

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE120042-O/U.doc

damit vereinigt Geschäfts-Nr. LE120043

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. M. Schafitz und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. G. Ramer Jenny

Beschluss und Urteil vom 29. April 2013

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Erstberufungskläger und Zweitberufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Erstberufungsbeklagte und Zweitberufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz (Besuchsrecht, Unterhaltsbeiträge), Kosten- und Entschädigungsfolgen**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Andelfingen vom 2. Dezember 2011 (EE110017)

Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Andelfingen vom 2. Dezember 2011:

"Es wird erkannt:

1. Es wird festgestellt, dass die Parteien gemäss Art. 175 ZGB auf unbestimmte Zeit zum Getrenntleben berechtigt sind.
2. Der Beklagte wird verpflichtet, die eheliche Liegenschaft bis spätestens am 31. Januar 2012 zu verlassen. Die Klägerin übernimmt mit den Kindern die eheliche Liegenschaft ...-Strasse .., ... [Adresse], ab 1. Februar 2012 samt Hausrat zur alleinigen Nutzung.
3. Die Kinder C._____, geb. tt.mm.1997, D._____, geb. tt.mm.2001, und E._____, geb. tt.mm.2006, werden unter die Obhut der Klägerin gestellt.
4. Der Beklagte wird berechtigt erklärt, die Kinder mindestens am ersten und dritten Wochenende eines jeden Monats mit sich oder zu sich auf Besuch zu nehmen (jeweils Samstag 10.00 Uhr bis Sonntag 19.00 Uhr).
5. Überdies ist der Beklagte berechtigt, zusammen mit den Kindern mindestens drei Wochen Ferien pro Kalenderjahr zu verbringen. Er hat die entsprechenden Ferienpläne der Klägerin und den Kindern mindestens drei Monate im voraus bekannt zu geben.
6. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin an den Unterhalt der Kinder monatliche, jeweils im Voraus zahlbare Beiträge von je Fr. 1'200.– pro Kind, zuzüglich allfällige vertragliche oder gesetzliche Kinderzulagen, zu bezahlen, zahlbar ab 1. Februar 2012 bis zur Mündigkeit, im Falle einer Lehre oder ähnlichen Ausbildung bis zu deren Abschluss, längstens jedoch bis zum Eintritt des Kindes in die volle Erwerbstätigkeit.
7. Im Weiteren wird der Beklagte verpflichtet, der Klägerin einen persönlichen Unterhaltsbeitrag in Höhe von Fr. 1'000.– pro Monat zu bezahlen, zahlbar ab 1. Februar 2012 für die Dauer der Ehetrennung.
8. Die Unterhaltsbeiträge gemäss Ziffern 6 und 7 vorstehend basieren auf dem Landesindex der Konsumentenpreise des Bundesamtes für Statistik, Stand Ende Oktober 2011 von 99,6 Punkten (Basis Dezember 2010 = 100 Punkte). Sie sind jeweils auf den 1. Februar jedes Jahres, erstmals auf den 1. Februar 2013, dem Stand des Indexes per Ende Dezember des Vorjahres anzupassen. Die Anpassung erfolgt nach folgender Formel:

$$\text{Neuer Unterhaltsbeitrag} = \frac{\text{Ursprünglicher Unterhaltsbeitrag} \times \text{neuer Index}}{\text{Indexstand Ende Oktober 2011 (= 99,6 Punkte)}}$$

9. Zwischen den Parteien wird mit Wirkung ab 1. Juni 2011 die Gütertrennung angeordnet.
10. Das Fahrzeug "Opel Zafira" wird für die Dauer der Ehetrennung der Klägerin zur Benützung zugewiesen.
11. Die für die Monate Juli 2011 bis und mit Januar 2012 angeordneten vorsorglichen Massnahmen werden definitiv für verbindlich erklärt.
12. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 2'100.– (Pauschalgebühr).

Wird auf eine Begründung des Entscheides verzichtet, ermässigt sich die Entscheidegebür auf zwei Drittel.

13. Die Kosten werden vollständig dem Beklagten auferlegt.
14. Der von der Klägerin geleistete Barvorschuss in Höhe von Fr. 1'000.– wird der Klägerin nach vollständiger Begleichung der Entscheidegebür durch den Beklagten vollumfänglich zurückerstattet.
15. Der Beklagte wird verpflichtet, die Klägerin mit Fr. 7'500.– prozessual zu entschädigen.
16. [Schriftliche Mitteilung]
17. [Rechtsmittel: Berufung (Frist 10 Tage)]"

Berufungsanträge Erstberufung (LE120042):

des Beklagten, Erstberufungsklägers und Zweitberufungsbeklagten (Urk. 52 S. 2):

- "1. Der Beklagte und Appellant sei in Abänderung von Dispositiv-Ziffer 4 zu berechtigen, die Kinder C._____, D._____ und E._____ mindestens jedes zweite Wochenende von Freitagabend, 18.00 Uhr, bis Montagmorgen, Schul- bzw. Kindergartenbeginn, zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.
2. Der Beklagte und Appellant sei in Abänderung von Dispositiv-Ziffer 5 zu berechtigen, mit den Kindern vier Wochen Ferien pro Kalenderjahr zu verbringen.
3. In Ergänzung zu Dispositiv-Ziffern 4 und 5 sei der Beklagte und Appellant zudem zu berechtigen, die Kinder in geraden Jahren über Ostern, ab Gründonnerstag, 18.00 Uhr, bis Ostermontag, 20.00 Uhr, sowie über Weihnachten vom 25. Dezember, 12.00 Uhr, bis 26. Dezember, 20.00 Uhr, und in ungeraden Jahren über Pfingsten, von Freitag, 18.00 Uhr, bis Pfingstmontag, 20.00 Uhr, sowie über Weihnachten vom 24. Dezember, 16.00 Uhr, bis 25. Dezember, 12.00 Uhr, zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.
4. Der Beklagte und Appellant sei in Abänderung von Dispositiv-Ziffer 7 zu verpflichten, der Klägerin einen persönlichen Unterhaltsbeitrag in der Höhe von CHF 700 zu bezahlen.
5. In Abänderung von Dispositiv-Ziffern 13 und 14 seien die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens den Parteien je hälftig aufzuerlegen.
6. Dispositiv-Ziffer 15 sei aufzuheben und Prozessentschädigungen seien beidseits wettzuschlagen.
7. Die Kosten des Berufungsverfahrens seien der Klägerin und Appellatin aufzuerlegen und sie sei zur Bezahlung einer angemessenen Prozessentschädigung zu verpflichten."

der Klägerin, Erstberufungsbeklagten und Zweitberufungsklägerin (sinngemäss, Urk. 65):

1. Die Berufung sei abzuweisen.
2. Das Besuchsrecht des Beklagten für die Wochenenden sei insofern abzuändern, als die Rückkehrzeit auf 18.00 Uhr vorzuverlegen sei.

Berufungsanträge Zweitberufung (LE120043):

der Klägerin, Erstberufungsbeklagten und Zweitberufungsklägerin (Urk. 77/52 S. 2):

"In Aufhebung von Disp. Ziff. 7 des angefochtenen Urteils sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin einen persönlichen Unterhaltsbeitrag in Höhe von CHG 1'700.– pro Monat zu entrichten, zahlbar monatlich im voraus ab 1. Februar 2012 für die Dauer des Getrenntlebens;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten."

des Beklagten, Erstberufungsklägers und Zweitberufungsbeklagten (Urk. 77/63 S. 1):

"Die Berufung sei abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWSt.) zu Lasten der Klägerin und Berufungsklägerin."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien standen seit dem 30. Mai 2011 in einem Eheschutzverfahren am Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Andelfingen (Urk. 1). Die Vorinstanz regelte das Getrenntleben der Parteien mit eingangs wiedergegebenem, zunächst unbegründetem Urteil vom 2. Dezember 2011 (Urk. 41). Mit Verfügungen vom 11. Januar 2012 (Urk. 45 S. 2), 19. Januar 2012 (Urk. 45) und 26. Januar 2012 (Urk. 47) wurden gegen den Beklagten Gewaltschutzmassnahmen angeordnet. Am 19. resp. 20. Juni 2012 wurde den Parteien auf Verlangen des Beklagten die begründete Fassung des Urteils zugestellt (Urk. 43, 50, 51/1+2).

2. Dagegen erhoben die Parteien mit Eingaben vom 28. Juni 2012 (Urk. 52) bzw. 29. Juni 2012 (Urk. 77/52) innert Frist Berufung mit den vorstehend

angeführten Anträgen. Die Erstberufung des Beklagten, Erstberufungsklägers und Zweitberufungsbeklagten (fortan Beklagter) wurde unter der Prozessnummer LE120042 und die Zweitberufung der Klägerin, Erstberufungsbeklagten und Zweitberufungsklägerin (fortan Klägerin) unter der Prozessnummer LE120043 angelegt. Während der Beklagte mit Beschluss vom 16. August 2012 von der Bezahlung einer Vorschussleistung befreit wurde (Urk. 61), wurde das entsprechende Gesuch der Klägerin mit Verfügung vom 5. Juli 2012 abgewiesen (Urk. 77/57) und der Vorschuss nach Bewilligung der Ratenzahlung (Urk. 77/59) innert Frist entgegen genommen (Urk. 77/59, 77/60). Am 3. Oktober 2012 erstattete der Beklagte seine Berufungsantwort (Urk. 77/63), die Klägerin die ihre - verspätet - am 23. Oktober 2012 (Urk. 65). Eine Stellungnahme des Beklagten erging am 14. November 2012 (Urk. 68, 69). Am 21. März 2013 wurden die Kinder der Parteien angehört (Prot. S. 10ff.).

Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II.

1. Die Dispositivziffern 1, 2, 3, 6 sowie 8 bis 12 des vorinstanzlichen Eheschutzentscheides blieben unangefochten, weshalb sie in Rechtskraft erwachsen sind. Davon ist Vormerk zu nehmen.

2. Im vorliegenden Verfahren wie auch im Berufungsverfahren LE120043 stehen sich bei nämlicher sachlicher Zuständigkeit, Verfahrensart und teilweise deckungsgleichem Streitgegenstand dieselben Parteien gegenüber. Zur Vereinfachung rechtfertigt es sich daher, das Berufungsverfahren LE120043 mit dem vorliegenden zu vereinigen (Art. 125 lit. c ZPO analog).

3. Der Klägerin wurde mit Verfügung vom 14. September 2012 Frist zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt, welche am 2. Oktober 2012 endete (Urk. 63). Die Einreichung ihrer Rechtsschrift am 23. Oktober 2012 (Urk. 64, 65) erfolgte somit verspätet. Es tritt die angedrohte Säumnisfolge ein, wonach das Verfahren ohne Berufungsantwort weitergeführt wird (Urk. 63 S. 2, Art. 147 Abs. 2 ZPO).

Deren Wirkung trifft die Klägerin insofern abgeschwächt, als im Eheschutzverfahren die Untersuchungsmaxime gilt, welche bei Kinderbelangen (vorliegend das angefochtene Besuchsrecht) uneingeschränkt, in allen übrigen Punkten (hier der Ehegattenunterhalt und die Kosten- und Entschädigungsfolgen) eingeschränkt gilt. Im letzteren Fall hat das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen *festzustellen* (Art. 272 ZPO). Da diesbezüglich das Eheschutzverfahren vom Dispositionsgrundsatz beherrscht ist, wird der Verfahrensgegenstand hinsichtlich des angefochtenen Ehegattenunterhalts und den Kosten- und Entschädigungsfolgen von den Parteien, mithin von den Anträgen des Beklagten bestimmt. In diesem Rahmen muss das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen feststellen; darüber hinaus ist es weder verpflichtet noch berechtigt, den Sachverhalt abzuklären.

Weiter geht der Untersuchungsgrundsatz hinsichtlich der Kinderbelange - vorliegend somit des angefochtenen Besuchsrechts - bei welchen das Gericht den Sachverhalt *erforscht* (Art. 296 Abs. 1 ZPO, uneingeschränkte Untersuchungsmaxime). Überdies erklärt Art. 296 Abs. 3 ZPO in Kinderbelangen den Offizialgrundsatz für anwendbar, weshalb das Gericht in diesem Bereich ohne Bindung an die Parteianträge entscheidet.

Für die Zulassung von Noven im vorliegenden Berufungsverfahren ist sodann auf Art. 317 Abs. 1 ZPO zu verweisen: Neue Tatsachenvorbringen - auch in Kinderbelangen, für welche die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime gilt - sind lediglich zulässig, wenn sie kumulativ ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Eine analoge Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO hat das Bundesgericht abgelehnt (BGE 138 III 626 f., E. 2.2.). Die neuen Vorbringen der Klägerin also, welche sie bereits vor Vorinstanz hätte in den Prozess einführen können (unechte Noven, vgl. Urk. 65, Vorbemerkungen Ziff. 2) sind im Berufungsverfahren nicht zu hören. Neue Vorbringen zu den Kinderbelangen aber, welche sich erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid ereignet haben (echte Noven), sind grundsätzlich bis zum Abschluss der Parteivorträge zulässig und daher zusammen mit dem anlässlich der Kinder-

anhörung in Erfahrung gebrachten Sachverhalt vorliegend beachtlich (vgl. BGE 5A_452/2012 E. 4.2, 5A_807/2012 E. 4.2.3.).

III.

A. Besuchsrecht

1. Die Vorinstanz erwog, da weder Einwände noch andere Hinderungsgründe erkennbar seien, sei dem Beklagten ein gerichtsbliches Besuchsrecht für die Kinder C._____, geb. tt.mm.1997, D._____, geb. tt.mm.2001, und E._____, geb. tt.mm.2006, im Umfang von zwei Wochenenden pro Monat (jeweils am ersten und dritten Wochenende, Samstag 10.00 Uhr bis Sonntag 19.00 Uhr) und von drei Ferienwochen pro Kalenderjahr zuzugestehen. Alle weitergehenden Kontakte zwischen dem Beklagten und den Kindern könnten die Parteien in Wahrnehmung ihrer elterlichen Verantwortung selber gestalten (Urk. 53 S. 9, 17).

2. Der Beklagte will das Besuchsrecht nicht auf ein gerichtsbliches Minimum beschränkt wissen, zumal sich die erwerbstätigen Parteien während des Zusammenlebens die Kinderbetreuung geteilt hätten. Eine Verständigung der Parteien über weitergehende Kontakte sei nicht möglich. Die Klägerin erlaube den Kindern keine Minute länger Kontakt zum Vater als festgelegt. Auch telefonischer Verkehr zwischen den Besuchswochenenden könne nicht stattfinden. Eine Feiertagsbesuchsrechtsregelung sei daher dringlich geboten. Bei einer Erweiterung des Ferienbesuchsrechts auf vier Wochen werde den Kindern sodann ermöglicht, mit dem Vater wie gewohnt eine Woche Sportferien, zwei Wochen Sommerferien und eine Woche Herbstferien zu verbringen (Urk. 52 S. 4). Zudem sei es dem Gericht im Rahmen der richterlichen Untersuchungs- und Officialmaxime anheim gestellt, sich auch zur Obhutsfrage zu vergewissern, ob die gegenwärtige Lösung dem Kindeswohl entspreche (Urk. 52 S. 5).

3. Hinsichtlich der rechtlichen Kriterien zum Besuchsrecht ist auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz zu verweisen (Urk. 53 S. 9). Überdies ist auf die aktuelle Lehre und Praxis hinzuweisen, wonach sich Häufigkeit und Dauer der Besuchskontakte vor allem nach dem Alter des Kindes, seiner bisherigen Bin-

dung an den anderen Elternteil und der Lebensausgestaltung des Kindes und beider Eltern in Beruf, Schule und Freizeit richten. Von herausragender Bedeutung ist der Wille des Kindes (BSK ZGB I-Schwenzer, 4. A., N 11 und 13 zu Art. 273 ZGB m.w.H. zur bundesgerichtlichen und kantonalen Judikatur).

4.1. Aus den Akten wird deutlich, dass die Kinder bei beiden Parteien einen sehr hohen Stellenwert geniessen. Die Vorinstanz hält im angefochtenen Entscheid zu Recht fest, beide Eltern würden sich intensiv um die Kinder kümmern und seien darum bemüht, ihre Elternrolle bestmöglich auszufüllen (Urk. 53 S. 7). Die Klägerin, welche aktuell mit einem Pensum von 50% erwerbstätig ist (Urk. 77/52 S. 3, 55/2), kümmert sich hauptsächlich um die Kinder. Der Beklagte, welcher ein vollzeitliches Arbeitspensum erfüllt, wirkte vor seinem Auszug aus dem ehelichen Haus im Januar 2012 (Urk. 53 S. 17) in hohem Masse bei der Betreuung mit (Urk. 16A S. 3 ff., 22 S. 2, Prot. I S. 6). Entsprechend hatte er grossen Anteil am Alltag der Kinder. Die enge Beziehung zum Vater wurde denn auch anlässlich der von einer Gerichtsdelegation am 21. März 2013 durchgeführten Kinderanhörung deutlich (Prot. II S. 10 ff). Die Kinder, welche von der Mutter zur Anhörung gebracht worden sind, hinterliessen einen aufgeweckten und offenen Eindruck (Prot. II S. 10) und schienen nicht unter Druck gestanden zu haben. Alle drei haben klar geäussert, wie gerne sie an den Besuchswochenenden und in den Ferien zum Vater gehen würden (Prot. II S. 10 ff). Ihre innige Beziehung zu ihm spricht zweifellos für einen ausgedehnten Kontakt. Allerdings sind neben der Beziehungspflege zum nicht obhutsberechtigten Elternteil weitere Aspekte zu berücksichtigen, namentlich genügend Raum zur Wahrnehmung der schulischen und ausserschulischen Aktivitäten des Kindes sowie ausreichend Zeit für die Pflege sozialer Kontakte zu anderen Kindern. Diese Aspekte nehmen mit zunehmendem Alter einen immer höheren Stellenwert ein. Aus den Akten der Vorinstanz wird deutlich, dass diesbezüglich unterschiedliche Auffassungen der Parteien bestehen. Während die Klägerin offenbar eine eher engmaschige Betreuung der Kinder bevorzugt, stellt der Beklagte stärker auf deren Eigenverantwortung ab. Dies spiegelt sich in verschiedenen Lebensbereichen wider, so einerseits bei der Erledigung der Hausaufgaben und andererseits bei der Gestaltung des Freizeitprogramms. Die Klägerin will die Hausaufgaben erledigt wissen und pocht auf

mehr Ruhe- und Erholungsphasen, der Beklagte gibt an, den Kindern neben einem vielfältigen Freizeitprogramm an den Besuchswochenenden Zeitfenster zur Erledigung ihrer schulischen Pflichten zu geben (Urk. 16A S. 8, Urk. 36 S. 2 f). Zumindest beim elfjährigen D._____ und - für die Zukunft - bei der siebenjährigen E._____ erscheint eine Überwachung der Erledigung der Hausaufgaben sowie zeitweise Hilfestellung beim Lernen im Bedarfsfall angezeigt. Offenbar kommt dies beim Beklagten während der Besuchswochenenden bei D._____ teilweise zu kurz (Prot. II S. 11). Sodann ergibt sich aus den Akten weiter, dass C._____ und D._____ neben dem teilweise bereits anspruchsvollen schulischen Pensum - C._____ beginnt im Sommer 2013 eine Lehre als Polymechniker, D._____ besucht die 5. Klasse (Prot. II S. 10 f.) - vielen Freizeitaktivitäten nachgehen (Urk. 14A S. 4, 15A/4/3/1, 23/4 S. 1). Anlässlich seiner Anhörung führte C._____ aus, er besuche zweimal pro Woche den Turnverein, wobei er zusätzlich noch samstags und sonntags, manchmal auch freitags an Wettkämpfen teilnehme. Das Training am Freitagabend dauere bis 22 Uhr. D._____ erklärte gegenüber der Gerichtsdelegation, er nehme Flötenunterricht und gehe am Freitagabend regelmäßig in die "Jugi" (Prot. II S. 11). Auf die Ausdehnung des Besuchswochenendes bis Montagmorgen angesprochen wurde deutlich, dass sowohl C._____ als auch D._____ den Sonntagabend bei sich zu Hause verbringen möchten (Prot. II S. 11 f.). Vor diesem Hintergrund erscheint die beantragte Ausdehnung des Besuchsrechts jeweils von Freitagabend ab 18.00 Uhr bis Montagmorgen Schulbeginn nicht sachgerecht. Vielmehr entspricht die im angefochtenen Entscheid getroffene Regelung des Besuchsrechts von Samstag, 10.00 Uhr bis Sonntag, 19.00 Uhr dem Kindeswohl, weshalb es damit sein Bewenden hat.

Die Klägerin ist sodann mit ihrem Antrag auf Einschränkung des Besuchsrechts (Rückkehr jeweils sonntags 18 Uhr statt sonntags 19 Uhr, Urk. 65 Ziff. I.5.) mit Hinweis auf die im summarischen Verfahren unzulässige Anschlussberufung ausgeschlossen (Art. 314 Abs. 2 ZPO). Überdies wäre dem Ansinnen auch im Rahmen der Offizialmaxime nicht zu folgen, da der väterliche Kontakt mit Blick auf das Kindeswohl nicht eingeschränkt werden soll. Sind am Besuchswochenende Hausaufgaben zu erledigen, wird der Beklagte darauf vermehrt ein Augenmerk zu

richten haben, damit die Kinder dies nicht nach der Rückkehr vom Besuchswochenende zu Hause nachholen müssen.

4.2. Hinsichtlich des Ferienbesuchsrechts haben D._____ und E._____ anlässlich ihrer Anhörung klar den Willen geäußert, mit dem Vater mehr Ferien verbringen zu wollen (Prot. II S. 11 f.). Diesbezügliche Hinderungsgründe sind aus den Akten nicht ersichtlich, zumal insbesondere die Hausaufgabenproblematik während der Ferien weitgehend entfällt. Anhaltspunkte, wonach der Vater die Kinder sodann in gesundheitsschädigender Weise vernachlässige, sind weder aus den Akten ersichtlich noch glaubhaft, fühlen sich die Kinder doch laut eigenen Angaben beim Vater sehr wohl. Die unterschiedlichen Auffassungen der Eltern zum Verhältnis von Aktivität und Erholung liegen im jeweiligen Erziehungsstil begründet und liegen beidseits im Rahmen des Vertretbaren. Sie sind hinzunehmen, ist doch die Aufrechterhaltung der persönlichen Bindung der Kinder zu beiden Elternteilen klar höher zu gewichten. Angesichts der dreizehn Wochen Schulferien von D._____ und E._____ erscheint das beantragte Ferienbesuchsrecht von 4 Wochen pro Kalenderjahr denn auch nicht überhöht und mit weiteren möglichen Ferienaktivitäten der Kinder wie Ski- und Cevi-Lager vereinbar. Anders verhält es sich mit dem Ferienbesuchsrecht für den heute 15-jährigen C._____. Seine Ferien werden sich laut seinen Angaben ab Sommer 2013 (Beginn der Lehre) zunächst auf sieben, hernach auf sechs resp. lediglich fünf Wochen pro Jahr belaufen. Es ist durchaus nachvollziehbar, dass er diese neben den Familienferien aufgrund seines Alters zunehmend auch mit Gleichaltrigen verbringen will. Der von ihm geäußerte Wille, mit dem Vater nicht mehr als drei Ferienwochen verbringen zu wollen (Prot. II S. 11), ist daher zu respektieren und es ist das bisherige Ferienbesuchsrecht von drei Wochen pro Kalenderjahr für C._____ beizubehalten. Überdies ist darauf hinzuweisen, dass sich C._____'s Bedürfnisse aufgrund seines Alters wandeln und die Eltern das Besuchsrecht entsprechend anzupassen haben werden. Ein Besuchsrecht gegen den Willen des Kindes ist weder durchsetzbar noch der Eltern-Kind-Beziehung zuträglich.

4.3. Neben dem erweiterten Ferienbesuchsrecht ist auch die Regelung eines Feiertagsbesuchsrechts vorzusehen, ist doch angesichts der Vorbringen der

Parteien glaubhaft, dass der Beklagte die Kinder kaum je über das vorinstanzlich festgelegte Minimalbesuchsrecht hinaus sieht (Urk. 52 S. 4). Es rechtfertigt sich daher, ein gerichtsbliches Feiertagsbesuchsrecht festzusetzen. Dabei erscheint es mit Blick auf die gesamten Umstände sachgerecht, das Besuchsrecht antragsgemäss in Jahren mit gerader Jahreszahl über die Osterfeiertage, allerdings von Gründonnerstag, 18.00 Uhr, bis Ostermontag, 18.00 Uhr, und über die Weihnachtsfeiertage vom 25. Dezember, 12.00 Uhr bis 26. Dezember, 18.00 Uhr, in Jahren mit ungerader Jahreszahl über Pfingsten von Freitag, 18.00 Uhr, bis Pfingstmontag, 18.00 Uhr, sowie über die Weihnachtsfeiertage vom 24. Dezember 16.00 Uhr, bis 25. Dezember, 12.00 Uhr, festzulegen.

4.4. Im Übrigen ergeben sich weder aus den Sachdarstellungen der Parteien noch aus den Akten Umstände, welche die Zuteilung der Obhut an die Klägerin in Frage stellen würden. Es besteht daher keinerlei Anlass, auf diese Frage weiter einzugehen (Urk. 52 S. 5).

B. Unterhalt Klägerin

1.1. Die Vorinstanz setzte im angefochtenen Entscheid für die Klägerin persönlich einen Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'000.– pro Monat fest (Urk. 53 S. 14). Der Beklagte fordert mit der Erstberufung eine Herabsetzung des Beitrages auf monatlich Fr. 700.– (Urk. 52 S. 2, 5 ff.), die Klägerin mit der Zweiberufung dessen Erhöhung auf monatlich Fr. 1'700.– (Urk. 77/52 S. 2 ff.).

1.2. Vorab ist festzuhalten, dass die Tatsachenbehauptungen des Beklagten in der Erstberufung zum Ehegattenunterhalt angesichts der verspäteten Berufungsantwort der Klägerin als unbestritten zu gelten haben, zumal deren generelle Bestreitung in der klägerischen Berufungsschrift aufgrund mangelhafter Substantiierung nicht ausreicht (Urk. 77/52 S. 4). Der Sachverhalt ist indes aufgrund der geltenden eingeschränkten Untersuchungsmaxime im Rahmen der beklagischen Anträge von Amtes wegen festzustellen (vgl. vorstehend Ziffer II.3.).

2. Einkommen Beklagter

2.1. Die Vorinstanz bezifferte das monatliche Nettoeinkommen des Beklagten beim F. _____ mit Fr. 9'600.– inkl. Kinderzulagen (100%-Stelle, Urk. 53 S. 14).

2.2. Die Klägerin rügt mit ihrer Berufung, der Vorinstanz sei bei der Unterhaltsberechnung ein Fehler unterlaufen. So sei das Nettoeinkommen des Beklagten auf monatlich Fr. 9'728.60 (inkl. Kinderzulagen) resp. Fr. 9'078.60 ohne Kinderzulagen zu veranschlagen. Unter Berücksichtigung des (hälftigen) Anteils am 13. Monatslohn von Fr. 765.55 betrage sein monatliches Nettoeinkommen ohne Kinderzulagen somit Fr. 9'835.15, resp. gerundet Fr. 9'800.– (Urk. 77/52 S. 2 f.). Dies wird vom Beklagten in seiner Berufungsantwort anerkannt (Urk. 77/63 S. 2), weshalb für die Berechnung des Ehegattenunterhalts von einem Nettoeinkommen des Beklagten von Fr. 9'800.– pro Monat (ohne Kinderzulagen) auszugehen ist.

3. Bedarf Klägerin

3.1. Die Vorinstanz ging für den erweiterten Notbedarf der Klägerin von insgesamt Fr. 8'368.– von folgenden Bedarfspositionen aus (Urk. 53 S. 10 f.):

Bedarf

Grundbetrag Klägerin	1'350.00
Grundbetrag C. _____	600.00
Grundbetrag D. _____	600.00
Grundbetrag E. _____	400.00
Zusatzkosten Kinder (Musik, Hobbies)	300.00
Kinderbetreuung	800.00
Wohnkosten, inkl. Nebenkosten	2'900.00
Krankenkasse, 4 Personen	488.00
Selbstbehalte Arzt	100.00
Todesfallversicherung	30.00
Hausrat- und Haftpflichtversicherung	50.00
Telefon / TV / Radio	200.00
Autoversicherung	200.00
Arbeitsweg	200.00
Auswärtige Verpflegung	50.00
Steuern, pro memoria	100.00
Total Bedarf	8'368.00
gerundet	8'400.00

3.2. Der Beklagte will die Zusatzkosten für die Kinder im klägerischen Bedarf lediglich mit Fr. 200.– anrechnen, da C. _____ vom Musikunterricht abgemel-

det worden sei und sich die Kosten somit um monatlich mindestens Fr. 100.– reduzieren würden (Urk. 52 S. 7). Wie der Begründung des angefochtenen Entscheides zu entnehmen ist, zog die Vorinstanz zwar für die Festsetzung der Kosten die eingereichte Abrechnung der Jahreskosten heran (Urk. 15A/4/3/1), bezeichnete den eingesetzten Betrag aber ausdrücklich als pauschal (Urk. 53 S. 11). Da er die Kosten für alle drei Kinder beschlägt, erscheint er denn auch nicht als überhöht, zumal es zwar zutreffen mag, dass sich die Kosten wegen C._____ zeitweise verringern, indes wohl aufgrund anderer Hobbies der Kinder wieder ansteigen. Der von der Vorinstanz eingesetzte Betrag von Fr. 300.– ist somit angemessen.

3.3. Die Krankenkassenprämien für die Klägerin und die drei Kinder sind per 1. Januar 2012 auf monatlich Fr. 526.– angestiegen (Urk. 77/55/3), was vom Beklagten anerkannt wurde (Urk. 77/63 S. 5) und entsprechend in den klägerischen Bedarf aufzunehmen ist.

3.4. Die Klägerin macht geltend, die von der Vorinstanz mit monatlich Fr. 100.– bezifferten Steuern seien zu tief. Es seien ihr analog zum Beklagten ebenfalls Fr. 300.– pro Monat anzurechnen (Urk. 77/52 S. 4). Die Einkommensverhältnisse der Parteien lassen eine Berücksichtigung der Steuerzahlungen im Bedarf zu. Aufgrund des Gebots der Gleichbehandlung der Ehegatten (vgl. Bräm/Hasenböhler, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich 1998, N 118A zu Ziff. 12 zu Art. 163 ZGB) erscheint eine Berücksichtigung der Steuerbetreffnisse bei beiden Parteien sachgerecht, wobei angesichts der Abziehbarkeit der Unterhaltsbeiträge beim Einkommen des Unterhaltspflichtigen und der Steuerbarkeit derselben bei der Unterhaltsberechtigten von ausgeglichenen Beträgen auszugehen ist. Es rechtfertigt sich daher, im vorliegenden Summarverfahren bei beiden Parteien ein Betrag im Umfang von Fr. 300.– zu berücksichtigen.

3.5. Der Bedarf der Klägerin ist demzufolge mit insgesamt (gerundet) Fr. 8'600.– zu veranschlagen.

4. Bedarf Beklagter

4.1. Beim erweiterten Notbedarf des Beklagten von insgesamt Fr. 4'045.– berücksichtigte die Vorinstanz folgende Bedarfspositionen (Urk. 53 S. 12 f.):

Bedarf	
Grundbetrag	1'200.00
Mietzins (inkl. Nebenkosten)	1'600.00
Krankenkasse	265.00
Hausrat- und Haftpflichtversicherung	30.00
Fahrtkosten öV.	200.00
Telefon / TV / Radio	150.00
Steuern	300.00
Auswärtige Verpflegung	300.00
Total Bedarf	4'045.00
gerundet	4'100.00

4.2. Die per 1. Januar 2012 erfolgte Erhöhung der Krankenkassenprämien auf Fr. 287.– ist unbestritten, zudem erstellt (Urk. 77/65/1) und entsprechend im Bedarf des Beklagten zu berücksichtigen.

4.3. Der Beklagte will aus beruflichen Gründen und zur Betreuung der Kinder während der Besuchszeit nicht weniger auf sein privates Fahrzeug angewiesen sein als die Klägerin (Urk. 77/63 S. 3, 52 S. 6, Prot. I S. 7). Insofern ist ihm angesichts seines Wohnortes (G. _____) sowie der diversen Freizeitaktivitäten der Kinder beizupflichten. Es rechtfertigt sich daher, dem Beklagten für die Benutzung seines Fahrzeuges Fahrtkosten im ausgewiesenen und unbestrittenem Umfang von Fr. 400.– monatlich (Urk. 17/24, 17/19, 17/20, 77/65/6) anzurechnen.

4.4. Der Beklagte führt sodann an, ihm seien aus einem zahnchirurgischen Eingriff Kosten von EUR 7'139.– bzw. Fr. 8'820.– erwachsen. Mittlerweile habe er einen Privatkredit von Fr. 20'000.– mit 24 monatlichen Rückzahlungsraten à Fr. 884.15 (Ende Laufzeit April 2014, Urk. 77/65/4) aufnehmen müssen, um neben diesen Zahnarztkosten Steuerschulden, offene Mittagstischrechnungen, Gerichtskosten sowie weitere Schulden zu decken. Während er sich mit seiner Berufungsschrift lediglich Fr. 100.– zur Deckung der zahnchirurgischen Kosten im Bedarf anrechnen lassen will (Urk. 52 S. 5 f.), macht er mit seiner Berufungsantwort den gesamten Betrag von Fr. 884.– für die Rückzahlung seines Privatkredits gel-

tend (Urk. 77/63 S. 2 ff., 77/65/4). Die Höhe der Zahnarztrechnung ist unbestritten und ausgewiesen (Urk. 55/1). Dass der Beklagte jedoch mit dem aufgenommenen Privatkredit (Urk. 55/2) neben seinen Kieferbehandlungskosten lediglich notwendige familiäre Auslagen deckte, macht er selbst nicht geltend (Urk. 63 S. 4) und wird denn auch aus den Akten nicht ersichtlich. Es rechtfertigt sich daher, im Bedarf des Beklagten lediglich die Kieferkorrekturkosten im ursprünglich beantragten Umfang von Fr. 100.– pro Monat anzurechnen. Da die geltend gemachten Kreditraten mangels Bestreitung der Klägerin als bezahlt zu gelten haben, sind sie gemäss ständiger Praxis der urteilenden Kammer bei der Überschussverteilung zu berücksichtigen, zumal sie aufgrund der unwiederbringlichen Bezahlung für die Erbringung von Unterhaltsleistungen effektiv nicht (mehr) zur Verfügung stehen.

4.5. Hinsichtlich der ebenfalls verlangten Erhöhung der Bedarfsposition "Steuern" (Urk. 77/63 S. 4) ist auf die vorstehenden Erwägungen (Ziff. III.B.3.4.) zu verweisen und dem Beklagten wie bis anhin Fr. 300.– im Bedarf anzurechnen.

4.6. Der Bedarf des Beklagten ist demzufolge mit insgesamt (gerundet) Fr. 4'400.– zu beziffern.

5. Unterhaltsberechnung

5.1. Der gemeinsame Freibetrag entspricht dem Überschuss der gemeinsamen Einkünfte über den gemeinsamen Bedarf:

Einkünfte Beklagter	Fr. 9'800.–
Einkünfte Klägerin	<u>Fr. 3'700.–</u>
Total Einkünfte	Fr. 13'500.–
Bedarf Beklagter	Fr. 4'400.–
Bedarf Klägerin	<u>Fr. 8'600.–</u>
Total Bedarf	Fr. 13'000.–
Freibetrag	Fr. 500.–

5.2. Es rechtfertigt sich, den resultierenden Freibetrag von Fr. 500.– aufgrund der Schuldentilgung des Beklagten den Parteien je zur Hälfte zuzuweisen (vgl. vorstehend Ziff. III.B.3.4.). Damit ergibt sich folgende Berechnung:

Bedarf Klägerin	Fr. 8'600.–
Freibetragsanteil Klägerin	Fr. 250.–
./. Einkünfte Klägerin	<u>Fr. 3'700.–</u>
Unterhaltsanspruch	Fr. 5'150.–

5.3. Unter Berücksichtigung der unangefochten gebliebenen Kinderunterhaltsbeiträge von insgesamt Fr. 3'600.– (Fr. 1'200.– je Kind) zuzüglich allfälliger Kinderzulagen ist der Beklagte in teilweiser Gutheissung der Zweitberufung zu verpflichten, der Klägerin ab 1. Februar 2012 monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'550.– zu bezahlen.

C. Kosten- und Entschädigungsfolgen angefochtener Entscheid

1. Die Vorinstanz auferlegte dem Beklagten die Kosten des angefochtenen Entscheides vollumfänglich und verpflichtete ihn zur Leistung einer Prozessentschädigung an die Klägerin (Urk. 53 S. 16). Mit seiner Berufung beantragt der Beklagte hälftige Teilung der Kosten und Wettschlagen der Parteientschädigungen (Urk. 52 S. 8 ff.).

2. Mit dem Beklagten ist festzuhalten, dass nach ständiger Rechtsprechung des Obergerichts die Kosten des Verfahrens *mit Bezug auf die Kinderbelange* unabhängig von dessen Ausgang den Parteien hälftig aufzuerlegen und die Prozessentschädigungen wettzuschlagen sind, wenn diese unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses gute Gründe zur Antragstellung hatten (ZR 84 Nr. 41, Art. 107 Abs. 1 lit. b und c ZPO). Da die Kinderbelange einerseits und die übrigen Aspekte des Eheschutzverfahrens andererseits gleich zu gewichten sind und da der Beklagte bezüglich der übrigen Aspekte unter Berücksichtigung der Anpassungen im Berufungsverfahren überwiegend unterliegt, rechtfertigt es sich, die Kosten der Klägerin zu 1/3 und dem Beklagten zu 2/3 aufzuerlegen und mit dem

von der Klägerin geleisteten Vorschuss von Fr. 1000.00 zu verrechnen, wobei der Beklagte zu verpflichten ist, der Klägerin Fr. 300.00 zu ersetzen.

Ferner ist der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 2'500.00 zu bezahlen.

IV.

1. Im (Erst- und Zweit-)Berufungsverfahren sind wiederum die Kinderbelange und die übrigen Aspekte ungefähr gleich zu gewichten. In Bezug auf die Kinderbelange sind die Kosten hälftig zu verlegen und keine Entschädigungen zuzusprechen, und in Bezug auf die übrigen Aspekte unterliegt der Beklagte auch im Berufungsverfahren überwiegend (zwar Anpassung der Kosten- und Entschädigungsfolgen zu seinen Gunsten, aber höhere Unterhaltsbeiträge), weshalb es sich auch für das Berufungsverfahren gesamthaft rechtfertigt, die Kosten zu 1/3 der Klägerin und zu 2/3 dem Beklagten aufzuerlegen und mit dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss von Fr. 1'000.-- zu verrechnen.

Ferner ist der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin eine reduzierte Parteienterschädigung zu bezahlen, wobei zu berücksichtigen ist, dass im Erstberufungsverfahren die Berufungsantwort nicht vom klägerischen Rechtsvertreter verfasst wurde.

2. Das älteste Kind der Parteien, C._____, hat das 14. Altersjahr vollendet. Gestützt auf Art. 301 lit. b ZPO ist daher der vorliegende Entscheid C._____ im Dispositiv und im Umfang der ihn betreffenden Erwägungen (III.A.) zuzustellen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass die Dispositiv-Ziffern 1, 2, 3, 6 sowie 8 bis 12 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Andelfingen vom 2. Dezember 2011 rechtskräftig geworden sind.
2. Das Berufungsverfahren LE120043 wird mit dem vorliegenden Berufungsverfahren LE120042 vereinigt und unter dieser Prozessnummer weitergeführt.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Der Beklagte ist berechtigt, die Kinder C._____, geboren tt.mm.1997, D._____, geboren tt.mm.2001, und E._____, geboren tt.mm.2006,
 - a) am ersten und dritten Wochenende eines jeden Monats jeweils von Samstag 10.00 Uhr bis Sonntag 19.00 Uhr, sowie
 - b) in Jahren mit gerader Jahreszahl über die Osterfeiertage, von Gründonnerstag, 18.00 Uhr, bis Ostermontag, 18.00 Uhr, und über die Weihnachtsfeiertage vom 25. Dezember, 12.00 Uhr bis 26. Dezember, 18.00 Uhr, sowie in Jahren mit ungerader Jahreszahl über Pfingsten von Freitag, 18.00 Uhr, bis Pfingstmontag, 18.00 Uhr, sowie über die Weihnachtsfeiertage vom 24. Dezember 16.00 Uhr, bis 25. Dezember, 12.00 Uhr,zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.
2. Der Beklagte ist überdies berechtigt, mit C._____ drei Wochen, mit D._____ und E._____ vier Wochen Ferien pro Kalenderjahr zu verbringen. Er hat die

entsprechenden Ferienpläne der Klägerin und den Kindern mindestens drei Monate im voraus bekannt zu geben.

3. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin einen persönlichen Unterhaltsbeitrag in Höhe von Fr. 1'550.– pro Monat zu bezahlen, zahlbar ab 1. Februar 2012 für die Dauer der Ehetrennung.
4. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren werden zu einem Drittel der Klägerin und zu zwei Dritteln dem Beklagten auferlegt und mit dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'000.-- verrechnet. Im Mehrbetrag stellt die Obergerichtskasse dem Beklagten Rechnung. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin den ihren Anteil an den Kosten übersteigenden Vorschuss von Fr. 300.-- zu ersetzen.
5. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das erstinstanzliche Verfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 2'500.– zu bezahlen.
6. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
7. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden zu einem Drittel der Klägerin zu zwei Dritteln dem Beklagten auferlegt und mit dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Im Mehrbetrag stellt die Obergerichtskasse dem Beklagten Rechnung.
8. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'000.– zu bezahlen.
9. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an die Parteien und an das Bezirksgericht Andelfingen, sowie im Dispositivauszug hinsichtlich Ziffer 1 und 2 samt Begleitschreiben an C._____, je gegen Empfangsschein.

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

10. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht,

1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

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

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 29. April 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic.iur. G. Ramer Jenny

versandt am: js