

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE160071-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter Dr. M. Kriech
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Kirchheimer

Beschluss und Urteil vom 30. März 2017

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung, vom 31. Oktober 2016 (EE160143-L)**

Rechtsbegehren der Gesuchstellerin:

(Urk. 29 S. 2 f.)

- "1. Es sei den Parteien das Getrenntleben zu bewilligen, und es sei davon Vormerk zu nehmen, dass der Gesuchsgegner die eheliche Wohnung am 30. April 2016 bereits verlassen hat.
2. Das gemeinsame Kind, C._____, geb. tt.mm 2014, sei unter die Obhut der Mutter zu stellen.
3. Es sei ein gerichtsbliches Besuchsrecht anzuordnen.
4. Die eheliche Wohnung im D._____. ... [Adresse] in E._____ sei samt verbliebenem Mobiliar und Hausrat der Gesuchstellerin mit dem Kind zur alleinigen Benützung zuzuweisen.
5. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin per Ersten eines jeden Monats Unterhaltsbeiträge wie folgt zu bezahlen:

Für die Tochter C._____: CHF 1'100 zuzüglich gesetzlicher bzw. vertraglicher Kinderzulagen

Für die Gesuchstellerin persönlich: CHF 3'000
6. Der Gesuchsgegner sei weiter zu verpflichten, rückwirkend ab Mai 2016 die offenen Unterhaltsbeiträge nachzubezahlen.
7. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, seine Einkommens- und Vermögenssituation vollumfänglich offenzulegen, insbesondere sei er zu verpflichten, folgende Unterlagen einzureichen:
 - Kontoauszüge betreffend sämtliche Konten, die auf seinen Namen lauten;
 - Kontoauszüge auf sämtliche Konten, die auf das Geschäft des Gesuchsgegners lauten bzw. lauteten;
 - Alle weiteren Unterlagen, die zur Darstellung seiner finanziellen Situation notwendig sind.

Die Gesuchstellerin behält sich vor, die Unterhaltsansprüche nach Sichtung der Unterlagen über die Einkommens- und Vermögenssituation des Gesuchsgegners neu zu beziffern.
8. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, allfällige Steuerschulden zur alleinigen Bezahlung zu übernehmen.
9. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge, zuzüglich Mehrwertsteuer, zulasten des Gesuchsgegners."

Rechtsbegehren des Gesuchsgegners:

(Urk. 20 S. 1)

- "1. Es sei festzustellen, dass die Parteien seit 1. Mai 2016 getrennt leben.
2. Die Hauptbetreuung der gemeinsamen Tochter C._____, geb. tt.mm 2014, sei für die Dauer des Getrenntlebens der Mutter zuzuteilen und die Betreuungsanteile des Vaters zeitlich festzulegen.
3. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin für die Tochter C._____ monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 100.– zuzüglich Kinderzulagen zu bezahlen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzügl. MwSt) zulasten der Gesuchstellerin."

Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 31. Oktober 2016:

(Urk. 37 = Urk. 42)

1. Es wird festgehalten, dass die Parteien seit dem 30. April 2016 getrennt leben.
2. Die Obhut über die Tochter C._____, geboren am tt.mm 2014, wird für die Dauer des Getrenntlebens der Gesuchstellerin zugeteilt.

Die elterliche Sorge bleibt dagegen für die Dauer des Getrenntlebens bei beiden Elternteilen. Entsprechend sind sie verpflichtet, sämtliche wesentlichen Fragen der Pflege, Erziehung und Ausbildung der Kinder miteinander abzusprechen.

3. Der Gesuchsgegner wird für berechtigt und verpflichtet erklärt, die Tochter C._____ wie folgt auf eigene Kosten zu betreuen:
 - an jedem zweiten Wochenende von Samstag, 10.00 Uhr, bis Sonntag, 19.00 Uhr;
 - jeweils am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr;
 - in Jahren mit gerader Jahreszahl von Karfreitag, 10.00 Uhr, bis Ostermontag, 19.00 Uhr und in Jahren mit ungerader Jahreszahl an Pfingstsamstag, 10.00 Uhr, bis Pfingstmontag, 19.00 Uhr (das auf diese Feiertagsregelung folgende Wochenende verbringt die Tochter bei der Mutter, womit die abwechselnde Wochenendregelung von neuem beginnt);
 - vier Wochen Ferien pro Jahr.

Die Ausübung des Ferienbesuchsrechts hat der Gesuchsgegner mindestens drei Monate im Voraus mit der Gesuchstellerin abzusprechen. Können sie sich nicht einigen, so kommt dem Gesuchsgegner in Jahren mit gerader Jahreszahl das Entscheidungsrecht bezüglich der Aufteilung der Ferien zu; in Jahren mit ungerader Jahreszahl der Gesuchstellerin.

Eine abweichende Regelung der Betreuung in gegenseitiger Absprache bleibt vorbehalten.

4. Die eheliche Wohnung im D. _____, E. _____, wird, inkl. Hausrat und Mobilier, für die Dauer des Getrenntlebens der Gesuchstellerin und dem Kind zur alleinigen Benützung zugewiesen.
5. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin an den Unterhalt und die Erziehung des Kindes einen monatlichen Unterhaltsbeitrag in der Höhe von Fr. 1'100.–, inklusive vertraglicher und/oder gesetzlicher Kinderzulagen, zu bezahlen; zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, rückwirkend ab 1. Mai 2016.
6. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für sich persönlich Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 2'800.– zu bezahlen; zahlbar monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, rückwirkend ab 1. Mai 2016.
7. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, allfällige Steuerschulden für das Jahr 2015 zur alleinigen Bezahlung zu übernehmen.
8. Der Antrag der Gesuchstellerin auf Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages wird abgewiesen.
9. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 4'200.00 ; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. 468.75 Dolmetscherkosten

Fr. 4'068.75 Total [sic]

10. Die Kosten werden zu zwei Dritteln dem Gesuchsgegner und zu einem Drittel der Gesuchstellerin auferlegt, wobei der von der Gesuchstellerin zu tragende Kostenanteil zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege

einstweilen auf die Gerichtskasse genommen wird. Die Gesuchstellerin wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.

11. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'500.– zu bezahlen.
12. [Mitteilungssatz]
13. [Rechtsmittelbelehrung]

Berufungsanträge:

des Gesuchsgegners und Berufungsklägers (Urk. 41 S. 2):

- "1. In Abänderung von Dispositiv Ziff. 5 des Urteils vom 31. Oktober 2016 sei der Berufungskläger zu verpflichten, der Berufungsbeklagten für die gemeinsame Tochter C. _____ einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 100.-- zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Kinderzulagen zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus auf den Ersten jeden Monats.
2. Dispositiv Ziff. 6 des Urteils vom 31. Oktober 2016 sei aufzuheben.
3. In Abänderung von Dispositiv Ziff. 10 des Urteils vom 31. Oktober 2016 seien die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens zu $\frac{3}{4}$ der Gesuchstellerin aufzuerlegen und die Gesuchstellerin zu verpflichten, dem Gesuchsgegner für das vorinstanzliche Verfahren eine angemessene Prozessentschädigung (zuzügl. MwSt) zu bezahlen.
4. Dispositiv Ziff. 11 des Urteils vom 31. Oktober 2016 sei aufzuheben.
5. Dispositiv Ziff. 2 der Verfügung vom 31. Oktober 2016 sei aufzuheben und dem Berufungskläger für das erstinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung zu bewilligen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt) zu Lasten der Berufungsbeklagten."

der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (Urk. 48 S. 2):

- "1. Die Anträge des Berufungsklägers seien allesamt abzuweisen.
2. Es sei das Urteil und Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 31. Oktober 2016 in allen Punkten zu bestätigen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge, zuzüglich Mehrwertsteuer, zu Lasten des Berufungsklägers."

Erwägungen:

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Die Parteien sind seit dem tt. Mai 2006 verheiratet (Urk. 1A). Im Januar 2010 beantragte die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchstellerin) erstmals den Erlass von Eheschutzmassnahmen, zog ihr Gesuch jedoch kurz darauf wieder zurück (Urk. 2/1, 2/10 und 2/15). Am tt.mm 2014 kam die gemeinsame Tochter C._____ zur Welt. Seit dem 30. April 2016 leben die Parteien getrennt (Urk. 42 Dispositiv-Ziffer 1). Mit Eingabe vom 10. Mai 2016 machte die Gesuchstellerin bei der Vorinstanz das vorliegende Eheschutzverfahren anhängig (Urk. 1). Nachdem anlässlich der Hauptverhandlung vom 20. Juni 2016 keine Einigung zwischen den Parteien erzielt werden konnte (Prot. I S. 22), regelte die Vorinstanz mit dem eingangs wiedergegebenen Urteil vom 31. Oktober 2016 das Getrenntleben der Parteien und die damit verbundenen Nebenfolgen (Urk. 42). Der übrige Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann dem angefochtenen Entscheid entnommen werden (Urk. 42 E. I.).

2. Gegen das vorinstanzliche Urteil erhob der Gesuchsgegner und Berufungskläger (fortan Gesuchsgegner) mit Eingabe vom 14. November 2016 fristgerecht Berufung und stellte die eingangs wiedergegebenen Anträge sowie ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 41 S. 2). Die Berufungsantwortschrift datiert vom 19. Dezember 2016 (Urk. 48). Darin beantragte die Gesuchstellerin die Abweisung der Berufung und stellte ebenfalls ein Armenrechtsgesuch für das Rechtsmittelverfahren (Urk. 48 S. 2). Die Berufungsantwort wurde der Gegenpartei mit Verfügung vom 4. Januar 2017 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 52). Am 16. Januar 2017 reichte der Gesuchsgegner eine unaufgeforderte Stellungnahme ein, worin er diverse Noven vorbrachte (Urk. 53). Mit Verfügung vom 25. Januar 2017 setzte die Kammerpräsidentin der Gesuchstellerin Frist an, um zu den vom Gesuchsgegner neu eingereichten Unterlagen und neu aufgestellten Behauptungen Stellung zu nehmen (Urk. 56). Am 30. Januar 2017 teilte der Gesuchsgegner dem Gericht schriftlich mit, dass er per 1. Februar 2017 eine neue Arbeitsstelle antreten werde (Urk. 57). Dieses Schreiben wurde der Gegenpartei am 6. Februar

2017 zur Kenntnis gebracht (Urk. 60). Mit Rechtsschrift vom 13. Februar 2017 äusserte sich die Gesuchstellerin sowohl zur Eingabe des Gesuchsgegners vom 16. Januar 2017 als auch zu der von ihm neu geltend gemachten Arbeitsstelle (Urk. 61). Diese Eingabe der Gesuchstellerin wurde zusammen mit einer von ihr nachträglich eingereichten Beilage (Urk. 63) am 24. Februar 2017 der Gegenpartei zugestellt (Urk. 64). Mit Schreiben vom 9. März 2017 reichte der Gesuchsgegner eine weitere Beilage ins Recht (Urk. 65 und 66), welche zusammen mit dem vorliegenden Entscheid der Gesuchstellerin zugestellt wird.

3. Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-40).

II. Formelles

1. Die Einlegung der Berufung hemmt den Eintritt der Rechtskraft nur im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Vom Gesuchsgegner nicht angefochten wurden die Dispositiv-Ziffern 1 - 4 sowie die Ziffern 7 und 8. In diesem Umfang ist das vorinstanzliche Urteil in Rechtskraft erwachsen, was vorzumerken ist. Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens ist somit neben den Kosten- und Entschädigungsfolgen (Dispositiv-Ziffer 10 und 11) lediglich der Unterhaltsanspruch der Tochter sowie der Gesuchstellerin persönlich (Dispositiv-Ziffer 5 und 6). Darüber hinaus hat der Gesuchsgegner berufsungsweise auch die Dispositiv-Ziffer 2 der Verfügung vom 31. Oktober 2016 angefochten, worin sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das erstinstanzliche Verfahren abgewiesen wurde. Gemäss Art. 121 ZPO kann der Entscheid, mit welchem das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abgelehnt wurde, nur mit Beschwerde angefochten werden. Entsprechend wurde im Zusammenhang mit dem abgewiesenen Armenrechtsgesuch ein separates und eigenständiges Beschwerdeverfahren unter der Prozessnummer RE160015-O angelegt.

2. Gemäss Art. 272 ZPO gilt in eherechtlichen Summarverfahren der Untersuchungsgrundsatz. Dies bedeutet, dass das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt. Betreffend die Belange der Ehegatten untereinander gilt die Dis-

positionsmaxime (Art. 58 Abs. 1 ZPO), d.h. das Gericht ist an die Parteianträge gebunden. Bei Kinderbelangen und somit auch hinsichtlich des Kindesunterhaltes gelten demgegenüber die Official- und die Untersuchungsmaxime (Art. 296 ZPO). Im Berufungsverfahren gilt aber auch im Bereich der Untersuchungsmaxime die Rüge- bzw. Begründungsobliegenheit, was bedeutet, dass die Berufung führende Partei sich sachbezogen mit den Entscheidungsgründen der Vorinstanz im Einzelnen auseinandersetzen und konkret aufzuzeigen hat, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren der Vorinstanz falsch war. Dieser Anforderung genügt ein Berufungskläger nicht, wenn er lediglich auf die vor erster Instanz vorgetragenen Vorbringen verweist bzw. diese wiederholt, sich mit Hinweisen auf frühere Prozesshandlungen zufriedengibt oder den angefochtenen Entscheid in allgemeiner Weise kritisiert. Ungenügend sind auch pauschale Verweise auf Vorakten (BGer 4A_580/2015 vom 11. April 2016, E. 2.2, m.w.H.). Was nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden. In diesem Rahmen ist insoweit auf die Parteivorbringen einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 134 I 83 E. 4.1).

3. Überdies ist in prozessualer Hinsicht zu beachten, dass gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Die Berufungsinstanz soll zwar den erstinstanzlichen Entscheid umfassend überprüfen, nicht aber alle Sach- und Rechtsfragen völlig neu aufarbeiten und beurteilen. Das Berufungsverfahren steht gewissermassen auf den Schultern des erstinstanzlichen Entscheides und dient nicht dazu, dass die Parteien Versäumtes nachbessern können. Alles, was relevant ist, ist deshalb in das erstinstanzliche Verfahren einfließen zu lassen (ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 63 m.w.H.). Jede Partei, welche neue Tatsachen und Beweismittel vorbringt, hat zunächst zu behaupten und zu beweisen, dass dies ohne Verzug geschieht. Will eine Partei unechte Noven geltend machen, so trägt sie die Beweislast für die Zulässigkeit der Noven. Sie muss zusätzlich Behauptungen aufstellen und Beweise benennen, aus denen sich ergibt, dass ein Einbringen trotz zumutbarer Sorgfalt nicht bereits

vor Vorinstanz möglich war (Steininger, DIKE-Komm-ZPO, Art. 317 N 7; BGer 5A_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1 m.w.H.). Das Bundesgericht hat in Berufungsverfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen, eine analoge Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO abgelehnt und festgehalten, dass einzig die Novenregelung gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO massgeblich sei (BGE 138 III 625 E. 2.2.). Dies gilt gemäss Praxis der Kammer auch bei Verfahren in Kinderbelangen, in denen nach Art. 296 Abs. 1 ZPO der Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen ist (vgl. statt vieler *OGer ZH LE150049 vom 15.08.2016, E. II./2*). Der angefochtene Entscheid datiert vom 31. Oktober 2016 (Urk. 42). Insbesondere betreffend die Kinderbelange war der Sachverhalt durch die Vorinstanz von Amtes wegen abzuklären und Noven waren bis zur Urteilsberatung zu berücksichtigen (Art. 229 Abs. 3 ZPO). Soweit die im Rahmen des Berufungsverfahrens eingereichten Urkunden vor diesem Datum ergingen (unechte Noven), können sie zufolge Verspätung grundsätzlich keine Berücksichtigung mehr finden.

III. Materielle Beurteilung

A. Gegenstand der Berufung

1. Der Gesuchsgegner führt in seiner Berufungsschrift aus, dass er die vorinstanzliche Regelung betreffend Obhut und Betreuung der Tochter akzeptiere. Er anerkenne auch, dass der Gesuchstellerin zur Zeit kein Einkommen angerechnet werde, es sei denn, sie würde von sich aus wieder einer Erwerbstätigkeit nachgehen. Ebenfalls explizit anerkannt hat der Gesuchsgegner den von der Vorinstanz berechneten Bedarf der Gesuchstellerin. Nicht einverstanden ist der Gesuchsgegner hingegen mit der Höhe des ihm angerechneten (hypothetischen) Einkommens, der Bemessung seines Bedarfs und folglich der Festlegung der Unterhaltsbeiträge an die Gesuchstellerin und die gemeinsame Tochter (Urk. 41 S. 4).

2. Die Vorinstanz hat zutreffend dargelegt, unter welchen Voraussetzungen im Eheschutzverfahren Unterhaltsbeiträge geschuldet und wie diese zu berechnen sind (Urk. 42 S. 13 f.). Die Erstinstanz hat den Unterhaltsanspruch der Gesuchstellerin und der Tochter grundsätzlich nach der zweistufigen Methode (Existenz-

minimumberechnung mit Überschussverteilung) berechnet. Da die Gesuchstellerin jedoch keine Beteiligung am Freibetrag beantragt habe, sprach ihr die Vorinstanz gestützt auf die Dispositionsmaxime keinen Anteil am Überschuss zu. Entsprechend setzte die Vorinstanz den Unterhaltsbeitrag für die Gesuchstellerin und die Tochter auf insgesamt Fr. 3'900.– fest, was dem familienrechtlichen Bedarf der Gesuchstellerin entspricht (Urk. 42 S. 20 f.). Den Gesamtunterhalt von Fr. 3'900.– hat die Vorinstanz sodann wie folgt aufgeteilt: **Fr. 1'100.–** Kindesunterhalt für die Tochter (inklusive Familienzulagen) sowie **Fr. 2'800.–** für die Gesuchstellerin persönlich (Urk. 42 S. 24 f.). Dagegen hat die Gesuchstellerin kein Rechtsmittel erhoben, weshalb ihr im Rahmen der vorliegenden Berufung aufgrund des Verbots der "reformatio in peius" kein höherer Unterhaltsbeitrag zugesprochen werden kann. Darüber hinaus erscheint die zweistufige Berechnungsmethode den vorliegenden Verhältnissen angemessen und wurde von den Parteien im Berufungsverfahren auch nicht gerügt.

B. Einkommen des Gesuchsgegners

1. Nach eigenen Angaben ist der Gesuchsgegner 2001 in die Schweiz gekommen und in den ersten Jahren in verschiedenen Hilfstätigkeiten im Gastronomiebereich, in Bäckereien und als Fahrer tätig gewesen. Im Jahr 2013 habe er dann die Transportunternehmung F._____ als Einzelfirma gegründet. Mit seinem Lastwagen habe er vorwiegend Aufträge in der Baubranche ausgeführt, am Ende vor allem für die G._____ AG (Urk. 20 S. 8). Im vorinstanzlichen Verfahren brachte der Gesuchsgegner im Zusammenhang mit seiner Selbständigkeit vor, die Belastung sowie die Verantwortung seien sehr hoch gewesen. Darüber hinaus sei auch das Geschäftsrisiko bei nur einem Hauptauftraggeber beträchtlich gewesen, was ihn seit der Geburt der Tochter zunehmend belastet habe. Dazu seien noch die Eheprobleme mit der Gesuchstellerin gekommen, weshalb er vermehrt beim Glücksspiel "Trost" gesucht habe, was wiederum die Beziehung zwischen den Parteien in Mitleidenschaft gezogen habe. Er habe sich daher im Laufe des Jahres 2015 entschlossen, seine Firma zu verkaufen und wieder eine Anstellung als Chauffeur ohne Zusatzbelastung zu suchen. Die Gesuchstellerin habe von diesen Plänen Kenntnis und nichts dagegen einzuwenden gehabt. Beide Parteien hätten

sich davon eine Entspannung und Verbesserung der familiären Situation erhofft. Ende 2015 habe der Gesuchsgegner dann die Einzelunternehmung mitsamt den firmeneigenen Last- und Personenwagen an seinen Bruder verkauft, welcher zur Weiterführung des Geschäfts die F._____ GmbH gegründet habe. In dieser neu gegründeten Transportunternehmung habe der Gesuchsgegner eine feste Anstellung als Chauffeur mit einem Bruttolohn von monatlich Fr. 4'500.– erhalten und sei neben seinem Bruder auch als Geschäftsführer im Handelsregister eingetragen worden (Urk. 20 S. 8 f.; vgl. auch Prot. I S. 16 ff.).

2. Die Vorinstanz hielt im Zusammenhang mit dem Einkommen des Gesuchsgegners fest, es sei auffallend, dass der Verkauf der Firma an den Bruder in keiner Weise dokumentiert worden sei. Der Verkauf einer stabilen und intakten Einzelfirma inklusive firmeneigener Fahrzeuge müsse einen beträchtlichen Gewinn abgeworfen haben. Es erstaune daher, dass diesbezüglich keinerlei Belege existierten und der Gesuchsgegner weder Angaben über die Höhe des Verkaufserlöses mache noch angebe, wohin dieses Geld geflossen sei. Bereits dies lasse Zweifel an den Aussagen des Gesuchsgegners aufkommen (Urk. 42 S. 17 f.).

Auch die Begründung, weshalb es zu einem Verkauf der Firma gekommen sei, überzeuge nicht – so die Vorinstanz weiter. Die F._____ GmbH sei nach wie vor im exakt selben Geschäftsfeld tätig wie die frühere Firma des Gesuchsgegners. Inwiefern der Gesuchsgegner nun aufgrund des Anstellungsvertrags besser gestellt sein sollte, sei schlicht nicht ersichtlich. Zudem werde der Gesuchsgegner als Geschäftsführer mit Einzelzeichnungsberechtigung der F._____ GmbH geführt. Somit habe sich auch an seinem Aufgabenbereich nichts geändert. Der Gesuchsgegner sei somit nach wie vor als Geschäftsführer für die selbe Firma tätig, welche sich lediglich in einem anderen Rechtskleid präsentiere. Einzig der Lohn solle sich mehr als halbiert haben. Dafür lasse sich schlicht keine plausible Erklärung finden. So sei gänzlich schleierhaft, weshalb der Gesuchsgegner ein Anstellungsverhältnis mit einem Nettoeinkommen von Fr. 3'866.– eingehen sollte, wenn er mit diesem Einkommen nicht einmal den von ihm selbst geltend gemachten Notbedarf decken könne. Geradezu lebensfremd sei sodann die Behauptung, dass die Gesuchstellerin auch noch zu einem solchen Vorgehen ihr Einverständ-

nis gegeben haben sollte, zumal der Bedarf der Familie mit diesem Lohn offensichtlich nicht hätte gedeckt werden können. Schliesslich verfange auch der letzte Begründungsansatz des Gesuchsgegners nicht, wonach die Lohnreduktion deshalb erfolgt sei, weil die Parteien Wert auf ihre Beziehung hätten legen wollen. Bei näherer Betrachtung des Zeitablaufs werde klar, dass der Gesuchsgegner bereits beim Verkauf der Firma die Trennung ins Auge gefasst habe. Bei Unterzeichnung des Arbeitsvertrages am 1. Januar 2016 habe der Gesuchsgegner bereits gewusst, dass er zukünftig an der H._____strasse in I._____ wohnen und somit die Gesuchstellerin verlassen werde. Angesichts dessen, dass der Gesuchsgegner die Trennung über Monate vorbereitet habe, sei nicht glaubhaft, dass der Verkauf der Firma im Hinblick auf eine Intensivierung der familiären Beziehung stattgefunden haben solle (Urk. 42 S. 18-20).

Zusammengefasst könne festgehalten werden, dass die Aussagen des Gesuchsgegners nicht glaubhaft seien. Es sei nach wie vor davon auszugehen, dass er Eigentümer und Geschäftsführer der Firma F._____ (GmbH) sei, welche lediglich unter einem neuen Rechtskleid auftrete. Da sich weder an den Aufgaben des Gesuchsgegners noch am Tätigkeitsbereich der Firma etwas geändert habe, könne hinsichtlich seines Einkommens auf die Vorjahre verwiesen werden. Der Gesuchsgegner habe zwar auch diesbezüglich nicht glaubhaft darlegen können, weshalb sich sein Einkommen im Jahr 2015 im Vergleich zum Vorjahr fast halbiert habe. Mit Einkommensschwankungen habe indessen jeder, der selbständig tätig sei, zu rechnen und zu leben. Somit sei für die Berechnung des Einkommens des Gesuchsgegners auf die Steuererklärungen der Jahre 2014 und 2015 abzustellen. Damit sei von einem monatlichen Nettoeinkommen von rund Fr. 9'750.– auszugehen (Urk. 41 S. 17-20).

3. Der Gesuchsgegner rügt berufungsweise die Einkommensberechnung der Vorinstanz. Das Jahr 2013 sei noch sehr gut gelaufen. Er habe sehr viele Aufträge gehabt und einen hohen Umsatz sowie ein gutes Einkommen erzielt. Im Jahr 2014 seien die Aufträge dann aber leider nicht wie erwartet angestiegen. Um keine Verluste zu machen und weiterhin rentabel zu bleiben, habe er einen der beiden Lastwagen im Oktober 2014 verkauft und den angestellten Chauffeur per En-

de September 2014 entlassen müssen. Der nach Begleichung aller Kosten verbliebene Erlös aus dem Verkauf des Lastwagens von Fr. 54'184.54 sei als ausserordentlicher Erfolg verbucht worden. Das Betriebsergebnis für das Jahr 2014 sei daher um diese ausserordentliche Einnahme zu reduzieren. Im Jahr 2015 seien die Aufträge dann zurückgegangen und die Erträge um ca. 40% gesunken. Aufträge seien überhaupt nur noch von der G._____ AG gekommen. Den Gesuchsgegner habe die Unregelmässigkeit der Arbeit und die Unsicherheit seiner Einkünfte zunehmend belastet, was zu zusätzlichen Spannungen und Streitigkeiten zwischen den Parteien geführt habe. Der Gesuchsgegner habe daher beschlossen, sich wieder anstellen zu lassen, um mehr Zeit und Kraft für die Ehe und Familie zu haben, womit die Gesuchstellerin einverstanden gewesen sei. So habe er Ende 2015 den Lastwagen und den PKW der Firma für Fr. 35'000.– verkauft und in der von seinem Bruder neu gegründeten GmbH eine feste Anstellung als Chauffeur mit einem monatlichen Bruttolohn von Fr. 4'500.– erhalten. Leider habe sich die Auftragslage im Jahr 2016 weiter verschlechtert. Die Bruttoeinnahmen im ersten Halbjahr 2016 hätten sich auf lediglich Fr. 84'000.– belaufen. Die Tendenz sei leider weiter sinkend. Die Firma könne so nicht mehr hinreichend rentieren und der Bruder des Gesuchsgegners habe sich deshalb entschlossen, die Unternehmung aufzugeben, den LKW zu verkaufen und definitiv zu seiner Familie nach Deutschland zu ziehen. Dem Gesuchsgegner sei infolgedessen im November 2016 per Ende Jahr gekündigt worden. Per 1. Januar 2017 werde er sich eine neue Stelle suchen müssen (Urk. 41 S. 5-7).

Den Umstand, dass der Verkauf der Einzelunternehmung an den Bruder nicht dokumentiert sei, begründet der Gesuchsgegner damit, dass ausser dem Lastwagen gar nichts veräussert worden sei. Wie unter Familienangehörigen in diesem Kulturkreis üblich, seien die mündlichen Abmachungen nicht schriftlich festgehalten worden. Die Kaufpreiszahlung sei in bar erfolgt. Die Verwendung des Verkaufserlöses habe der Gesuchsgegner bereits vor Vorinstanz offengelegt. Überdies bestritt der Gesuchsgegner in seiner Berufungsschrift, dass er beim Abschluss des neuen Arbeitsvertrages bereits gewusst haben soll, dass er aus der ehelichen Wohnung ausziehen werde. Die Erwägung der Vorinstanz, wonach der Arbeitsvertrag bereits am 1. Januar 2016 aufgesetzt und unterzeichnet worden

sei, treffe nicht zu. Das vorgedruckte Datum auf dem Arbeitsvertrag entspreche nicht dem Datum der effektiven Vertragsunterzeichnung. Dass der Gesuchsgegner ferner bereits beim Verkauf des Lastwagens im Dezember 2015 "die Trennung ins Auge gefasst hatte", wie die Vorinstanz ihm unterstelle, sei durch nichts belegt und treffe nicht zu (Urk. 41 S. 8, 10 f.).

Selbst wenn davon auszugehen wäre, dass der Gesuchsgegner wirtschaftlich Berechtigter der F. _____ GmbH gewesen sei, so wäre sein Einkommen mit Fr. 9'750.– jedenfalls ungerechtfertigt hoch bemessen worden. Der Gesuchsgegner habe schon an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung ausgeführt, dass die Aufträge von 2014 bis 2015 erheblich zurückgegangen seien. Er habe damit sehr wohl glaubhaft dargelegt, warum sein Einkommen im Jahr 2015 gesunken sei. Leider sei es im Jahr 2016 zu einem weiteren Rückgang der Aufträge gekommen. Zur Bemessung des aktuellen und künftigen Einkommens könne daher keinesfalls auf das Jahr 2014 abgestellt werden, sondern es wäre das Einkommen für das Jahr 2015 von Fr. 7'131.– als Grundlage zu nehmen und dieses in Anbetracht der sich weiter verschlechterten Auftragslage auf maximal Fr. 4'800.– zu reduzieren. Dies entspreche dem Einkommen der Vorjahre unter Ausklammerung der aussergewöhnlichen Jahre 2014 und 2015 (Urk. 41 S. 11 f.).

Ferner beanstandet der Gesuchsgegner vor Obergericht, dass ihm die Vorinstanz zu Unrecht ein hypothetisches Einkommen angerechnet habe. Er habe seine Einzelfirma aufgegeben und den Lastwagen an seinen Bruder verkauft. Der Vorgang sei definitiv und lasse sich nicht rückgängig machen. Der Gesuchsgegner habe nicht die Mittel, um die Firma bzw. den Lastwagen zurückzukaufen. Nun habe er sogar die Kündigung erhalten und sein Bruder werde die Firma an einen Dritten veräussern. Der Gesuchsgegner habe keinen Zugriff auf die Einnahmen der GmbH; er erhalte lediglich seinen fixen Monatslohn. Er habe somit nicht die Möglichkeit, mehr als sein effektives Einkommen zu erzielen. Selbst wenn die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens zulässig wäre, sei die Bestimmung der Höhe desselben durch die Vorinstanz mit Fr. 9'750.– geradezu willkürlich. Bei schwankendem Einkommen sei auf einen Durchschnittswert einer als massgebend zu erachtenden Zeitspanne abzustellen. Wie bereits vor Vorinstanz geltend

gemacht, seien die Auftragslage und die Gewinne der Transportunternehmung rückläufig. Zur Bemessung des Einkommens könne daher keinesfalls auf das Jahr 2014 abgestellt werden (Urk. 41 S. 12 f.).

Mit Eingabe vom 30. Januar 2017 brachte der Gesuchsgegner schliesslich vor, dass er per 1. Februar 2017 eine neue Stelle als Lastwagenchauffeur gefunden habe. Der Bruttolohn betrage monatlich Fr. 4'600.–. Dies entspreche einem Nettoeinkommen von rund Fr. 3'950.– pro Monat (Urk. 57, Urk. 59/1).

4. Die Gesuchstellerin bringt vor Obergericht zusammengefasst vor, es sei mit der Vorinstanz von einem hypothetischen monatlichen Nettoeinkommen des Gesuchsgegners von Fr. 9'750.– auszugehen. Angesichts der offensichtlichen Sach- und Aktenlage sei eine entsprechende Einkommenssteigerung durchaus möglich und zumutbar (Urk. 48 S. 7).

Es werde ausdrücklich bestritten, dass der Gesuchsgegner für die Aufgabe der selbständigen Erwerbstätigkeit und für die Anstellung bei seinem Bruder das Einverständnis der Gesuchstellerin eingeholt hätte. Er habe während des gesamten Zusammenlebens nie mit seiner Ehefrau über seine geschäftliche Tätigkeit gesprochen. Für den angeblichen Verkauf des Last- und Personenwagens an seinen Bruder bzw. an dessen neu gegründete GmbH lege der Gesuchsgegner keine Nachweise vor. Ebenso sei nicht bekannt, wie hoch der echte Verkaufspreis gewesen sei, wie der Bruder dies habe finanzieren können und was der Gesuchsgegner mit dem Erlös getan habe. Die Bestätigung des Gesuchsgegners, wonach für beide Fahrzeuge Fr. 35'000.– in bar bezahlt worden seien (Urk. 34/3), sei unglaubwürdig. Der gesamte Verkauf der Einzelfirma an den Bruder des Gesuchsgegners sei nicht dokumentiert worden, weil eben kein eigentlicher Verkauf stattgefunden habe. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz sei davon auszugehen, dass der Gesuchsgegner nach wie vor der eigentliche wirtschaftlich Berechtigte der Firma F. _____ (GmbH) sei, welche lediglich unter einem neuen Rechtskleid auftrete. Das sehe man nicht zuletzt daran, dass sich an den Aufgaben und Kompetenzen des Gesuchsgegners praktisch nichts verändert habe. Er könne das Geschäft weiterhin mit der Einzelzeichnungsberechtigung alleine führen, erhalte jedoch im Vergleich zu früher lediglich rund einen Drittel des Lohnes. Über-

dies sei es widersinnig und nicht nachvollziehbar, dass der Bruder des Gesuchsgegners nach dem angeblichen Kauf der Unternehmung und der Gründung der GmbH noch immer einer Nebenbeschäftigung als Chauffeur nachgegangen sei, statt sich voll und ganz seiner neuen Gesellschaft und deren Transportgeschäft zu widmen (Urk. 48 S. 4 ff.).

5. Aus der vorstehenden Zusammenfassung der Parteivorbringen ist ersichtlich, dass der Gesuchsgegner im Zusammenhang mit dem Verkauf seiner Einzelunternehmung im Berufungsverfahren zahlreiche (unechte) Noven vorbringt, ohne darzutun, dass die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO erfüllt sind. Insbesondere erklärt der Gesuchsgegner nicht, weshalb es ihm trotz zumutbarer Sorgfalt nicht möglich gewesen wäre, diese Tatsachen bereits im erstinstanzlichen Verfahren vorzubringen. Vor Vorinstanz begründete der Gesuchsgegner den Verkauf seiner Firma noch mit der hohen Verantwortung bzw. (Arbeits-)Belastung sowie der erhofften Entspannung und Verbesserung der familiären Situation (Urk. 20 S. 8; Urk. 27 S. 2; Prot. I S. 17 ff.). Dies bestätigt auch der Gesuchsgegner selbst in seiner Berufungsschrift: *"Der Gesuchsgegner hat als Grund für den Verkauf der Firma in erster Linie das Bedürfnis nach mehr Sicherheit / weniger Risiko und das Bestreben, mehr Kraft und Aufmerksamkeit für die eheliche Beziehung aufzuwenden, angegeben"* (Urk. 41 S. 9). Nachdem die Vorinstanz den Argumenten des Gesuchsgegners nicht gefolgt ist, scheint es so, als versuche er nun im Berufungsverfahren, den Firmenverkauf mit anderen bzw. weiteren Tatsachenbehauptungen zu rechtfertigen. In seiner Berufungsschrift konzentriert sich der Gesuchsgegner sodann vorwiegend auf die wirtschaftliche Lage seiner im Jahr 2013 gegründeten Einzelunternehmung und bringt diesbezüglich diverse neue Tatsachen vor. So behauptet er erstmals vor Obergericht, dass die Aufträge im Jahr 2014 nicht wie erwartet angestiegen seien, weshalb er – um Verluste abzuwenden – einen Lastwagen habe verkaufen und den angestellten Chauffeur entlassen müssen (Urk. 41 S. 5). Der Vertrag betreffend den Verkauf des Lastwagens datiert vom 1. Oktober 2014 (Urk. 45/5) und hätte problemlos bereits vor Erstinstanz vorgelegt werden können. Dasselbe gilt für den Kontoauszug per 3. Oktober 2014, aus welchem die Gutschrift für den LKW-Verkauf hervorgeht (Urk. 45/6). Weiter führt der Gesuchsgegner erstmals aus, dass im Jahr 2015 die

G._____ AG die einzige Auftraggeberin überhaupt gewesen sei, was zu einer erheblichen Erhöhung des Geschäftsrisikos geführt habe (Urk. 41 S. 5). Schliesslich macht der Gesuchsgegner im Berufungsverfahren erstmals Ausführungen zur Auftragslage im Geschäftsjahr 2016 und reicht diesbezüglich als Novum den Halbjahresabschluss der F._____ GmbH ins Recht (Urk. 41 S. 6; Urk. 45/8). Wie einleitend bereits ausgeführt, können solche unechten Noven im Berufungsverfahren nicht mehr berücksichtigt werden, zumal der Gesuchsgegner nicht nachweist, dass das Vorbringen ohne Verzug geschieht und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht bereits vor Vorinstanz möglich war (vgl. vorstehend E.II./3).

6. Bei der Unterhaltsberechnung ist grundsätzlich vom tatsächlich erzielten Einkommen der Ehegatten auszugehen. Soweit dieses Einkommen allerdings nicht ausreicht, um den ausgewiesenen Bedarf der Familie zu decken, kann dem Unterhaltsschuldner ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden, sofern bei gutem Willen bzw. bei zumutbarer Anstrengung eine reale Möglichkeit der Einkommenssteigerung besteht. Aus welchem Grund ein Ehegatte auf das ihm angerechnete höhere Einkommen verzichtet, ist im Prinzip unerheblich. Unterlässt es ein Ehegatte aus bösem Willen oder aus Nachlässigkeit oder verzichtet er freiwillig darauf, ein für den Familienunterhalt ausreichendes Einkommen zu erzielen, kann auf das höhere hypothetische Einkommen abgestellt werden, das er bei gutem Willen verdienen könnte. Diesen Grundsatz hat das Bundesgericht für sämtliche Matrimonialsachen festgehalten (BGE 137 III 118 E. 2.3; BGE 128 III 4 E. 4a; BGE 117 II 16 E. 1b). Es ist dabei grundsätzlich unzulässig, rückwirkend von einem höheren hypothetischen Einkommen des Pflichtigen auszugehen. Eine Rückwirkung kann jedoch unter Umständen dem Willkürverbot standhalten, wenn dem Unterhaltsschuldner ein unredliches Verhalten vorgeworfen werden kann, oder wenn die geforderte Umstellung seiner Lebens- bzw. Einkommensverhältnisse vorhersehbar war (BGer 5A_636/2013 vom 21. Februar 2014, E. 5 m.w.H.; BGer 5P.79/2004 vom 10. Juni 2004, E. 4.3). Das Gleiche gilt, wenn der Schuldner freiwillig sein Einkommen vermindert, obwohl er weiss oder wissen müsste, dass ihm die Pflicht zur Übernahme von Unterhaltsverpflichtungen oblag. In einem solchen Fall kann ihm willkürfrei rückwirkend ab dem Zeitpunkt der Verminderung das zuvor erzielte höhere Einkommen angerechnet werden

(BGer 5A_372/2016 vom 18. November 2016, E. 3.1, mit Verweis auf BGer 5A_453/2015 vom 4. November 2015, E. 2.1; BGer 5A_318/2014 vom 2. Oktober 2014, E. 3.1.3.2; BGer 5A_317/2011 vom 22. November 2011, E. 6, nicht publiziert in BGE 137 III 614). Somit gilt es im Folgenden zu prüfen, ob dem Gesuchsgegner ein unredliches Verhalten vorgeworfen werden kann bzw. ob er sein Einkommen freiwillig vermindert hat, obwohl er von seiner Unterhaltspflicht Kenntnis hatte.

6.1 Nach eigenen Angaben des Gesuchsgegners hat er die Einzelunternehmung F._____ im Jahr 2013 gegründet (Urk. 41 S. 4), was sich ebenfalls aus dem Handelsregister des Kantons Zürich ergibt: Gemäss Auszug vom 14. Juni 2016 wurde die F._____ am 9. Januar 2013 ins Handelsregister eingetragen und bezweckte die "Durchführung von nationalen und internationalen Gütertransporten" (Urk. 19/13). Im März 2013 hat der Gesuchsgegner seinen Bruder als Chauffeur eingestellt (Urk. 41 S. 4) und erwirtschaftete so im ersten Geschäftsjahr bereits einen "Bruttoertrag Transporte" von Fr. 436'737.–. Neben den übrigen Aufwendungen bezahlte der Gesuchsgegner im Gründungsjahr 2013 insbesondere "Gehälter" von Fr. 40'500.– aus und erzielte schliesslich einen Jahresgewinn von **Fr. 58'804.–** (Urk. 19/5). Im darauffolgenden Jahr erhöhte sich der Bruttoertrag aus den Transportaufträgen auf Fr. 447'234.–, was zu einem Gewinn von Fr. 148'588.– führte (Urk. 19/5). Der Gesuchsgegner bringt vor, dieses Ergebnis müsse zunächst um die Nachforderung der SVA für persönliche Sozialversicherungsbeiträge korrigiert werden. Die entsprechende Rechnung über Fr. 11'131.85 (unter Berücksichtigung der bereits geleisteten Zahlung von Fr. 7'216.20) datiert vom 23. Dezember 2016 und wäre demnach als echtes Novum zu berücksichtigen (Urk. 55/5). Dieser Rechnung ist jedoch zu entnehmen, dass sich die gesamten persönlichen Beiträge "Januar - Dezember 2014 definitiv AHV/IV/EO Selbständigerwerbend" auf Fr. 15'918.– belaufen. Zusammen mit den Beiträgen an die Familienausgleichskasse "FAK" (Fr. 1'512.–) sowie den Verwaltungskosten (Fr. 397.80) hatte der Gesuchsgegner somit für das Jahr 2014 Sozialversicherungsbeiträge von insgesamt Fr. 17'827.80 zu leisten (Urk. 55/5). Entgegen der Behauptung des Gesuchsgegners (Urk. 53 S. 4) wurden diese Aufwendungen in der Erfolgsrechnung 2014 (Konto 5701) mit Fr. 17'882.20 bereits berücksichtigt

(Urk. 19/5), was auch aus dem "Hilfsblatt A" der Steuererklärung 2014 hervorgeht (Urk. 19/4). Entsprechend sind die nun definitiv berechneten und dem Gesuchsgegner in Rechnung gestellten Beiträge (Urk. 55/5) nicht vom Jahresergebnis abzuziehen, da sie ansonsten zweimal berücksichtigt würden. Nicht zu berücksichtigen ist ebenfalls der vom Gesuchsgegner erstmals vor Obergericht vorgebrachte (angebliche) Verkauf des Lastwagens im Oktober 2014 als ausserordentlicher Ertrag (Urk. 41 S. 5; Urk. 53 S. 2; Urk. 45/5; Urk. 45/6). Wie vorstehend ausgeführt, handelt es sich dabei um ein unzulässiges (unechtes) Novum, und zudem ist nicht belegt, dass es sich beim vorgebrachten ausserordentlichen Ertrag von Fr. 54'184.54 tatsächlich um den angeblich für Fr. 104'760.– verkauften Lastwagen handelt. Nach dem Gesagten ist für das Geschäftsjahr 2014 von einem Betriebsgewinn von **Fr. 148'588.–** auszugehen (Urk. 19/4). Im Jahr 2015 sank der Umsatz auf Fr. 226'875.–, wobei am Ende des Jahres nach wie vor ein Gewinn von **Fr. 85'572.–** resultierte (Urk. 19/5). Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Gesuchsgegner den angestellten Chauffeur – nach eigenen Angaben (Urk. 41 S. 5) – bereits per Ende September 2014 entlassen hatte (Urk. 19/5), weshalb der Gesuchsgegner im Jahr 2015 der einzige Chauffeur der F._____ war.

6.2 Zusammenfassend hat der Gesuchsgegner mit seiner Einzelunternehmung in den Jahren 2013 bis und mit 2015 einen Gewinn von durchschnittlich jährlich **Fr. 97'655.–** bzw. Fr. 8'138.– pro Monat erzielt. Dabei ist ersichtlich, dass der Gewinn im Jahr 2015 im Vergleich zum Vorjahr tatsächlich zurückgegangen ist. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz hat indessen jeder Selbständigerwerbende mit Einkommensschwankungen zu rechnen und zu leben (Urk. 42 S. 20). Aus diesem Grund ist bei unregelmässigem oder schwankendem Einkommen auch auf den Durchschnittswert einer genügend langen Vergleichsperiode abzustellen. Ein Gewinnrückgang in einem einzelnen Jahr lässt auf jeden Fall noch nicht auf eine negative Entwicklungstendenz schliessen. Zumal zu berücksichtigen ist, dass der Gesuchsgegner im Jahr 2015 – im Unterschied zu den beiden Vorjahren – keinen angestellten Chauffeur mehr beschäftigte. Daher lässt sich das Jahr 2015 auch nicht unbesehen mit den beiden Vorjahren vergleichen. Sieht man sich die Zahlen des Jahres 2014 an (Urk. 19/5), ist nicht nachvollziehbar, weshalb der Gesuchsgegner behauptet, er hätte aus wirtschaftlichen Gründen im Herbst einen

Lastwagen verkaufen und den angestellten Chauffeur entlassen müssen (Urk. 41 S. 5). Seit der Gründung der Einzelunternehmung war 2014 das ertragreichste Jahr. Aus den Akten ergeben sich sodann auch keine Hinweise dafür, dass die Aufträge plötzlich drastisch zurückgegangen wären oder der Hauptauftraggeber unvorhergesehen abgesprungen wäre. So erzielte der Gesuchsgegner (als einziger Chauffeur) auch im Jahr 2015 noch einen ansehnlichen Gewinn von durchschnittlich Fr. 7'131.– pro Monat (Fr. 85'572 : 12; Urk. 41 S. 10 oben). Die weitere Entwicklung der Geschäftslage nach dem Verkauf der Unternehmung im Jahr 2016 kann im vorliegenden Berufungsverfahren schliesslich nicht berücksichtigt werden. Bei den entsprechenden Ausführungen (Urk. 41 S. 6) handelt es sich wiederum um unzulässige (unechte) Noven. Soweit ersichtlich hat der Gesuchsgegner im vorinstanzlichen Verfahren die angeblich schlechte Auftragslage im Jahr 2016 nicht vorgebracht und begründet auch nicht, weshalb er dies erst(mals) vor Obergericht tut. Aus demselben Grund ist auch der Halbjahresabschluss der F._____ GmbH (Urk. 45/8) nicht zu berücksichtigen. Der angefochtene Entscheid datiert vom 31. Oktober 2016, weshalb es dem Gesuchsgegner möglich und zumutbar gewesen wäre, den Geschäftsabschluss per 30. Juni 2016 bereits vor Vorinstanz (wenn nötig mittels einer Noveneingabe) ins Recht zu legen. Dieses Versäumnis kann nun im Rechtsmittelverfahren nicht mehr nachgeholt werden. Somit kann die Gewinnentwicklung im Jahr 2016 im Berufungsverfahren aufgrund des Novenverbots gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO keine Berücksichtigung finden.

6.3 Nach dem Gesagten handelte es sich bei der Einzelfirma F._____ um eine intakte und profitable Unternehmung mit einem durchschnittlichen Jahresgewinn zwischen 2013 und 2015 von Fr. 97'655.–. Auch im Jahr 2015 erzielte der Gesuchsgegner – trotz behaupteter schlechter Auftragslage – noch einen Gewinn von monatlich Fr. 7'131.–. Somit kann keineswegs behauptet werden, ein Verkauf der Firma sei aus ökonomischen Gründen angebracht, geschweige denn zwingend notwendig gewesen. Eine Weiterführung der Einzelunternehmung wäre aus wirtschaftlicher Sicht durchaus zumutbar gewesen.

6.4 Darüber hinaus vermögen auch die bereits vor Vorinstanz erfolglos vorgebrachten Gründe für einen Verkauf nicht zu überzeugen.

6.4.1 Die vom Gesuchsgegner behauptete hohe Belastung und Verantwortung sowie das mit einer selbständigen Erwerbstätigkeit einhergehende Risiko ist durchaus nachvollziehbar. Auch der damit zusammenhängende Wunsch nach mehr Sicherheit bzw. weniger Risiko ist grundsätzlich verständlich und kommt wohl bei jedem Selbständigerwerbenden hin und wieder auf. Dies allein rechtfertigt die Aufgabe einer rentablen Einzelfirma jedoch nicht. Vor Vorinstanz hat die Rechtsvertreterin des Gesuchsgegners vorgetragen, die Trennung von seiner Tochter habe den Gesuchsgegner sehr mitgenommen. Sein psychisches Befinden ab Februar 2016 sei sehr schlecht gewesen. Er habe erwogen, die Schweiz zu verlassen und in die Türkei zurückzukehren, habe sich dann aber entschlossen, in der Schweiz zu bleiben, um für seine Tochter da sein zu können. Sie sei das Einzige, was ihn hier noch halte (Urk. 20 S. 9). In den Akten finden sich keine Hinweise auf gesundheitliche oder psychische Probleme, welche eine selbständige Erwerbstätigkeit als unzumutbar erscheinen lassen würden. Wäre der Gesuchsgegner alleinstehend und hätte weder eine Ehefrau und noch ein Kind, stünde es ihm selbstverständlich frei, seine selbständige Erwerbstätigkeit jederzeit aufzugeben, um die berufliche Belastung zu reduzieren. Die Parteien sind jedoch nach wie vor verheiratet und schulden einander Treue und Beistand und haben gemeinsam für den gebührenden Unterhalt der Familie zu sorgen. Bestehen also familiäre Unterhaltsverpflichtungen (vor allem gegenüber minderjährigen Kindern), muss der Unterhaltsverpflichtete das ihm Zumutbare unternehmen, um seinen Unterhaltspflichten nachzukommen. In diesem Umfang ist der Unterhaltsschuldner in seiner Lebensgestaltung und beruflichen Entscheidungsfreiheit eingeschränkt. Geht die Einkommensverminderung auf eine freiwillige und einseitige Entscheidung des Unterhaltspflichtigen zurück, so ist eine solche Verschlechterung grundsätzlich unbeachtlich. Der Unterhaltsschuldner soll die Folgen seines einseitig getroffenen Entscheides selber tragen und nicht auf den Unterhaltsgläubiger abwälzen können (*OGer ZH LE150076 vom 25.04.2016, E. II./7.1c*). Nach dem Gesagten rechtfertigte auch der Wunsch des Gesuchsgegners nach mehr Sicherheit und weniger Risiko den Verkauf seiner intakten Einzelfirma nicht.

6.4.2 Schliesslich behauptet der Gesuchsgegner, er habe sein Geschäft aufgegeben, um mehr Zeit und Kraft für die eheliche Beziehung aufwenden zu können,

womit die Gesuchstellerin einverstanden gewesen sei. Die Gesuchstellerin hat bereits anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung ausdrücklich bestritten, dass sie vom Verkauf der Unternehmung Kenntnis hatte. Sie habe erst nach dem Auszug des Gesuchsgegners erfahren, dass er die Firma auf den Namen seines Bruders habe übertragen lassen (Prot. I S. 13). Andere Beweismittel, mit welchen der Gesuchsgegner das Einverständnis der Gesuchstellerin zum Verkauf der Firma nachweisen könnte, offeriert er nicht (Urk. 20 S. 8; Urk. 41 S. 5 f.). In Übereinstimmung mit der Vorinstanz ist es auch nicht glaubhaft, dass die Gesuchstellerin zu einem solchen Vorgehen ihr Einverständnis gegeben haben soll, zumal der Bedarf der Familie mit dem neuen Lohn offensichtlich nicht mehr hätte gedeckt werden können (Urk. 42 S. 19). Sodann führt der Gesuchsgegner in seiner Berufungsschrift selbst aus, dass die Parteien schon lange getrennte Zimmer gehabt hätten. Im August 2015 habe die Gesuchstellerin die Polizei gerufen und habe dem Gesuchsgegner ab dann wiederholt mit Gewaltschutzmassnahmen gedroht. Die Gesuchstellerin habe schliesslich vom Gesuchsgegner verlangt, dass er aus der ehelichen Wohnung ausziehe, da sie ihn nicht mehr liebe und nicht mehr mit ihm zusammenleben wolle (Urk. 41 S. 11). Nach diesen Ausführungen des Gesuchsgegners erscheint es nicht glaubhaft, dass die Parteien sich in gegenseitigem Einverständnis auf eine Einkommensreduktion von über 50% auf (netto) unter Fr. 4'000.– geeinigt hätten, um so eine Verbesserung und Entspannung der familiären Situation herbeizuführen. Nach dem Gesagten konnte der Gesuchsgegner nicht glaubhaft darlegen, dass die Gesuchstellerin vom Verkauf der Firma Kenntnis hatte und damit einverstanden war. Vor der Trennung hat der Gesuchsgegner über Jahre hinweg als selbständigerwerbender Transportunternehmer mit einer eigenen Firma ein genügendes Einkommen erwirtschaftet, um damit den Bedarf der Familie decken zu können. Bei der Regelung des Getrenntlebens bzw. bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen im Eheschutzverfahren ist primär von diesen gelebten ehelichen Strukturen sowie der vereinbarten Lastenverteilung zwischen den Ehegatten auszugehen. Das Eheschutzgericht hat sich von der bisherigen, ausdrücklich oder stillschweigend getroffenen Vereinbarung der Ehegatten über Aufgabenteilung und Geldleistungen leiten zu lassen, die der ehelichen Gemeinschaft eine bestimmte Struktur gegeben hat (BGE 128 III 65 E. 4.a;

BGE 138 III 97 E. 2.2; BSK ZGB I-Schwander, Art. 176 N 2 f.). Nach dem Gesagten ist davon auszugehen, dass der Gesuchsgegner den Entscheid betreffend den Firmenverkauf ohne Absprache mit der Gesuchstellerin getroffen hat. Die Firmenaufgabe und die Anstellung als unselbständig erwerbender Chauffeur mit einem Nettolohn von weniger als Fr. 4'000.– kann nicht als gemeinsamer Lebensentwurf der Parteien bezeichnet werden. Es handelt sich somit um eine freiwillige Einkommensverminderung, weshalb der Gesuchsgegner die Folgen seines einseitig getroffenen Entscheides selber zu tragen hat und nicht auf die Gesuchstellerin und die Tochter abwälzen kann.

6.4.3 Was die tatsächliche Möglichkeit der Einkommenssteigerung anbelangt, bringt der Gesuchsgegner lediglich vor, er habe seine Einzelfirma aufgegeben und den Lastwagen verkauft. Dieser Vorgang sei definitiv und lasse sich nicht mehr rückgängig machen. Er habe nicht die Mittel, um die Firma bzw. den LKW von seinem Bruder zurückzukaufen (Urk. 41 S. 12). Vom Gesuchsgegner wird nicht erwartet, dass er den LKW von seinem Bruder zurückerwirbt. Es geht einzig um die Rückgängigmachung seiner freiwilligen Einkommensverminderung, indem er einer selbständigen Erwerbstätigkeit nachgeht, wie er das in den Jahren 2013 bis 2015 erfolgreich getan hat. Gemäss eigenen Aussagen erzielte der Gesuchsgegner vor seiner Selbständigkeit ein Einkommen von Fr. 4'800.– pro Monat (Urk. 41 S. 7). Offenbar reichte dieses Einkommen aus, um im Jahr 2013 die Gründung der Einzelunternehmung F._____ zu finanzieren. Zumindest macht der Gesuchsgegner nicht geltend, dass er vor der Gründung über beträchtliches Vermögen verfügt hätte oder erhebliches Fremdkapital habe aufnehmen müssen. Überdies müsste der Gesuchsgegner einen allfälligen Lastwagen auch nicht zu Eigentum erwerben. Er könnte das Fahrzeug – wie bei der Gründung seiner Einzelfirma im Jahr 2013 (Urk. 41 S. 4) – auch leasen, was geringere Anfangsinvestitionen mit sich bringen würde. Schliesslich hat der Gesuchsgegner die vorinstanzliche Erwägung nicht bestritten, wonach er Ende 2015 über ein Vermögen von insgesamt Fr. 36'332.– verfügt habe (Urk. 42 S. 27 mit Verweis auf Urk. 19/5). Dazu kommt der Verkaufserlös der Einzelunternehmung des Gesuchsgegners von mindestens Fr. 35'000.– (Urk. 41 S. 8), welcher jedoch in keiner Weise dokumentiert ist. Wie die Vorinstanz zu Recht festgehalten hat, erstaunt es tatsächlich, dass ein solcher

Unternehmensverkauf angeblich nur mündlich vereinbart und die Zahlung in bar getätigt worden sei (Urk. 42 S. 18). Erst im Nachgang zur vorinstanzlichen Hauptverhandlung verfasste der Gesuchsgegner persönlich am 12. September 2016 eine Bestätigung, worin er den Kaufpreis der Firma erstmals auf Fr. 35'000.– bezifferte (Urk. 34/3). Weitere Belege bzw. Beweismittel offerierte er dabei nicht (Urk. 33 S. 1). Neben einer persönlichen Bestätigung des Gesuchsgegners, welche als reine Parteibehauptung zu werten ist, bestehen somit keinerlei Belege dafür, dass der Kaufpreis für die Einzelunternehmung tatsächlich nur Fr. 35'000.– betragen hat. Schliesslich verfügt der Gesuchsgegner über ein gebundenes Vorsorgekonto 3a, auf welchem sich über Fr. 40'000.– befinden (Urk. 16/7). Gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. b FZG kann ein Versicherter die Barauszahlung des Vorsorgeguthabens verlangen, wenn er eine selbständige Erwerbstätigkeit aufnimmt und der obligatorischen beruflichen Vorsorge nicht mehr untersteht (vgl. auch Urk. 16/7, Ziff. 9 lit. c des Reglements). Nach dem Gesagten kann dem Gesuchsgegner nicht gefolgt werden, wenn er behauptet, nicht über die notwendigen Mittel für den Schritt in die Selbständigkeit zu verfügen. Nicht zuletzt dank einem Vorsorgeguthaben von über Fr. 40'000.– wäre es dem Gesuchsgegner durchaus möglich, im Transportbereich (wieder) eine selbständige Erwerbstätigkeit aufzunehmen, wie er das bereits im Jahr 2013 erfolgreich getan hat, um dadurch seine selbstverschuldete Einkommensverminderung rückgängig zu machen.

6.5 Zusammenfassend ist vorliegend davon auszugehen, dass der Gesuchsgegner einseitig und freiwillig darauf verzichtet hat, ein für den Familienunterhalt ausreichendes Einkommen zu erzielen. Die Parteien sind nach wie vor verheiratet und schulden einander Treue und Beistand und haben gemeinsam für den gebührenden Unterhalt der Familie, insbesondere der minderjährigen Tochter, zu sorgen. Der Gesuchsgegner wusste zum Zeitpunkt der Einkommensverminderung, dass ihm die Pflicht zur Übernahme von Unterhaltsverpflichtungen oblag – zumindest hätte er dies wissen müssen. Objektiv gesehen liegen keine Anhaltspunkte vor, wonach es dem Gesuchsgegner nicht möglich und zumutbar gewesen wäre, seine selbständige Erwerbstätigkeit als Transportunternehmer beizubehalten und weiterhin das bisher erwirtschaftete Einkommen zu erzielen. Konkrete, nachvollziehbare und zwingende Gründe für den Verkauf seiner Einzelfirma hat der Ge-

suchsgegner jedenfalls nicht glaubhaft gemacht. Nach dem Gesagten vermag der Gesuchsgegner den Verkauf seiner Einzelunternehmung und die damit verbundene Einkommenseinbusse nicht zu rechtfertigen. Demzufolge ist dem Gesuchsgegner weiterhin dasjenige Einkommen anzurechnen, welches er vor der freiwilligen Geschäftsaufgabe erzielt hat (vgl. vorstehend E. III./B.6).

7. Bei unregelmässigem oder erheblich schwankendem Einkommen ist auf den Durchschnittswert einer genügend langen Vergleichsperiode, in der Regel mehrere Jahre, abzustellen. Ausnahmsweise ist auch bei unregelmässigem oder schwankendem Einkommen vom aktuellen Einkommen oder dem Gewinn des letzten Jahres auszugehen, wenn eine eindeutige Tendenz nach oben oder unten feststellbar ist und nicht zu erwarten ist, dass künftig wieder eine Korrektur stattfindet (BGer 5A_684/2011 vom 31. Mai 2012, E. 2.2 m.w.H.). Es müssen indes konkrete Anhaltspunkte für die dauerhafte Veränderung der Ertragslage vorhanden sein (Six, Eheschutz – Ein Handbuch für die Praxis, 2. Aufl., Rz. 2.136 und 2.141). In casu liegen keine solchen Anhaltspunkte für eine dauerhafte Veränderung der Ertragslage vor, da insbesondere die Geschäftslage im Jahr 2016 aufgrund des Novenverbots nicht berücksichtigt werden kann. Wie vorstehend ausgeführt, deutet ein Gewinnrückgang in einem einzelnen Jahr nicht bereits auf eine negative Entwicklungstendenz hin (vgl. E. III./B.6.2). Die Vorinstanz hat bei der Einkommensberechnung lediglich auf die Gewinne der Jahre 2014 und 2015 abgestellt (Urk. 42 S. 16 ff.). Weshalb sie das Geschäftsjahr 2013 ausser Acht gelassen hat, ist nicht ersichtlich, zumal sämtliche Erfolgsrechnungen der Jahre 2013 bis 2015 der Steuererklärung 2015 beigelegt sind (Urk. 19/5). Für einen aussagekräftigen Durchschnittswert ist auf eine möglichst lange Zeitperiode abzustellen. Da sich der Gesuchsgegner bereits im Januar des Jahres 2013 selbständig gemacht hat, erscheint es angemessen, auch dieses Jahr in die Berechnung einfließen zu lassen. Wie vorstehend bereits berechnet (E. III./B.6.1 f.), erzielte der Gesuchsgegner als Einzelunternehmer mit der F. _____ in den Jahren 2013 bis 2015 einen durchschnittlichen Gewinn und somit ein Einkommen von Fr. 97'655.– pro Jahr (Fr. 58'804.– [2013] + Fr. 148'588.– [2014] + Fr. 85'572.– [2015] : 3). Somit ist beim Gesuchsgegner in Abweichung zu den vorinstanzlichen Erwägungen von einem monatlichen Nettoeinkommen von (gerundet) **Fr. 8'138.–**

auszugehen, was dem ehelichen Lebensstandard in den drei Jahren vor dem Getrenntleben entspricht.

C. Bedarfsberechnung

1. Der Gesuchsgegner beanstandet berufsweise, dass ihm kein Fahrzeug mit Kompetenzcharakter zuerkannt worden sei. Er habe belegt, dass er die Arbeit bereits um 05.45 Uhr aufnehmen müsse. Die Lastwagen der F._____ GmbH seien bei der J._____ AG an der K._____ -strasse ... in L._____ stationiert. Wohl betrage die Verbindung mit den öffentlichen Verkehrsmitteln nach M._____ nur 26 Minuten. Von dort aus müsse aber noch der Bus genommen werden und die Fusswegstrecke bis zum Arbeitsort dauere weitere 20 Minuten. Es sei somit nicht möglich, den Arbeitsort am Morgen mit den öffentlichen Verkehrsmitteln rechtzeitig zu erreichen. Der Gesuchsgegner habe bereits zu Beginn des Arbeitsverhältnisses das Fahrzeug seiner Arbeitgeberin – auf Zusehen hin – benutzen können. Schliesslich habe er per Juni 2016 einen Mietvertrag mit der F._____ GmbH abgeschlossen, wobei die Miete für das Auto von Fr. 300.– dem Gesuchsgegner seither direkt vom Lohn abgezogen werde (Urk. 41 S. 13).

2. Der Gesuchsgegner arbeitet nach eigenen Angaben seit Ende des letzten Jahres nicht mehr bei der F._____ GmbH (Urk. 41 S. 6 f). Entsprechend ist die Bestätigung des Bruders des Gesuchsgegners vom 17. Juni 2016 auch nicht mehr aktuell, wonach der Gesuchsgegner des Öfteren um 05.45 Uhr mit der Arbeit beginnen müsse und sich der "LKW Parkplatz" in L._____ befinde (Urk. 21/22). Dass sich der Standort der Fahrzeuge bereits während der Zeit seiner Selbständigkeit in L._____ befunden hätte, behauptet der Gesuchsgegner nicht. Wie vorstehend ausgeführt, wird dem Gesuchsgegner ein hypothetisches Einkommen als selbständigerwerbender Transportunternehmer angerechnet. Vom Gesuchsgegner kann erwartet werden, dass er sein Geschäft so organisiert, dass er seinen Arbeitsort am Morgen rechtzeitig mit den öffentlichen Verkehrsmitteln erreichen kann. Zudem hat die Vorinstanz im Sinne einer Eventualbegründung erwogen, dass der Mietvertrag des Fahrzeugs erst seit dem 1. Juni 2016 laufe (Urk. 21/21). Somit sei es dem Gesuchsgegner im ersten Halbjahr 2016 offenbar möglich gewesen, ohne Auto zur Arbeit zu gelangen. Der Ge-

suchsgegner sei demnach für die Bewältigung seines Arbeitsweges nicht auf ein Fahrzeug angewiesen, weshalb dem gemieteten Auto keine Kompetenzqualität zukomme (Urk. 42 S. 23). Zu dieser Eventualbegründung nimmt der Gesuchsgegner in seiner Berufungsschrift nicht eingehend Stellung. Er begnügt sich mit dem Hinweis, dass er schon von Beginn an das Fahrzeug seiner Arbeitgeberin habe benutzen können (Urk. 41 S. 13). Einerseits handelt es sich dabei um ein unzulässiges Novum und andererseits wird diese neue Parteibehauptung mit keinerlei Beweisofferten untermauert. Entsprechend ist die Erwägung der Vorinstanz nicht zu beanstanden, wonach es dem Gesuchsgegner in der Zeit von Januar bis Juni 2016 offenbar möglich gewesen sei, seine Arbeitsstelle auch ohne Auto rechtzeitig zu erreichen. Nach dem Gesagten sind dem Gesuchsgegner für die Mobilitätskosten weiterhin die von der Vorinstanz angerechneten Fr. 201.– für ein ZVV-Abo einzusetzen.

3. Schliesslich beantragt der Gesuchsgegner in seiner Berufungsschrift die Anrechnung von Fr. 400.– für laufende Steuern sowie Fr. 500.– für ausstehende definitive Steuern des Jahres 2015 (Urk. 41 S. 13 a.E.). Eine Begründung für die Berücksichtigung dieser zusätzlichen Bedarfspositionen sowie eine Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Erwägungen zu den Steuern (Urk. 42 S. 24) fehlt dabei gänzlich. Entsprechend ist darauf nicht weiter einzugehen.

4. Zusammenfassend ist die Bedarfsberechnung der Vorinstanz nicht zu beanstanden. Beim Gesuchsgegner ist damit weiterhin von einem Bedarf von insgesamt **Fr. 3'650.–** auszugehen (Urk. 42 S. 20 f.).

D. Unterhaltsberechnung

1. Gemäss den vorstehenden Erwägungen ist beim Gesuchsgegner von einem hypothetischen Nettoeinkommen von Fr. 8'138.– auszugehen (E. III./B.7). Bei einem Bedarf von Fr. 3'650.– verbleibt dem Gesuchsgegner eine monatliche Leistungsfähigkeit von Fr. 4'488.–, womit er die von der Vorinstanz festgesetzten Unterhaltsbeiträge von insgesamt Fr. 3'900.– pro Monat (Fr. 1'100.– Kindesunterhalt [inkl. Familienzulage]; Fr. 2'800.– Ehegattenunterhalt) leisten kann. Somit ist die Berufung des Gesuchsgegners in diesem Punkt – was die Phase bis zum

31. Dezember 2016 anbelangt – abzuweisen und der angefochtene Entscheid zu bestätigen.

2. Per 1. Januar 2017 sind die neuen Bestimmungen zum Kindesunterhaltsrecht in Kraft getreten. Nach Art. 13c^{bis} Abs. 1 SchlT ZGB findet auf Verfahren, die beim Inkrafttreten der Änderung am 1. Januar 2017 rechtshängig sind, das neue Recht Anwendung. Gemäss Art. 285 Abs. 1 und 2 ZGB soll der Unterhaltsbeitrag den Bedürfnissen des Kindes sowie der Lebensstellung und Leistungsfähigkeit der Eltern entsprechen; dabei sind das Vermögen und die Einkünfte des Kindes zu berücksichtigen. Der Unterhaltsbeitrag dient neu auch der Gewährleistung der Betreuung des Kindes durch die Eltern oder Dritte. Jedes Kind soll dadurch von den bestmöglichen Betreuungsverhältnissen profitieren können. Gemäss Botschaft zum neuen Kindesunterhalt umfasst der Betreuungsunterhalt grundsätzlich die Lebenshaltungskosten der betreuenden Person, soweit diese aufgrund der Betreuung nicht selber dafür aufkommen kann. Damit soll die Präsenz des betreuenden Elternteils auch wirtschaftlich sichergestellt werden (Botschaft Kindesunterhalt, BBl 2014 529, S. 554). Somit ist beim Kindesunterhalt neuerdings zwischen dem Barunterhalt und dem Betreuungsunterhalt zu unterscheiden. Der Barunterhalt (Art. 276 Abs. 2 nZGB) deckt dabei alle *direkten* Kosten des Kindes, wie beispielsweise Ernährung, Unterkunft, Bekleidung, Krankenkassenprämien, Fremdbetreuung, Schulauslagen, etc. Der Betreuungsunterhalt dahingegen deckt die *indirekten* Kosten, welche durch die persönliche Betreuung durch einen Elternteil entstehen. Damit ist auch gesagt, dass ein Betreuungsunterhalt nur dann geschuldet ist, wenn das Eigenversorgungsmanko eines Elternteils betreuungsbedingt ist. Rechnerisch ergibt sich der Betreuungsunterhalt aus den Lebenshaltungskosten des betreuenden Elternteils, welche grundsätzlich dem familienrechtlichen Existenzminimum entsprechen, abzüglich des eigenen Einkommens der Hauptbetreuungsperson.

2.1 Der Barbedarf der knapp dreijährigen Tochter C._____ beträgt Fr. 1'005.– (Grundbetrag Fr. 400.–, Wohnkostenanteil Fr. 510.– [$\frac{1}{3}$ von Fr. 1'530.–], Krankenkasse Fr. 95.–). Bei der Berechnung des Unterhaltsbeitrages sind die Familienzulagen jeweils vorweg vom Unterhaltsbedarf des Kindes abzuziehen (BGE

137 III 59 E. 4.2.3). Wird der Unterhaltsanspruch des Kindes auf diese Weise berechnet, so ist die Familienzulage bei der Bemessung des Barbedarfs im Ergebnis immer zusätzlich zum Unterhaltsbeitrag zu leisten (Botschaft Kindesunterhalt, a.a.O., S. 578 f.). Unter Berücksichtigung der Familienzulage von Fr. 200.– ergibt sich nach dem Gesagten ein Barunterhalt von **Fr. 805.–**. Darüber hinaus ist der Gesuchsgegner zu verpflichten, die ihm (allfällig) ausbezahlten Familienzulagen zusätzlich an die Gesuchstellerin weiterzuleiten.

2.2 Gestützt auf die Bedarfsberechnung der Vorinstanz (Urk. 42 S. 20 f.) betragen die Lebenshaltungskosten der Gesuchstellerin Fr. 2'874.– (Grundbetrag Fr. 1'300.–, Wohnkostenanteil Fr. 1'020.–, Krankenkasse Fr. 352.–, Telekommunikation Fr. 88.–, Hausratversicherung Fr. 30.–, Mobilität Fr. 84.–). In Übereinstimmung mit der Vorinstanz ist der Gesuchstellerin kein Erwerbseinkommen anzurechnen. Die Gesuchstellerin war seit der Trennung nicht arbeitstätig und kann aufgrund des Kleinkindalters der Tochter auch nicht zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit verpflichtet werden. Die Gesuchstellerin leistet gemäss unbestritten gebliebenen Erwägungen der Vorinstanz praktisch die ganze Betreuung der knapp dreijährigen Tochter alleine (Urk. 42 S. 15 f.). In ihrer Berufungsantwort führt die Gesuchstellerin zwar aus, dass sie sich seit Oktober 2016 in einem Arbeitsversuch befinde, wobei jedoch unklar sei, ob die Arbeit mit der Betreuung der Tochter koordiniert und in diesem Umfang überhaupt weitergeführt werden könne. Sie verdiene derzeit im Monat rund Fr. 725.– (Urk. 48 S. 8). Da der Ausgang dieses Arbeitsversuches noch ungewiss ist und auch der Gesuchsgegner keine diesbezüglichen (bezahlten) Anträge stellt, ist der Gesuchstellerin einstweilen kein Einkommen anzurechnen. Ferner hätte die Anrechnung eines Erwerbseinkommens auch gleichzeitig eine Erhöhung des Bedarfs der Gesuchstellerin bzw. der Tochter zur Folge, was wiederum zu einem Anstieg ihrer Unterhaltsansprüche führen würde. Bei einem solch geringen Einkommen würde die gesteigerte Eigenversorgungskapazität der Gesuchstellerin praktisch komplett durch die damit zusammenhängenden Mehrauslagen (Fremdbetreuung der Tochter, Berufsauslagen für Mobilität und Verpflegung, etc.) kompensiert werden. Nach dem Gesagten beträgt der Betreuungsunterhalt für die Tochter C._____ in der Phase ab dem 1. Januar 2017 **Fr. 2'874.–**.

2.3 Da der familienrechtliche Bedarf der Gesuchstellerin bereits komplett über den Bar- und den Betreuungsunterhalt der Tochter abgedeckt ist, hat sie entsprechend keinen Anspruch auf einen zusätzlichen persönlichen Unterhaltsbeitrag. Auf eine Überschussverteilung hat die Vorinstanz verzichtet, was vor Obergericht nicht gerügt wurde. Insgesamt erhält die Gesuchstellerin bzw. die Tochter nach den vorstehenden Berechnungen einen monatlichen Gesamtunterhalt von Fr. 3'679.– (Fr. 805.– Barunterhalt + Fr. 2'874.– Betreuungsunterhalt). Zusammen mit der Familienzulage von Fr. 200.– beläuft sich die gesamte Unterhaltsleistung auf Fr. 3'879.–, was bis auf Fr. 21.– der vorinstanzlichen Regelung entspricht.

3. Zusammenfassend ist der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin für die Tochter C. _____ ab dem 1. Januar 2017 einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 3'679.–, zuzüglich allfälliger Familienzulagen zu bezahlen, davon Fr. 2'874.– als Betreuungsunterhalt.

E. Erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Der Gesuchsgegner bringt berufsungsweise vor, werde seinen Anträgen entsprochen, so seien auch die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens anders zu verlegen. Die Kosten seien zu $\frac{3}{4}$ der Gesuchstellerin aufzuerlegen und sie sei ausgangsgemäss zu verpflichten, dem Gesuchsgegner eine angemessene Parteientschädigung auszurichten.

2. Gemäss den vorstehenden Erwägungen ist den Anträgen des Gesuchsgegners nicht zu folgen. Es bleibt bei einem Gesamtunterhalt von ca. Fr. 3'900.– pro Monat, weshalb die vorinstanzliche Erwägung nicht zu beanstanden ist, wonach der Gesuchsgegner – was die Unterhaltsbeiträge anbelangt – weitestgehend unterlegen ist (Urk. 42 S. 29). Die Berufung ist in diesem Punkt abzuweisen und das vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Ziff. 10 und 11) ist zu bestätigen. Was die Höhe der Gerichtskosten betrifft, blieb Dispositiv-Ziffer 9 des erstinstanzlichen Entscheids unangefochten. Anzumerken bleibt diesbezüglich lediglich, dass der Vorinstanz offensichtlich ein Rechenfehler unterlaufen ist (Urk. 42 S. 32 oben). Die Addition der Entscheidgebühr von Fr. 4'200.– mit den Dolmetscherkosten von Fr. 468.75 ergibt Fr. 4'668.75 und nicht Fr. 4'068.75.

3. Was die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege durch die Vorinstanz anbelangt, ist auf das separate Beschwerdeverfahren (RE160015-O) zu verweisen.

IV. Zweitinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Abschliessend ist über die zweitinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen zu befinden. Für das vorliegende Berufungsverfahren rechtfertigt es sich in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 2 lit. b GebV OG eine pauschale Entscheidgebühr von Fr. 3'000.– festzusetzen. Diese ist vollumfänglich dem unterliegenden Gesuchsgegner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

2. Gemäss Art. 105 Abs. 2 ZPO spricht das Gericht nach den Tarifen im Sinne von Art. 96 ZPO eine Parteientschädigung zu und verlegt diese in Anwendung von Art. 106 Abs. 1 ZPO. Da der Gesuchsgegner vollständig unterliegt, wird er demnach auch entschädigungspflichtig. Die Parteientschädigung ist gestützt auf § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 3 sowie § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf Fr. 2'700.– festzulegen. Für die zusätzliche vom Gericht eingeforderte Eingabe vom 13. Februar 2017 (Urk. 61) ist im Sinne von § 11 Abs. 2 AnwGebV ein Pauschalzuschlag von Fr. 500.– zu berechnen. Entsprechend ist der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 3'456.– (Fr. 3'200.– [Parteientschädigung] + Fr. 256.– [Mehrwertsteuer von 8%]) zu bezahlen.

3. Beide Parteien haben für das Berufungsverfahren ein Armenrechtsgesuch gestellt (Urk. 41 S. 2; Urk. 48 S. 2). Da die Gesuchstellerin im vorliegenden Verfahren nicht kostenpflichtig wird, ist ihr Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung als gegenstandslos geworden abzuschreiben. Das Gesuch um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes darf gemäss Bundesgericht hingegen nicht schon deshalb als gegenstandslos geworden abgeschrieben werden, weil der bedürftigen Partei eine Parteientschädigung zugesprochen wurde. Ein solches Vorgehen ist lediglich dann zulässig, wenn die Solvenz der Gegenpartei ausser Zweifel steht und damit eine Parteientschädigung ohne weiteres

als einbringlich gelten kann. Erweist sich die Zahlungsfähigkeit demgegenüber als unsicher, muss gewährleistet bleiben, dass der Anwalt der bedürftigen Partei nötigenfalls durch den Staat gemäss Art. 122 Abs. 2 ZPO entschädigt wird (BGer 5A_407/2014 vom 7. Juli 2014, E. 2.2. m.w.H.). Nach Angaben der Gesuchstellerin leistet der Gesuchsgegner keine Unterhaltsbeiträge (Urk. 48 S. 8), was dieser nicht bestritten hat. Er führt diesbezüglich lediglich aus, dass er die Familienzulagen ab Juli 2016 der Gesuchstellerin weitergeleitet habe (Urk. 41 S. 14). Entsprechend fraglich ist auch, ob der Gesuchsgegner die Parteientschädigung leisten wird. Zudem lässt sich die Vermögenslage des Gesuchsgegners – wie nachfolgend aufgezeigt wird – nicht abschliessend beurteilen, weshalb nicht gesagt werden kann, die Solvenz des Gesuchsgegners stehe ausser Zweifel. Damit ist das Gesuch der Gesuchstellerin um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes materiell zu behandeln. Die Gesuchstellerin wird von den Sozialen Diensten Zürich finanziell unterstützt (Urk. 51/4) und verfügt über kein nennenswertes Vermögen. Die Mittellosigkeit der Gesuchstellerin steht in Übereinstimmung mit der Vorinstanz somit ausser Frage. Ausserdem war die Gesuchstellerin als rechtsunkundige Partei zur gehörigen Führung des Prozesses auf eine Rechtsverteidigung angewiesen. Der Gesuchstellerin ist deshalb für das Berufungsverfahren die von ihr beantragte unentgeltliche Rechtsvertretung beizugeben.

4. Auch der Gesuchsgegner beantragt die unentgeltlichen Rechtspflege und führt diesbezüglich aus, dass er nicht in der Lage sei, für Gerichts- und Anwaltskosten aufzukommen. Sein Einkommen reiche leider zur Zeit nicht einmal aus, um namhafte Unterhaltsbeiträge für seine Tochter zu bezahlen (Urk. 41 S. 15). Substantiierte Ausführungen zur Vermögenslage und zur fehlenden Aussichtslosigkeit seiner Berufung macht er dabei keine.

4.1 Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie mittellos ist und ihr Prozessstandpunkt nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Zur Beurteilung der Mittellosigkeit ist die gesamte wirtschaftliche Situation des Gesuchstellers massgebend. Grundsätzlich obliegt es dem Gesuchsteller, seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse umfassend darzulegen und zu belegen. Die Belege haben über sämtliche finanziellen Verpflichtungen des Gesuchstellers

sowie über seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse Aufschluss zu geben. Verweigert er die zur Beurteilung seiner aktuellen Gesamtsituation erforderlichen Angaben oder Belege, so kann die Bedürftigkeit ohne Verletzung des Willkürverbots verneint werden und das Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege ist abzuweisen (BGer 4A_563/2014 vom 25. Februar 2015, E. 2.1; ZK ZPO-Emmel, Art. 119 N 6 f.). Das Gericht hat allenfalls unbeholfene Rechtsuchende auch auf die Angaben hinzuweisen, die es zur Beurteilung des Gesuchs benötigt. Eine anwaltlich vertretene Partei kann nicht als unbeholfen bezeichnet werden (BGer 4A_114/2013 vom 20. Juni 2013, E. 4.3.2 m.w.H.). Aufgrund des Wissens ihres Anwaltes, das ihr persönlich anzurechnen ist, hat sie um die Begründungs- und Substantiierungspflicht zu wissen (BGer 5A_897/2013 vom 8. Juli 2014, E. 3.1 f.). Bei einer anwaltlich vertretenen Partei darf vorausgesetzt werden, dass ihr bekannt ist, wie sie beim Gericht ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu stellen und was sie zu behaupten und zu belegen hat. Die richterliche Fragepflicht dient nicht dazu, prozessuale Nachlässigkeiten auszugleichen (BGer 4A_114/2013 vom 20. Juni 2013, E. 4.3.2).

4.2 Bereits die Vorinstanz hat zu Recht darauf hingewiesen, dass die Vermögensverhältnisse des Gesuchsgegners unklar seien (Urk. 42 S. 28). So führte sie aus, dass der Gesuchsgegner gemäss Steuererklärung 2015 über ein Vermögen von Fr. 36'332.– verfügt habe. Im Jahr 2014 habe er sogar ein Vermögen von Fr. 50'573.– ausgewiesen. Selbst unter Berücksichtigung der vom Gesuchsgegner geltend gemachten Auslagen für den Wohnungswechsel und die Steuern verfüge der Gesuchsgegner noch über ein Vermögen von rund Fr. 10'000.–, hinzu komme der Verkaufserlös der Einzelfirma (Urk. 42 S. 27). Zu diesen Erwägungen der Vorinstanz nimmt der Gesuchsgegner nicht eingehend Stellung. Er führt lediglich aus, dass er vor Vorinstanz in seinem Plädoyer die Verwendung des Verkaufserlöses bereits offengelegt habe (Urk. 41 S. 8 f.). Den Plädoyernotizen ist zu entnehmen, dass der Gesuchsgegner vor Vorinstanz geltend gemacht hat, dass er sein Vermögen für die Kosten des Wohnungswechsels (Fr. 4'067.–), die neue Wohnungseinrichtung (rund Fr. 4'800.–) sowie für hohe Steuerzahlungen (Fr. 17'237.45) verbraucht habe. Zudem habe der Gesuchsgegner in der Krisenzeit vor und nach der Trennung hohe Beträge beim Glücksspiel verloren und es

sei noch eine Busse von Fr. 1'296.– wegen Überladens des Lastwagens offen (Urk. 20 S. 10). Die behaupteten Verluste beim Glücksspiel wurden von der Gesuchstellerin bestritten (Urk. 29 S. 5) und sind nicht belegt, weshalb sie auch nicht zu berücksichtigen sind. Zusammen mit dem Verkaufserlös für die Firma von (angeblich) Fr. 35'000.– verfügte der Gesuchsgegner Anfangs 2016 über ein Vermögen von gut Fr. 71'000.– (Fr. 36'332.– + Fr. 35'000.–), was er vor Obergericht nicht bestritten hat. Abzüglich der von ihm geltend gemachten Auslagen von insgesamt rund Fr. 27'400.– verbleibt ein Vermögen von Fr. 43'600.–. Einen weiteren Vermögensverzehr macht der Gesuchsgegner nicht geltend und ist aus den Akten auch nicht ersichtlich. Allgemein macht der Gesuchsgegner keine substantiierten Ausführungen zu seiner aktuellen Vermögenslage. In der Steuererklärung 2015 haben die Parteien noch sechs verschiedene Bankkonten angegeben (Urk. 19/5 letzte Seite). Das Euro-Konto wurde am 24. August 2015 saldiert und beim Postkonto 1 handelt es sich offenbar um das Geschäftskonto der F. _____ (vgl. Urk. 45/6). Von einem weiteren Postkonto (2) liegt sodann ein Auszug im Recht, welcher per 9. November 2016 einen Saldo von Fr. 1'204.28 ausweist (Urk. 45/10). Zu den übrigen drei Konten (UBS, Clientis, Post) macht der Gesuchsgegner keine Ausführungen. Somit ist nicht bekannt, ob diese Konten heute noch existieren, wem sie gehören und wie viel Geld sich darauf befindet. Eine umfassende Beurteilung der Vermögenslage ist somit nicht möglich.

4.3 Ferner ist nochmals festzuhalten, dass grosse Zweifel daran bestehen, dass der Gesuchsgegner für den Verkauf seiner Einzelunternehmung lediglich Fr. 35'000.– erhalten haben soll. Dieser Kaufpreis scheint für eine Firma, die durchschnittlich Fr. 97'655.– pro Jahr erwirtschaftet hat (vgl. vorstehend E. III./B.6.2), sehr gering. Zudem ist der Verkauf der Einzelunternehmung überhaupt nicht dokumentiert. Der einzig vorhandene Beleg ist eine vom Gesuchsgegner persönlich verfasste Bestätigung, welcher lediglich der Wert einer Parteibehauptung zukommt (Urk. 34/3). Eine Bestätigung des Bruders des Gesuchsgegners liegt dahingegen nicht vor. Vor Vorinstanz begründete der Gesuchsgegner den tiefen Kaufpreis damit, dass weder Einrichtungen noch Kundenbeziehungen entschädigt worden seien (Urk. 33 S. 1). Weshalb dies so gehandhabt wurde, führt er jedoch nicht näher aus. Er behauptete lediglich, die Bezahlung sei in bar

erfolgt und das Geld sei nicht mehr vorhanden (Urk. 33 S. 1 a.E.). Diese Ausführungen des Gesuchsgegners genügen der Substantiierungspflicht nicht und scheinen wenig glaubhaft, wie bereits die Vorinstanz zu Recht festgestellt hat (Urk. 42 S. 18).

4.4 Nach dem Gesagten ist der Gesuchsgegner seiner Obliegenheit nicht nachgekommen, seine Vermögensverhältnisse umfassend darzulegen und zu belegen. Die aktuelle Vermögenslage des Gesuchsgegners lässt sich anhand seiner Vorbringen und der eingereichten Belege nicht abschliessend beurteilen, obwohl bereits die Vorinstanz auf diesen Umstand hingewiesen hat. Der Gesuchsgegner hat somit die Folgen der fehlenden bzw. mangelnden Darlegung seiner Mittellosigkeit selbst zu tragen. Auch zur fehlenden Aussichtslosigkeit hat der Gesuchsgegner keine Stellung genommen, obwohl er diese in seinem Gesuch hätte glaubhaft machen müssen (ZK ZPO-Emmel, Art. 119 N 8).

5. Zusammenfassend ist das Gesuch des Gesuchsgegners um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren abzuweisen, da er seiner umfassenden Mitwirkungspflicht nicht nachgekommen ist.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositiv-Ziffern 1 bis 4 sowie die Ziffern 7 und 8 des Urteils des Einzelgerichts am Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung, vom 31. Oktober 2016 (EE160143-L) in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Das Gesuch der Gesuchstellerin um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung für das Berufungsverfahren wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
3. Der Gesuchstellerin wird für das Berufungsverfahren in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
4. Das Gesuch des Gesuchsgegners um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.

5. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, für die Tochter C._____ der Gesuchstellerin monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats zahlbare Unterhaltsbeiträge wie folgt zu leisten:
 - Fr. 1'100.– rückwirkend vom 1. Mai 2016 bis zum 31. Dezember 2016, inklusive allfälliger Familienzulagen;
 - Fr. 3'679.– ab dem 1. Januar 2017 für die weitere Dauer des Getrenntlebens, davon Fr. 2'874.– als Betreuungsunterhalt, zuzüglich allfälliger Familienzulagen.
2. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin monatlich jeweils auf den Ersten eines jeden Monats zahlbare Unterhaltsbeiträge für sie persönlich wie folgt zu leisten:
 - Fr. 2'800.– rückwirkend vom 1. Mai 2016 bis zum 31. Dezember 2016;
 - ab dem 1. Januar 2017 entfällt der Unterhaltsanspruch für die Gesuchstellerin persönlich.
3. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Ziffer 7 und 8) wird bestätigt.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsgegner auferlegt.
6. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'456.– zu bezahlen.

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage eines Doppels von Urk. 65 und 66, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

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

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG und ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

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

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 30. März 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. M. Kirchheimer

versandt am:

mc