den Antrag ab, die Ehefrau zur Erstattung von Kinderzulagen zu verpflichten (Dispositiv-Ziffer 8) und verpflichtete den Ehemann, der Ehefrau persönliche Unterhaltsbeiträge

von Fr. 500.– pro Monat zu bezahlen (Dispositiv-Ziffer 9). Die Kosten- und Entschädigungsfolgen behielt es dem Endentscheid im Scheidungsverfahren vor (S. 36 Dispositiv-Ziffer 11).

3. Gegen diesen Entscheid – also die *zweite* Verfügung des Einzelgerichts vom 29. November 2019 (act. 4 S. 35 ff.) – führte der Ehemann mit Eingabe vom 12. März 2020 (act. 2) Berufung. Er beantragte in Abänderung der Verfügung des Einzelgerichts, es sei die Obhut über beide Kinder ihm allein zu übertragen und der Wohnsitz beider Kinder bei ihm festzulegen (act. 2 S. 2 Anträge 1 und 2), es sei auf die Regelung des persönlichen Verkehrs zu C. \_\_\_\_\_ zu verzichten (Antrag 3), es sei für D. \_\_\_\_\_ ein abweichender Betreuungsplan festzulegen (S. 2 f. Antrag 4), es sei keine Beistandschaft zu errichten (S. 3 Antrag 5), es seien keine persönlichen Unterhaltsbeiträge zuzusprechen (Antrag 6), es sei die Ehefrau zu verpflichten, ihm von ihr bezogene Kinderzulagen zu erstatten (Antrag 7) und es sei festzustellen, dass er die Kinderzulagen für die Kinder beziehe (Antrag 8). Sodann beantragte er, es sei die Ehefrau zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 7'000.– zu verpflichten, eventualiter sei ihm die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen (S. 3 Prozessanträge 1 und 2).

4. Gegen den vorinstanzlichen Entscheid vom 29. November 2019 führte auch der Sohn C. \_\_\_\_\_ mit Eingabe vom 12. März 2020 Berufung (act. 2 im Verfahren LY200014 = act. 8/2). Er beantragte, es sei die Obhut über ihn seinem Vater zuzuteilen (S. 2 Antrag 1) und der persönliche Verkehr zu regeln (S. 2 f. Antrag 2).

5. Mit Verfügung vom 5. Mai 2020 wurden die beiden Verfahren vereinigt. In der Berufungsantwort vom 18. Mai 2020 beantragte die Ehefrau die Abweisung sämtlicher Anträge der Berufungskläger. Ferner verlangte sie, es sei der Ehemann zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 5'000.– zu verpflichten, eventualiter sei ihr die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen (act. 11 S. 3).

6. Mit Teilurteil vom 20. August 2020 wurde über die Berufungsanträge 1–5 des Erstberufungsklägers und die Berufung des Zweitberufungsklägers entschieden und die Sache mit Bezug auf die vorsorgliche Regelung von Obhut und Betreuung zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zu-

rückgewiesen (act. 15 S. 9 Dispositiv-Ziffer 1) und es wurde dem Erst- und Zweitberufungskläger die Berufungsantwort zugestellt (Dispositiv-Ziffer 2).

7. Mit Eingabe vom 10. September 2020 nahm der Erstberufungskläger zur Berufungsantwort Stellung und stellte zudem den Antrag, die Berufung des Erstberufungsklägers (auch) im Übrigen gutzuheissen und die Sache auch in Bezug auf die Regelung des Unterhalts (gemeint wohl: des Ehegattenunterhalts, nachdem abgesehen von den Kinderzulagen [act. 2 S. 3 Berufungsanträge 7 f.] die Regelung des Kinderunterhalts nicht angefochten wurde; vgl. nachfolgend Erw. II.11) an die Vorinstanz zurückzuweisen (act. 17 S. 1). Der Erstberufungskläger beantragte zudem, es seien ihm die Berufung des Zweitberufungsklägers sowie die Beilagen zur Berufungsantwort der Berufungsbeklagten zuzustellen (act. 17 S. 2 f.). Weiter machte er geltend, das Einzelgericht habe mit der Zusprechung von Ehegattenunterhalt die Dispositionsmaxime verletzt (act. 17 S. 3; dazu nachfolgend Erw. II.2).

8. Mit Verfügung vom 17. September 2020 (act. 18) wurden dem Erstberufungskläger die erwähnten Akten und der Berufungsbeklagten die Stellungnahme des Erstberufungsklägers vom 10. September 2020 zugestellt. Diese Verfügung samt Beilagen ging bei den Parteien am 20., 21. bzw. 28. September 2020 ein (act. 19/1–3). Es sind keine weiteren Stellungnahmen mehr eingegangen. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 5/1–63). Das Verfahren ist spruchreif.

9. Mit Teilurteil vom 20. August 2020 (act. 15) wurde wie erwähnt die Berufung des Zweitberufungsklägers vollständig erledigt. Die Berufung des Erstberufungsklägers wurde betreffend die Berufungsanträge 1–5 erledigt. Zu beurteilen sind also noch seine Berufungsanträge 6–8 (act. 2 S. 3):

6. Es sei die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 29. November 2019 abzuändern und es sei festzustellen, dass sich die Parteien gegenseitig keine Unterhaltsbeiträge schulden.

7. Es sei die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 29. November 2019 abzuändern und es sei die Beklagte zu verpflichten, die von ihr bezogenen

Familienzulagen für die Kinder C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ von monatlich total Fr. 450.– bzw. ab Februar 2019 von monatlich total Fr. 500.– rückwirkend ab 1. April 2018 dem Kläger zurückzubezahlen.

8. Es sei die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 29. November 2019 abzuändern und es sei festzustellen, dass der Kläger die Kinderzulagen für die Kinder C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ von monatlich je Fr. 250.– bezieht.

10. Beide Parteien beantragten sodann, die jeweils andere sei zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses zu verpflichten, eventualiter, es sei ihnen die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren (act. 2 S. 3 unten, act. 11 S. 3 unten).

## II. Ehegattenunterhalt

### 1. Ausgangslage

Das Einzelgericht verpflichtete den Ehemann, der Ehefrau rückwirkend ab 20. April 2018 für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens persönliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 500.– pro Monat zu bezahlen (act. 4 S. 35 Dispositiv-Ziffer 9). Der Ehemann beantragt, die angefochtene Verfügung insoweit aufzuheben und festzustellen, dass die Parteien einander keine Ehegattenunterhaltsbeiträge schulden (act. 2 S. 3 Berufungsantrag 6).

### 2. Verletzung der Dispositionsmaxime

2.1. In seiner Eingabe vom 10. September 2020 macht der Ehemann geltend, das Einzelgericht habe die Dispositionsmaxime verletzt, da die Ehefrau keinen Antrag auf Ehegattenunterhalt gestellt habe (act. 17 S. 3). Es handle sich dabei um eine Rechtsfrage, weshalb das Gericht dies von Amtes wegen zu berücksichtigen habe.

2.2. Der Ehemann beantragte mit seiner Berufung die Aufhebung des vom Einzelgericht angeordneten Ehegattenunterhalts. Die Berufung ist zu begründen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Es muss also angegeben werden, auf welche Rechtsgrundlagen sich die Berufungsanträge stützen (REETZ/THEILER, Schulthess-

Kommentar ZPO, 3. A., Art. 311 N 36), aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid unrichtig ist und warum er geändert werden muss (SPÜHLER, Basler Kommentar ZPO, 3. A., Art. 311 N 15). Nur wenn die Anforderungen an die Begründung erfüllt sind, überprüft die Berufungsinstanz den angefochtenen Entscheid sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht frei und wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Bei alledem ist die Berufungsinstanz aber nicht gehalten, den erstinstanzlichen Entscheid völlig losgelöst von konkreten Anhaltspunkten in der Berufungsbegründung von sich aus in jede Richtung hin auf mögliche Mängel zu untersuchen, die eine Gutheissung des Rechtsmittels ermöglichen könnten. Abgesehen von offensichtlichen Mängeln beschränkt sich die Berufungsinstanz vielmehr darauf, die Beanstandungen zu beurteilen, welche die Parteien in ihren schriftlichen Begründungen (Art. 311 Abs. 1 und Art. 312 Abs. 1 ZPO) gegen das erstinstanzliche Urteil erheben (zum Ganzen BGer 5A\_635/2015 vom 21. Juni 2016 Erw. 5.2, mit weiteren Hinweisen).

2.3. In der Berufung des Ehemannes ist von einer Verletzung der Dispositionsmaxime nirgends die Rede. Vielmehr setzt er sich ausführlich mit der Berechnung der Unterhaltsbeiträge auseinander (act. 2 S. 9 ff. Rz. 16 ff., zusammenfassend S. 21 f. Rz. 60 f.), ohne zu beanstanden, das Einzelgericht habe die Dispositionsmaxime verletzt. In einer – weit nach Ablauf der Berufungsfrist eingereichten – Stellungnahme zur Berufungsantwort kann der Ehemann seine Berufung nicht verbessern oder ergänzen, eine solche Beanstandung also nicht nachliefern.

2.4. Ob das Einzelgericht die Dispositionsmaxime verletzte, indem es den Ehemann verpflichtete, der Ehefrau Ehegattenunterhaltsbeiträge zu bezahlen, ist deshalb hier nicht zu prüfen.

### 3. Dauer der Rückwirkung

3.1. Das Einzelgericht verpflichtete den Ehemann, der Ehefrau rückwirkend ab 20. April 2018 Ehegattenunterhalt zu bezahlen (act. 4 S. 35 Dispositiv-Ziffer 9). Es erwog dazu, das Eheschutzgericht habe die angeordneten Massnahmen zu Unrecht bis zum 19. April 2018 begrenzt, was nun zu korrigieren sei (act. 4 S. 7 Erw. II.A.1). Der Ehemann beanstandet dies und macht geltend, eine Rückwir-

kung sei ausgeschlossen, wenn Eheschutzmassnahmen angeordnet wurden (act. 2 S. 9 Rz. 17).

3.2. Nach Art. 173 Abs. 2 ZGB (Massnahmen während des Zusammenlebens) können Leistungen für die Zukunft und für ein Jahr zurück verlangt werden. Das gilt auch für Leistungen nach Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes (Art. 176 ZGB; SCHWANDER, Basler Kommentar ZGB, 6. A., Art. 176 N 6). Nach diesen Bestimmungen richtet sich auch das Verfahren um Erlass vorsorglicher Massnahmen im Scheidungsverfahren (Art. 276 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Grundsätzlich ist also eine rückwirkende Unterhaltsfestsetzung möglich. Allerdings können vorsorgliche Massnahmen in einem Scheidungsverfahren nur dann rückwirkend angeordnet werden, wenn kein Eheschutzverfahren durchgeführt worden ist oder noch hängig ist (BGE 129 III 60 S. 62 ff. Erw. 3 am Ende, BGer 5A\_316/2018 Erw. 3.2 f.).

3.3. Die Beanstandung des Ehemannes, das Einzelgericht habe überhaupt keine rückwirkenden Unterhaltsbeiträge anordnen dürfen, ist unberechtigt. Im erwähnten Entscheid des Bundesgerichts (BGE 129 III 60) ging es darum, den Zuständigkeitskonflikt zwischen Eheschutz- und Massnahmengericht zu lösen. Ein solcher besteht hier gerade nicht, da die Eheschutzmassnahmen bis 19. April 2018 befristet waren. Deshalb ist es weder nötig noch berechtigt, dem Eheschutzentscheid insofern eine gewissermassen "fiktive Sperrwirkung" zu geben.

3.4. Zu Recht beanstandet der Ehemann hingegen, das Einzelgericht habe die Massnahmen rückwirkend ab dem 20. April 2018 angeordnet. Dafür besteht keine Rechtsgrundlage, nachdem Art. 173 Abs. 3 ZGB, der wie ausgeführt auch hier gilt, höchstens eine Rückwirkung von einem Jahr zulässt. Dass das Eheschutzgericht seine Massnahmen zu Unrecht bis zum 19. April 2018 befristete, ändert daran nichts; dagegen hätten Rechtsmittel zur Verfügung gestanden, die aber – betreffend diesen Punkt – nicht ergriffen wurden (vgl. act. 5/16/98 S. 8 f. Erw. C.1).

3.5. Der Ehemann selbst führt aus, die Ehefrau habe am 29. November 2019 erstmals Massnahmenbegehren gestellt (act. 2 S. 9 Rz. 17, mit Verweis auf act. 5/53). Die vom Einzelgericht angeordneten (und nachfolgend in ihrer Höhe zu korrigierenden) Ehegattenunterhaltsbeiträge sind deshalb rückwirkend ab 29. No-

vember 2018 festzusetzen. Insoweit ist die Berufung des Erstberufungsklägers gutzuheissen.

#### 4. Verschiedene Bedarfs- und Unterhaltspositionen

##### 4.1. Vorbemerkungen

Die Berufung ist zu begründen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Begründen im Sinne der genannten Vorschrift bedeutet aufzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird. Dies setzt voraus, dass der Berufungskläger im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anführt, sich mit diesen argumentativ auseinandersetzt und die Aktenstücke nennt, auf denen seine Kritik beruht. Das vorinstanzliche Verfahren wird nicht einfach fortgeführt oder gar wiederholt (BGer 4A\_382/2015 Erw. 11.3.1). Diese Beanstandungslast gilt auch dort, wo wie hier (Art. 272 i.V.m. Art. 276 Abs. 1 Satz 2 ZPO) die Untersuchungsmaxime gilt (BGE 141 III 569 Erw. 2.3.3). Zudem galt schon im vorinstanzlichen Verfahren eine Mitwirkungslast der Parteien. Daran ändert nichts, dass es teilweise um Bedarfspositionen der Kinder geht (nachfolgend Erw. II.9), für die grundsätzlich die Official- und Erforschungsmaxime gilt (Art. 296 Abs. 1 ZPO), denn im Ergebnis geht es dennoch allein um Ehegatten-Unterhalt.

4.2. Sind Unterhaltsbeiträge festzusetzen oder abzuändern, so ist das Gericht in verschiedener Hinsicht auf sein Ermessen verwiesen (Art. 4 ZGB). Die Bestimmung des Unterhalts entzieht sich einer exakten mathematischen Berechnung. Das liegt daran, dass die der Berechnung zugrunde gelegten Beträge zum Teil gerundete oder geschätzte Teilbeträge darstellen und die mathematisch genaue Berechnung auf der Basis (auch) solcher Pauschalen kein genaues Ergebnis liefern kann (OGer ZH LY180055 Erw. 3.2, mit Hinweis auf BGer 5A\_310/2010 vom 19. November 2010, Erw. 2.2 und MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, N 71–73 zu Art. 4 ZGB).

##### 4.3. Eheschutzentscheid als Grundlage des Massnahmenentscheids

4.3.1. Das Einzelgericht erwog mit Verweis auf den Entscheid des Obergerichts im Eheschutzverfahren, es seien die Verhältnisse im Zeitpunkt der Einleitung des

Scheidungsverfahrens massgeblich, zu den meisten relevanten Punkten habe sich das Eheschutzgericht oder das Obergericht bereits geäussert und es könne, wo sich die Umstände nicht wesentlich verändert haben, auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden (act. 4 S. 7 Erw. II.A.1). Der Ehemann beanstandet dies und macht geltend, es hätte vollständig auf seine Vorbringen abgestellt werden sollen (act. 2 S. 8 ff. Rz. 18 ff.).

4.3.2. Ob diese Beanstandung des Ehemannes berechtigt ist, kann offen bleiben. Es gilt wie erwähnt eine Beanstandungslast. Das erstinstanzliche Verfahren wird nicht einfach fortgeführt (erneut BGer 4A\_382/2015 Erw. 11.3.1), weshalb nicht mehr die ("einfache") Untersuchungsmaxime (Art. 272 ZPO) gilt, sondern die Beanstandungslast. Das Berufungsgericht kann reformatorisch entscheiden (Art. 318 Abs. 1 lit. b ZPO), weshalb es nicht genügt, wenn der Ehemann geltend macht, das Einzelgericht habe bestimmte Vorbringen berücksichtigen müssen; er muss diese so vorbringen, dass die Berufungsinstanz diese berücksichtigen kann. Das unterlässt er weitgehend, weshalb seine Beanstandungen insofern unbeachtlich sind.

## 5. Bedarf der Ehefrau

5.1. Das Einzelgericht nahm einen Bedarf der Ehefrau von Fr. 2'572.– an (act. 4 S. 24 Erw. 3.3) und einen Bedarf der Kinder bei der Ehefrau von zusammen Fr. 1'195.– (act. 4 S. 29 Erw. 3.4), gesamt also von Fr. 3'767.– (act. 4 S. 31 Erw. 3.5). Es ging dabei von den Zahlen des Eheschutzentscheids aus, von denen mangels wesentlicher Änderungen nicht abzuweichen sei (act. 4 S. 25 f. Erw. 3.3 Nr. 2–11 und 12).

5.2. Der Ehemann beanstandet unter dem Titel "Bedarf der Beklagten", das Einzelgericht sei zu Unrecht von einer Steuerlast von monatlich Fr. 165.– ausgegangen; nach ihrer eigenen Berechnung habe sie für das Jahr 2018 lediglich Fr. 782.– bzw. Fr. 65.– im Monat bezahlt (act. 2 S. 21 Rz. 57). Die Ehefrau verweist in ihrer Berufungsantwort (act. 11 S. 27 Ziff. 9.6) allerdings auf ihre Ausführungen vor Einzelgericht (act. 5/53 S. 10 Ziff. 3.10), in denen sie wiederum auf den Obergerichtsentscheid vom 31. Mai 2019 (act. 5/16/98 S. 21) verweist. Dort

ging das Obergericht von monatlich Fr. 165.– aus. Die Ehefrau hat also nicht selbst eine Steuerbelastung von Fr. 65.– pro Monat anerkannt.

5.3. Der Ehemann verweist auf eine "Zahlungsempfehlung" des Steueramtes für die Staats- und Gemeindesteuern 2018 vom 19. Februar 2018 (act. 5/50/54), die mutmassliche Steuern von Fr. 1'089.– angibt. Steuern für laufende oder künftige Jahre sind zwangsläufig bis zu einem gewissen Grad eine Schätzung. Eine Zahlungsempfehlung ist dafür notwendigerweise eine Grundlage, kann aber nicht allein entscheidend sein. Die vom Einzelgericht angenommenen Fr. 165.– pro Monat ergeben sich denn auch nicht aus dieser Zahlungsempfehlung, was aber für sich allein diese Annahme nicht als unrichtig erscheinen lässt. Die Beanstandungslast liegt beim Ehemann. Der Hinweis auf die "Zahlungsempfehlung" genügt deshalb nicht, gerade die vom Ehemann behaupteten Fr. 65.– pro Monat zu begründen, da sich (auch) diese nicht aus ihr ergeben ( $\text{Fr. } 1'089.- : 12 = \text{Fr. } 91.-$ ).

5.4. Die Beanstandung des Ehemannes ist unberechtigt.

## 6. Einkommen der Ehefrau

6.1. Das Einzelgericht ging von einem Einkommen der Ehefrau von Fr. 3'720.– (basierend auf dem Jahr 2018, einem 70%-Pensum, inkl. 13. Monatslohn, ohne Kinderzulagen) sowie einem Einkommen an der E.\_\_\_\_\_ von Fr. 187.–, also insgesamt Fr. 3'907.–, aus (act. 5/62 S. 22 f. Erw. II.C.3.2.2). Der Ehemann beanstandet diese tatsächliche Annahme nicht. Er macht aber geltend, aufgrund des "Schulstufen-Modells" sei der Ehefrau ein hypothetisches Einkommen basierend auf zunächst einem Arbeitspensum von 75%, danach von 90%, also Fr. 3'985.– ab 20. August 2018 bzw. Fr. 4'782.– ab 1. August 2019, anzurechnen (act. 2 S. 11 ff. Rz. 25 ff., insb. S. 13 Rz. 31). Darauf basieren seine weiteren Berechnungen (act. 5/56/3–5), auf die er auch im Berufungsverfahren verweist (act. 4 S. 21 Rz. 59, S. 21 f. Rz. 60 f.).

6.2. Das Bundesgericht hat vor einigen Jahren festgehalten, es sei auch in Massnahmenverfahren auf die Regeln des nahehelichen Unterhalts (Art. 125 ZGB) Rücksicht zu nehmen, wenn mit einer Wiederaufnahme des ehelichen Zu-

sammenlebens nicht zu rechnen ist (BGE 128 III 65), worauf das Einzelgericht zu Recht hinwies (act. 4 S. 20 Erw. II.C.1.4).

6.3. Danach wies das Bundesgericht aber in BGE 138 III 97 Erw. 2.2 S. 98 f. darauf hin, dass auch dann, wenn mit einer Wiederaufnahme des gemeinsamen Haushaltes nicht mehr ernsthaft gerechnet werden kann, Art. 163 ZGB die Rechtsgrundlage der gegenseitigen Unterhaltspflicht der Ehegatten im Rahmen gerichtlicher Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft bleibt. Das kann im Massnahmenverfahren nicht grundsätzlich anders sein (vgl. Art. 276 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Diese Rechtsprechung wurde in BGE 140 III 337 Erw. 4.2.1 S. 338 bestätigt. In BGE 137 III 385 Erw. 3.1 am Ende S. 388 führte das Bundesgericht sodann aus, dass es im Massnahmenverfahren nicht darum gehe, die Scheidung vorwegzunehmen. Es sind also grundsätzlich weiterhin die gelebten Verhältnisse fortzuführen.

6.4. Die Rechtsprechung geht sodann davon aus, dass dem Ehegatten, der die Arbeitstätigkeit erhöhen soll, eine Übergangsfrist einzuräumen ist (BGE 129 III 417 Erw. 2.2 S. 421). Der Ehemann wies darauf hin, dass das Eheschutz- und nun das Scheidungsverfahren schon lange dauern, die Ehefrau also ausreichend Zeit hatte, sich auf die neuen Verhältnisse einzustellen. Demgegenüber verlangten im Eheschutzverfahren zunächst das Einzelgericht und danach das Obergericht von der Ehefrau gerade nicht, dass sie mehr arbeite. Die Ehefrau war damit gerade nicht schon lange verpflichtet, ihre Arbeitstätigkeit zu erhöhen. Vielmehr hatte sie eine gegenteilige Vertrauensgrundlage.

6.5. Es ist unter diesen Voraussetzungen – absehbare Scheidung einerseits, Vertrauen andererseits – nicht zu beanstanden, dass das Einzelgericht als weiteres Kriterium darauf abstellte, ob es zur Tragung der (weiterhin gemeinsamen) familiären Lasten nötig sei, dass die Ehefrau ihr Arbeitspensum erhöhe, und dies verneinte (act. 4 S. 23 Erw. II.C.3.2.2 Abs. 2).

6.6. Dazu kommt, dass es sich teilweise bereits im vorinstanzlichen Verfahren und noch mehr heute um eine rückwirkende Festsetzung von Unterhalt handelt. Dabei kann ein hypothetisches Einkommen grundsätzlich nicht berücksichtigt wer-

den (SCHWANDER, Basler Kommentar ZGB, 6. A., Art. 176 N 6). Ein solches zu erzielen wäre der Ehefrau zumindest heute und seit einigen Monaten ohnehin kaum mehr möglich (zu diesem Erfordernis BGE 128 III 7 Erw. 4c) und es muss sogar angenommen werden, dass es wieder weggefallen wäre, wenn sie ihr Pensum tatsächlich erhöht hätte. Denn die Ehefrau arbeitet(e) als Flight Attendant. Es ist notorisch, dass die (Flug-) Reisebranche aufgrund der Covid-19-Pandemie finanziell in erheblicher Bedrängnis ist und eher Mitarbeiter entlässt als die Erhöhung des Arbeitspensums zulässt. Auch für die Zukunft ist es der Ehefrau deshalb nicht möglich, ihre Arbeitstätigkeit zu erhöhen (vgl. auch act. 11 S. 23 Ziff. 9.2.1, wonach Kurzarbeit angeordnet worden und ihr Lohn um 5% gekürzt worden sei).

6.7. Es ist weder für die Vergangenheit noch für die Zukunft von einem höheren (hypothetischen) Einkommen der Ehefrau auszugehen. Das Einzelgericht ist deshalb zu Recht von einem Einkommen der Ehefrau von Fr. 3'907.– ausgegangen. Die Beanstandung des Ehemannes ist unberechtigt.

## 7. Einkommen des Ehemannes

7.1. Das Einzelgericht ging von einem Einkommen des Ehemannes von Fr. 7'335.– (inkl. 13. Monatslohn und Bonus, ohne Kinderzulagen) aus (act. 4 S. 22 Erw. 3.2.1, S. 30 f. Erw. 3.5).

7.2. Der Ehemann macht zunächst geltend, sein Einkommen habe unter Berücksichtigung von drei durch ihn bezogenen Kinderzulagen Fr. 7'298.– betragen (act. 2 S. 14 Rz. 33). Der von ihm zitierte Lohnausweis (act. 56/1) weist ein Nettoeinkommen von Fr. 88'923.– im Jahr bzw. Fr. 7'410.– im Monat aus. Der Hinweis auf die Kinderzulagen bleibt unbelegt. Das genügt weder der Mitwirkungspflicht noch der Beanstandungslast. Darauf ist deshalb nicht weiter einzugehen.

7.3. Im vorinstanzlichen Verfahren machte der Ehemann noch ausdrücklich geltend, es sei ihm – zumindest, wenn nicht der Ehefrau ein höheres Pensum angerechnet werde (dazu vorn Erw. II.6) – nur ein Lohn für ein Pensum unter 100% anzurechnen. Die entsprechenden Aufstellungen (act. 5/56/3–5, und dazu act. 5/55 S. 5 ff. Rz. 13 ff., insb. S. 6 f. Rz. 19) legt er auch im Berufungsverfahren

seiner Unterhaltsberechnung zugrunde (act. 2 S. 21 f. Rz. 60 f.). Ob dieser implizite Hinweis – bei der Berechnung seines zu berücksichtigenden Einkommens (act. 2 S. 14 Rz. 33 f.) erwähnt er dies nicht – genügt, kann offenbleiben, da das Vorbringen ohnehin unberechtigt ist. Denn es gilt auch hier, was bereits zum hypothetischen Einkommen der Ehefrau ausgeführt wurde: Es geht darum, die gelebten Verhältnisse weiterzuführen, auf die die Parteien zudem aufgrund des bezirks- und des obergerichtlichen Eheschutzentscheids vertrauen durften und mussten (vorn Erw. II.6.3 f.). Und da die Ehefrau wie ausgeführt nicht verpflichtet ist und war, ihr Pensum zu erhöhen, kann auch dem Ehemann nicht im Gegenzug ein Teil seines Einkommens (als überobligatorisch erwirtschaftet) vorweg zugewiesen werden (act. 2 S. 21 Rz. 58 f.).

7.4. Die Beanstandung des Ehemannes ist deshalb unberechtigt. Das Einzelgericht ging zu Recht von einem Einkommen des Ehemannes von Fr. 7'335.– aus.

## 8. Bedarf des Ehemannes

8.1. Der Ehemann macht geltend, das Einzelgericht habe ihm einen zu niedrigen Grundbetrag angerechnet (act. 2 S. 15 Rz. 37). Es hat beiden Parteien die Hälfte aus der Summe des Betrags für eine alleinstehende und für eine alleinerziehende Partei angerechnet. Es übernimmt damit die Auffassung des Obergerichts, wonach der Betreuungssituation auf diese Weise Rechnung zu tragen sei (act. 5/16/98 S. 13 f.). Diese Ansicht ist im Grundsatz nicht zu beanstanden. Das Kreisschreiben zum betriebsrechtlichen Existenzminimum sieht für alternierende Obhut keine Regelung vor, weshalb das Einzelgericht eine solche schaffen musste (Art. 1 Abs. 2 ZGB). Es steht ihm dabei ein Ermessen zu, in das die Berufungsinstanz ohne Not nicht eingreift. Das gilt umso mehr, als es sich bei den zugrundeliegenden Zahlen gemäss Kreisschreiben ohnehin um Annäherungen und Pauschalisierungen handelt und eine Scheingenaugigkeit zu vermeiden ist (vorn Erw. II.4.2).

8.2. Soweit der Ehemann hier (persönlicher Bedarf) und nachfolgend bei gewissen Positionen des Kinderbedarfs von bestimmten Wohnsitz- oder Betreuungsverhältnissen ausgeht, ist darauf hinzuweisen, dass im Eheschutzentscheid

vom 5. Februar 2019 auf eine Regelung von Obhut, Betreuung und Wohnsitz der Kinder verzichtet wurde (act. 5/16/95 S. 31 Dispositiv-Ziffer 4). In der (insoweit mit Teilurteil vom 20. August 2020 allerdings aufgehobenen) Massnahmen-Verfügung vom 29. November 2019 (act. 4 S. 33 Dispositiv-Ziffer 1) wurde zwar der zivilrechtliche Wohnsitz von C.\_\_\_\_\_ beim Vater festgelegt, doch wurde die Betreuungsverantwortung weitgehend hälftig auf die Eltern verteilt (S. 33 f. Dispositiv-Ziffer 2). Es besteht also zurzeit keine Anordnung über Wohnsitz der Kinder und über die Obhut (vgl. auch Art. 275 Abs. 3 ZGB). Daran ändert auch nichts, dass der Ehemann mit seiner Berufung verlangte, ihm die Obhut über beide Kinder zuzuteilen und deren Wohnsitze bei ihm festzulegen (vorn Erw. I.3). Eine entsprechende Anordnung bestand damals und besteht zurzeit gerade nicht. Will der Ehemann aus bestimmten tatsächlichen Obhuts- oder Wohnsitzverhältnissen etwas ableiten, hätte er diese substantiieren und glaubhaft machen müssen.

8.3. Der Ehemann beanstandet, das Einzelgericht habe nicht die aktuellen Krankenkassenprämien berücksichtigt (act. 2 S. 15 f. Rz. 38). Das Einzelgericht berücksichtigte bei ihm Grundversicherungsprämien von Fr. 252.– (act. 4 S. 24 Erw. II.C.3.3 Ziff. 3). Der Ehemann macht geltend, die Prämien hätten Fr. 278.– (2018), Fr. 284.– (2019) bzw. Fr. 295.– (2020) betragen. Die Ehefrau verweist in ihrer Berufungsantwort (act. 11 S. 25 Ziff. 9.4.2) auf Ausführungen anlässlich der Verhandlung (act. 5/Prot. VI S. 33), die allerdings nicht einschlägig sind.

Die Beanstandung des Ehemannes ist berechtigt; die Veränderung der Prämien ist belegt und dass diese in der Regel ansteigen, ist notorisch. Es rechtfertigt sich aber nicht, Phasen zu bilden, sondern es sind ermessensweise rückwirkend und für die Zukunft Fr. 290.– zu berücksichtigen.

Die Zusatzversicherungsprämien hat die Vorinstanz entsprechend den Belegen (act. 5/56/14–19) berücksichtigt (act. 2 S. 24 Erw. II.C.3.3 Nr. 4, für die Kinder S. 28 Erw. II.C.3.4 Nr. 3). Insoweit ist die Beanstandung schon deshalb unberechtigt.

8.4. Der Ehemann beanstandet, er habe vor Einzelgericht Zahnarztkosten von monatlich Fr. 42.– geltend gemacht (act. 2 S. 16 Rz. 39). Die Ehefrau bringt dage-

gen vor, es handle sich um einmalige Kosten, die allenfalls von einer Versicherung bezahlt worden oder in den bereits berücksichtigten ungedeckten Gesundheitskosten (Fr. 267.–) enthalten seien (act. 11 S. 25 Ziff. 9.4.2). Im Rahmen der Beanstandungslast genügt es nicht, wenn der Ehemann auf vorinstanzliche Vorbringen verweist. Auch aus jenen (act. 5/55 S. 10 Rz. 34) ergibt sich übrigens nichts Näheres. Es kann also nicht geprüft werden, wie oft diese Kosten anfallen oder angefallen sind, wie sie also auf die "unterhaltsrelevante" Zeit gleichmässig verteilt werden könnten, und auch nicht, wofür sie anfielen, sodass geprüft werden könnte, ob sie von einer Versicherung getragen wurden bzw. werden. Die Beanstandung des Ehemannes ist deshalb erfolglos.

8.5. Der Ehemann beanstandet weiter, das Einzelgericht habe nicht seine aktuelle Steuerlast berücksichtigt (act. 2 S. 16 f. Rz. 40 f.). Das Einzelgericht berücksichtigte Steuern in der Höhe von Fr. 461.– (act. 4 S. 24 Erw. II.C.3.3 Ziff. 11). Der Ehemann macht unter Verweis auf seine vorinstanzlichen Vorbringen geltend, die Steuerlast habe schon im Jahr 2017 Fr. 684.– betragen (vgl. act. 5/56/11 und 12). Die Ehefrau äussert sich dazu nicht.

Die Beanstandung ist berechtigt. Es ist nicht ersichtlich, weshalb nicht auf die tatsächlichen Zahlen abgestellt werden sollte. Im Bedarf des Ehemannes sind deshalb Fr. 684.– pro Monat zu berücksichtigen.

8.6. Der Ehemann beanstandet, er sei auf ein Auto angewiesen und das Einzelgericht habe Autokosten zu Unrecht nicht berücksichtigt (act. 2 S. 17 f. Rz. 42 ff.). Das Einzelgericht verwies auf das Urteil des Obergerichts vom 31. Mai 2019. Dieses berücksichtigte die Fahrzeug- und Parkplatzkosten (Fr. 382.– + Fr. 120.– = Fr. 502.–) nur bis Ende März 2017 im Bedarf, da das Auto danach nicht mehr beiden Parteien zur Verfügung gestanden habe (act. 4 S. 26 Erw. II.C.3.3, mit Verweis auf act. 5/16/98 S. 15 f. Erw. C.3.3 f.). Die Ehefrau bringt dagegen vor, der Ehemann selbst sei nicht auf ein Auto angewiesen; C.\_\_\_\_\_ gehe meistens mit dem öffentlichen Verkehr zum Eishockey; Ferien, für die der Ehemann das Auto ebenfalls benütze, seien aus dem Überschuss zu bezahlen (act. 11 S. 26 Ziff. 9.4.3).

Ein Auto ist grundsätzlich ein Luxusgut, das aus dem Überschuss zu finanzieren ist. Der Ehemann ist denn namentlich für seine Arbeit nicht auf ein Auto angewiesen. Sodann sind Hobbys (der Kinder) und Ferien, denen das Auto vorwiegend dienen soll, grundsätzlich aus dem Überschuss zu bezahlen. Das Auto gehörte allerdings zum ehelichen Standard, doch ist wiederum zu berücksichtigen, dass die Ehefrau vom Auto heute nicht mehr profitieren kann, sodass insoweit nicht auf die früher gelebten Verhältnisse abgestellt werden kann. Aus Gründen der Gleichbehandlung und um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der Ehemann das Auto unter anderem für die Hobbies der Kinder einsetzt, ist es gerechtfertigt, beim Ehemann für Mobilität wie bei der Ehefrau (act. 4 S. 24 Erw. II.C.3.3 Nr. 9) monatlich Fr. 140.– zu berücksichtigen.

## 9. Bedarf der Kinder

9.1. Das Einzelgericht teilte den Bedarf der Kinder auf in Bedarf, der beim Ehemann anfällt, und Bedarf, der bei der Ehefrau anfällt (act. 4 S. 27 ff. Erw. II.C.3.4). Da beide Parteien in der Lage seien, ihren eigenen Bedarf und die ihnen "zugewiesenen" Positionen des Kinderbedarfs zu decken, sei kein Kinderunterhaltsbeitrag geschuldet (S. 32 Erw. II.C.3.6.2). Das Einzelgericht berechnete aufgrund dieser "Zuweisung" der Bedarfspositionen sodann den Überschuss beider Parteien und verteilte den Gesamtüberschuss je hälftig (S. 32 Erw. II.C.3.7). Diese Vorgehensweise ist nicht beanstandet, weshalb es damit sein Bewenden hat. Im Einzelnen nahm das Einzelgericht einen Bedarf von C. \_\_\_\_\_ beim Ehemann von Fr. 989.–, von D. \_\_\_\_\_ beim Ehemann von Fr. 1'217.– (act. 4 S. 28), von C. \_\_\_\_\_ bei der Ehefrau von Fr. 598.– und von D. \_\_\_\_\_ bei der Ehefrau von ebenfalls Fr. 598.– (S. 29) an; zusammengefasst also einen Kinderbedarf beim Ehemann von Fr. 2'206.– (= Fr. 989.– + Fr. 1'217.–), bei der Ehefrau von Fr. 1'196.– (= Fr. 598.– + Fr. 598.–).

9.2. Der Ehemann beanstandet einzelne Bedarfspositionen, die das Einzelgericht nicht oder nicht korrekt berücksichtigt habe. Es kann auch hier offen bleiben, ob das Einzelgericht zu Recht auf den Eheschutzentscheid abstellte und eine massgebliche Änderung der Verhältnisse verlangte oder ob, wie der Ehemann geltend macht (act. 2 S. 9 ff. Rz. 18 ff., S. 18 Rz. 46, S. 19 Rz. 48), die Bedarfs-

positionen von Neuem zu ermitteln gewesen wären. Denn so oder anders sind die Beanstandungen des Ehemannes weitgehend unberechtigt, wie sich sogleich zeigen wird.

9.3. Der Ehemann macht geltend, es sei im (ihm "zugewiesenen") Bedarf des Sohnes C.\_\_\_\_\_ der ganze Grundbetrag von Fr. 600.– zu berücksichtigen (act. 2 S. 19 Rz. 50), da C.\_\_\_\_\_ seit August 2019 bei ihm wohne. Angesichts der fehlenden Anordnung über Wohnsitz und Obhut (vgl. vorn Erw. II.8.2) genügt es der Beanstandungslast nicht, wenn der Ehemann in seiner Berufung ohne weitere Hinweise einfach behauptet, C.\_\_\_\_\_ wohne bei ihm.

9.4. Der Ehemann beanstandet weiter die Krankenkassenprämien: Hätten die Kinder bei ihm Wohnsitz, so entfielen die Prämienverbilligungen, weshalb die Prämien für die Grundversicherung (KVG) zu berücksichtigen seien (act. 2 S. 19 Rz. 51). Auch hier gilt das soeben Ausgeführte: Es besteht keine Regelung über den Wohnsitz der Kinder und es genügt nicht, wenn der Ehemann einfach behauptet, die Kinder wohnten bei ihm, sondern es ist von den bisherigen Verhältnissen auszugehen.

9.5. Der Ehemann macht weiter geltend, die Kinder hätten erhöhte Selbstbehalt- und Zahnarzkosten (act. 2 S. 19 Rz. 52). Er verweist dazu auf seine Eingabe vor Einzelgericht (act. 5/55 S. 10 Rz. 34). Dort machte er schlicht geltend, es bestünden höhere Selbstbehalt- und Zahnarzkosten; als Beweis offeriert er einzig seine Befragung. Urkunden, namentlich Arztrechnungen oder Krankenkassenabrechnungen, reicht er nicht ein und legt auch nicht substantiiert dar, um welche Kosten es sich im Einzelnen handelt. Die Parteibefragung würde unter diesen Umständen nicht genügen, um die Kosten glaubhaft zu machen.

Die Ehefrau macht zudem geltend, die Zahnarzkosten würden durch die Krankenkasse bezahlt und es handle sich um einmalige Kosten, die nicht bedarfsrelevant seien (act. 11 S. 25 Ziff. 9.4.2). Mangels Bezifferung und Substantiierung durch den Ehemann kann nicht geprüft werden, wie oft zusätzliche Kosten in welcher Höhe angefallen sind (sodass diese auf ein Jahr oder längere Zeit hätten verteilt werden können) und es kann auch nicht geprüft werden, ob eine Versiche-

rung diese Kosten zumindest teilweise übernommen hat. Es ist nicht Aufgabe des Berufungsgerichts oder der Gegenpartei, sich die notwendigen Hinweise aus den Akten zusammenzusuchen.

Diese Beanstandung ist deshalb unberechtigt.

9.6. Der Ehemann macht weiter geltend, er habe Kosten für Mensaverpflegung der Kinder vor Einzelgericht geltend gemacht, nämlich Fr. 85.– pro Monat für C.\_\_\_\_\_ und Fr. 62.– pro Monat für D.\_\_\_\_\_ (act. 2 S. 19 f. Rz. 53). Der Ehemann reichte damals und reicht heute keinerlei Belege für diese Kosten ein. Auch legt er nicht dar, wann und wie oft die Kinder in der Mensa verpflegt werden und nimmt auch auf keine Preisliste der Mensa Bezug. Dazu kommt, dass allein die Mehrkosten für auswärtige Verpflegung zu berücksichtigen sind, da Verpflegung grundsätzlich aus dem Grundbetrag zu bezahlen ist (Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009, II. Ingress und III.3.2); auch dazu unterlässt der Ehemann eine konkrete Beanstandung und Bezifferung. Es können nicht einfach die (behaupteten) Gesamtkosten als zu berücksichtigende Mehrkosten im Bedarf aufgenommen werden.

9.7. Weiter macht der Ehemann Kosten für eine Mittagstisch-Betreuung für D.\_\_\_\_\_ von Fr. 207.– geltend (act. 2 S. 20 Fz. 53). Auch dies "in der Annahme, dass D.\_\_\_\_\_ ab dann seinen Wohnsitz beim Kläger" habe. Auch hier gilt, dass eine Anordnung über den Wohnsitz der Kinder zurzeit nicht besteht, die Betreuung aber hälftig geteilt ist. Den Wohnsitz von D.\_\_\_\_\_ hat das Einzelgericht zudem mit der (insoweit allerdings aufgehobenen) Verfügung vom 29. November 2019 gerade der Ehefrau und nicht dem Ehemann zugewiesen.

9.8. Der Ehemann macht weiter Kosten für Taschengeld von Fr. 50.– bzw. Fr. 100.– pro Monat geltend (act. 2 S. 20 Rz. 53). Das Taschengeld soll dazu dienen, nicht genau beziffer- und belegbare Aufwendungen abzudecken. Solche Kosten sind aus dem Grundbetrag oder einem allfälligen Überschuss zu bezahlen.

9.9. Der Ehemann macht weiter Kosten für eine Prüfungsvorbereitung von D.\_\_\_\_\_ von Fr. 2'426.– für das Jahr 2018 und Fr. 30.– pro Monat für das Jahr 2019 (act. 5/55 S. 11 Rz. 35), also total Fr. 2'786.– (= Fr. 2'426.– + 12 x Fr. 30.–) geltend (act. 2 S. 20 Rz. 54). Er verweist dazu auf seine Vorbringen vor Einzelgericht. Das Einzelgericht berücksichtigte dafür Fr. 3'846.– (mit Verweis auf das Eheschutzurteil: act. 4 S. 28 Erw. II.C.3.4 Nr. 11, S. 29 zu Nrn. 3–11; act. 5/16/95 S. 25 Erw. II.E.4.2 Nr. 13, S. 27 zu Nr. 13). Die geltend gemachten Kosten waren vorübergehend und fallen heute nicht mehr an, da die entsprechende Prüfung - die Aufnahmeprüfung für die Kantonsschule - inzwischen stattgefunden hat (vgl. act. 56/20 und 21). Es rechtfertigt sich deshalb, für die ganze Zeit (und damit auch für die Zukunft) Fr. 50.– pro Monat zu berücksichtigen. Das entspricht den entsprechenden Kosten des älteren Bruders C.\_\_\_\_\_, der ebenfalls die Kantonsschule besucht (act. 4 S. 28).

9.10. Der Ehemann beanstandet weiter, das Einzelgericht habe eine Schülerpauschale und einen Husi-Kurs (wohl: Hauswirtschaft) nicht berücksichtigt (act. 2 S. 20 Rz. 55). Das Einzelgericht erwog, der Ehemann habe diese Kosten nicht substantiiert (act. 4 S. 30 Erw. II.C.3.4). Er macht dagegen in seiner Berufung geltend, er habe diese Positionen in seinen Bedarfsaufstellungen (act. 5/56/6–9) genau beziffert. Mit diesem Hinweis vermag er aber die Erwägung, die Position sei unsubstantiiert, nicht infrage zu stellen, denn Beziffern ist gerade nicht das gleiche wie Substantiiieren. Es hat deshalb mit der Erwägung des Einzelgerichts sein Bewenden.

## 10. Zusammenfassung und Ergebnis

10.1. Die Beanstandung des Ehemannes betreffend Steuerlast in seinem persönlichen Bedarf ist berechtigt. Es sind statt Fr. 461.– pro Monat Fr. 684.– pro Monat zu berücksichtigen.

10.2. Die Beanstandung des Ehemannes betreffend Krankenkassenprämien (KVG) in seinem persönlichen Bedarf ist berechtigt. Es sind statt Fr. 252.– pro Monat Fr. 290.– pro Monat zu berücksichtigen.

10.3. Im Übrigen sind die Beanstandungen des Ehemannes prozessual ungenügend oder nicht berechtigt. Die angefochtene Verfügung ist insofern zu bestätigen.

10.4. Das führt zu folgendem persönlichen Bedarf des Ehemannes (in Korrektur von act. 4 S. 24):

(1) Grundbetrag.....	Fr. 1'275.–
(2) Wohn-/Nebenkosten .....	Fr. 679.–
(3) KVG .....	Fr. 290.–
(4) VVG .....	Fr. 64.–
(5) Internet/TV/Festnetz.....	Fr. 77.–
(6) Mobiltelefon.....	Fr. 66.–
(7) Radio/TV .....	Fr. 38.–
(8) Privathaftpflicht-/Hausratvers. ....	Fr. 11.–
(9) Mobilität.....	Fr. 140.–
(10) Ungedeckte Gesundheitsk. ....	Fr. 267.–
(11) Steuern .....	Fr. 684.–
(12) Ausw. Verpflegung .....	Fr. 220.–
<b>Total.....</b>	<b>Fr. 3'811.–</b>

10.5. Sodann ist der Anteil des Ehemannes am Bedarf der Kinder anzupassen. Das Einzelgericht berücksichtigte Ausbildungskosten für C. \_\_\_\_\_ von Fr. 49.60 und für D. \_\_\_\_\_ von Fr. 84.55, also zusammen rund Fr. 134.–. Es sind für beide Kinder je Fr. 50.– zu berücksichtigen (vorn Erw. II.9.9). Der Anteil des Kinderunterhalts beim Ehemann beträgt demnach (in Korrektur von act. 4 S. 28 f.):

	C. _____	D. _____
(1a) Grundbetrag.....	Fr. 300.–	Fr. 300.–
(2a) Wohn-/Nebenkosten .....	Fr. 340.–	Fr. 340.–
(3) VVG .....	Fr. 26.–	Fr. 26.–
(4) Unfallvers. ....	Fr. 14.–	Fr. 14.–
(5) Bes. Gesundheitsk. ....	Fr. 8.–	Fr. 13.–
(6) Mobilität.....	Fr. 48.–	Fr. 48.–
(7) Mobiltelefon.....	Fr. 25.–	Fr. 10.–

(8) Freizeit .....	Fr. 103.–	.....	Fr. 99.–	
(9) Sportausrüstung.....	Fr. 58.–	.....	Fr. 0.–	
(10) Ski-Miete .....	Fr. 18.–	.....	Fr. 18.–	
(11) Ausbildungskosten .....	Fr. 50.–	.....	Fr. 50.–	
(12) Fremdbetreuungskosten ...	Fr. 0.–	.....	Fr. 265.–	
<b>Total.....</b>	<b>Fr. 990.–</b>	<b>.....</b>	<b>Fr. 1'183.–</b>	<b>= Fr. 2'173.–</b>

10.6. Die übrige Berechnung (act. 4 S. 30 f.) ist nicht beanstandet, weshalb es damit sein Bewenden hat und diese mit dem soeben korrigierten Bedarf des Ehemannes (für sich und die Kinder) durchzuführen ist.

10.7. Der geschuldete Ehegattenunterhalt berechnet sich also wie folgt:

Einkommen Ehemann .....	Fr. 7'335.–
Einkommen Ehefrau .....	Fr. 3'907.–
Kinderzulagen.....	Fr. 500.–
<b>Total Einkommen.....</b>	<b>Fr. 11'742.–</b>

Bedarf Ehemann.....	Fr. 3'811.–
Anteil am Bedarf der Kinder ...	Fr. 2'173.–
<b>Gesamtbedarf .....</b>	<b>Fr. 5'984.–</b>

Bedarf Ehefrau .....	Fr. 2'572.–
Anteil am Bedarf der Kinder ...	Fr. 1'195.–
<b>Gesamtbedarf .....</b>	<b>Fr. 3'767.–</b>

**Total Bedarf.....Fr. 9'751.–**  
(Fr. 5'984.– + Fr. 3'767.–)

**Gesamtüberschuss .....**Fr. 1'991.–  
(Fr. 11'742.– ./ Fr. 9'751.–)

10.8. Der Gesamtüberschuss ist hälftig auf die Parteien aufzuteilen (vgl. act. 4 S. 28 E. 3.7). Die Ehefrau erzielt für sich einen Überschuss von Fr. 640.– (Fr. 3'907.– Einkommen + Fr. 500.– Kinderzulagen ./ Fr. 3'767.– Bedarf inkl. Anteil Kinder), der Ehemann erzielt einen solchen von Fr. 1'351.– (Fr. 7'335.– Ein-

kommen ./ Fr. 5'984.– Bedarf inkl. Anteil Kinder). Die Differenz zwischen ihren Überschussanteilen beträgt Fr. 711.–. Zum Ausgleich hat der Ehemann der Ehefrau die Hälfte der Differenz, d.h. gerundet Fr. 355.–, als Unterhaltsbeitrag zu bezahlen.

10.9. Damit ist der Ehemann zu verpflichten, der Ehefrau rückwirkend seit 29. November 2018 (vorn Erw. II.3) monatliche Ehegattenunterhaltsbeiträge von Fr. 355.– zu bezahlen. Bereits geleistete Zahlungen wurden im obergerichtlichen Verfahren nicht vorgebracht und sind deshalb nicht zu berücksichtigen (vgl. BGE 135 III 315).

## 11. Kinderzulagen

11.1. Der Ehemann beantragt, die Ehefrau sei zu verpflichten, ihm die von ihr bezogenen Kinderzulagen von Fr. 450.– bzw. Fr. 500.– rückwirkend ab 1. April 2018 zurückzuzahlen (act. 2 S. 3 Berufungsantrag 7). Er äussert sich dazu einzig im Rahmen der Unterhaltsberechnung, wo er ausführt, die Kinderzulagen würden durch das Einzelgericht der Ehefrau zugewiesen, was zu korrigieren sei (act. 2 S. 21 Rz. 60). Weshalb dies korrigiert werden sollte, führt er nicht aus. Damit kommt er der Beanstandungslast nicht nach, weshalb es damit sein Bewenden hat. Abgesehen davon spielt es keine Rolle, welchem Elternteil die Kinderzulagen "zugewiesen" werden, solange dies in der Unterhaltsberechnung berücksichtigt wird; das hat das Einzelgericht denn auch richtigerweise getan (act. 4 S. 32 Erw. II.C.3.7) und es wurde auch hier berücksichtigt (soeben Erw. 10.7 ff.). Würde der Ehemann neu anstelle der Ehefrau die Kinderunterhaltsbeiträge beziehen, müsste er ihr entsprechend mehr Unterhalt bezahlen.

11.2. Weiter beantragt der Ehemann, "es sei festzustellen, dass [er] die Kinderzulagen für die Kinder C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ von monatlich je Fr. 250.– bezieht" (act. 2 S. 3 Berufungsantrag 8).

Aus dem Antrag des Ehemannes ergibt sich nicht, was er verlangt, und auch eine Begründung fehlt. Der Entscheid des Einzelgerichts enthält keine Anordnung dar-

über, wer die Kinderzulagen bezieht, sodass es dem Ehemann ohnehin bereits an einer Beschwer fehlt. Auf diesen Antrag ist daher nicht einzutreten.

## 12. Formulierung betreffend Kinderkosten

12.1. Der Ehemann macht geltend, es sei die Formulierung von Dispositiv-Ziffer 6 der angefochtenen Verfügung anzupassen (act. 2 S. 18 Rz. 47), mit der festgehalten wurde, dass die Parteien diejenigen Kosten selber tragen würden, die während der Betreuung der Kinder bei ihnen anfallen würden.

12.2. Das Einzelgericht verwies auf den Entscheid im Eheschutzverfahren, änderte aber doch die Formulierung, ohne etwas anderes ausdrücken zu wollen, wie aus der Begründung hervorgeht (act. 4 S. 27 f. Erw. II.C.3.4). Entgegen der erklärten Absicht dient das nicht der Klarheit, weshalb die Beanstandung des Ehemannes grundsätzlich berechtigt ist. Dispositiv-Ziffer 6 ist durch die Formulierung von Dispositiv-Ziffer 1.5.3 des Eheschutzurteils der I. Zivilkammer des Obergerichts vom 31. Mai 2019 (act. 98) zu ersetzen.

### **III.**

### **Kosten- und Entschädigungsfolgen**

#### 1. Unentgeltliche Rechtspflege

1.1. Beide Parteien stellten einen Antrag auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (vorn Erw. I.10). Der Gesamtüberschuss beträgt rund Fr. 2'000.– (vorn Erw. III.10.5). Damit wären die Parteien grundsätzlich in der Lage, die Kosten dieses Verfahrens in ein oder zwei Jahren abzuzahlen. Es läuft aber noch ein Scheidungsverfahren, in dem ebenfalls Kosten zu erwarten sind, welche die Parteien bei diesen finanziellen Verhältnissen voraussichtlich zumindest teilweise selbst tragen müssen, da ihnen die Vorinstanz die unentgeltliche Rechtspflege lediglich einstweilen für das Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen bewilligte (act. 4 S. 33 Dispositiv-Ziffern 1 und 3 der ersten Verfügung). Daneben ist es den Parteien kaum möglich, für die Kosten des zweitinstanzlichen Massnahmenverfahrens aufzukommen, zumal substantielles Vermögen nicht vorhanden ist. Es

ist ihnen deshalb für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen.

1.2. Die Anträge der Parteien, die jeweils andere zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses zu verpflichten, werden damit hinfällig.

## 2. Festsetzung der Gerichtskosten

2.1. Im Vordergrund standen die Kinderbelange. Es handelt sich deshalb insgesamt um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit, wofür die Entscheidgebühr in der Regel zwischen Fr. 300.– und Fr. 13'000.– beträgt (§ 5 Abs. 1 GebV OG). Der Zeitaufwand und die Schwierigkeit des Falles bewegten sich im unteren bis mittleren Bereich. Was die Kinderbelange anging, wurde die Sache zudem zurückgewiesen, hatte die Berufungsinstanz also einen beschränkten Aufwand. Auch hinsichtlich des zu beurteilenden Unterhaltsbeitrags an die Ehefrau gestaltete sich das Verfahren nicht sonderlich aufwendig, weshalb insgesamt für die beiden Teilentscheide eine Entscheidgebühr von CHF 3'000.– angemessen ist.

2.2. Die Vertreterin von C.\_\_\_\_\_, Rechtsanwältin Z.\_\_\_\_\_, wurde vom Gericht eingesetzt (Art. 299 ZPO; vgl. act. 5/16/50). Sie ist deshalb aus der Gerichtskasse zu entschädigen und diese Entschädigung ist Teil der Gerichtskosten (Art. 95 Abs. 2 lit. e ZPO). Rechtsanwältin Z.\_\_\_\_\_ wird eingeladen, dem Gericht ein Aufstellung über den Zeitaufwand und die Auslagen (§ 23 Abs. 2 AnwGebV) vorzulegen.

## 3. Auferlegung der Gerichtskosten

3.1. Der Zweitberufungskläger obsiegte mit seiner Berufung vollständig. Ein Anteil an den Gerichtskosten ist ihm schon deshalb nicht aufzuerlegen.

3.2. In Familiensachen, insbesondere bei Kinderbelangen, können die Kosten nicht nach dem Ausgang des Verfahrens, sondern nach Ermessen auferlegt werden (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO). Das rechtfertigt sich auch hier. Die Kosten (samt der noch festzulegenden Entschädigung der Kinderbeiständin) sind den Parteien je hälftig aufzuerlegen. Da beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege zu

bewilligen ist, sind die Kosten einstweilen auf die Staatskasse zu nehmen. Die Nachzahlungspflicht (Art. 123 ZPO) bleibt vorbehalten.

#### 4. Parteientschädigung

Entsprechend der hälftigen Auferlegung der Kosten schulden die Parteien einander keine Parteientschädigungen.

#### **Es wird beschlossen:**

1. Dem Erstberufungskläger wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und es wird ihm in der Person von Rechtsanwältin Dr. X.\_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
2. Der Berufungsbeklagten wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und es wird ihr in der Person von Rechtsanwältin Dr. Y.\_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
3. Mitteilung mit nachstehendem Erkenntnis.

#### **Es wird erkannt:**

1. In teilweiser Gutheissung von Berufungsantrag 6 des Erstberufungsklägers werden Dispositiv-Ziffer 6 und Dispositiv-Ziffer 9 der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich, 5. Abteilung – Einzelgericht, vom 29. November 2019 aufgehoben und wie folgt neu gefasst:  
  
" 6. Der Kläger wird verpflichtet, sämtliche übrigen Kinderkosten (Bedarf der Kinder abzüglich Grundbetrag und Wohnkostenanteil bei beiden Parteien) zu bezahlen."  
  
"9. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten rückwirkend ab 29. November 2018 für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens persönliche Unterhaltsbeiträge von CHF 355.– pro Monat zu bezahlen.

Die Unterhaltsbeiträge sind an die Beklagte zahlbar, und zwar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats."

2. Berufungsantrag 7 des Erstberufungsklägers wird abgewiesen und auf Berufungsantrag 8 des Erstberufungsklägers wird nicht eingetreten.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt. Die Kosten für die Vertretung des Kindes werden mit separatem Entscheid festgesetzt.
4. Die Kosten (einschliesslich der noch festzusetzenden Kosten für die Vertretung des Kindes) werden den Parteien je hälftig auferlegt.
5. Zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege werden die Gerichtskosten einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht nach Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
6. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung – Einzelgericht, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

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

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG 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.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. R. Pfeiffer

versandt am: