

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LE160007-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichterin Dr. M. Schaffitz sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

## Beschluss und Urteil vom 20. Dezember 2016

in Sachen

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

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X1. \_\_\_\_\_ und / oder

Rechtsanwalt lic. iur. X2. \_\_\_\_\_

gegen

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

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren  
am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 17. Dezember 2015  
(EE150173-L)**

**Urteil und Verfügung des Bezirksgerichtes Zürich,  
Einzelgericht, vom 17. Dezember 2015:**

**Es wird verfügt:**

1. Vom Rückzug des Antrags der Gesuchstellerin auf Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses wird Vormerk genommen.
2. Der Gesuchstellerin wird die unentgeltliche Rechtspflege gewährt. Der Gesuchstellerin wird Rechtsanwältin lic. iur. X1.\_\_\_\_ bzw. bis Oktober 2015 Rechtsanwältin MLaw X3.\_\_\_\_ als unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
3. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.
4. (Rechtsmittelbelehrung: Beschwerde, Frist 10 Tage, Hinweis auf fehlenden Fristenstillstand gemäss Art. 145 Abs. 2 ZPO).

**Es wird erkannt:**

1. Der Gesuchstellerin wird das Getrenntleben bewilligt und es wird festgestellt, dass die Parteien seit dem 9. August 2015 getrennt leben.
2. Die elterliche Sorge über den Sohn C.\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2012, wird der Gesuchstellerin zugeteilt.
3. Dem Gesuchsgegner wird vorläufig kein persönlicher Verkehr zum Sohn zugestanden.
4. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin an den Unterhalt und die Erziehung des Sohnes C.\_\_\_\_ einen monatlichen Unterhaltsbeitrag in der Höhe von Fr. 1'640.–, zuzüglich allfälliger vertraglicher und/oder gesetzlicher Kinderzulagen, zu bezahlen.  
  
Diese Unterhaltsbeträge sind zahlbar monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals ab dem Monat, in welchem der Sohn faktisch unter der Obhut der Mutter lebt.
5. Der Antrag der Gesuchstellerin auf Verpflichtung des Gesuchsgegners zur Bezahlung von Ehegattenunterhaltsbeiträgen wird abgewiesen.
6. Auf das Gesuch der Gesuchstellerin, es sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin Fr. 4'300.– zu bezahlen, wird nicht eingetreten.

7. Auf das Gesuch der Gesuchstellerin, sie sei gerichtlich zu ermächtigen, die Auszahlung der bei der D.\_\_\_\_\_ [Bank] liegenden Mietkaution (lautend auf beide Parteien) zu verlangen, wird nicht eingetreten.
8. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
- |            |                |                                   |
|------------|----------------|-----------------------------------|
| Fr.        | 3'600.-        | ; die weiteren Auslagen betragen: |
| Fr.        | 300.-          | Dolmetscherkosten                 |
| <b>Fr.</b> | <b>3'900.-</b> | <b>Total</b>                      |
9. Die Kosten werden dem Gesuchsgegner auferlegt.
10. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung in der Höhe von **Fr. 5'665.-** zu bezahlen (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer).
11. Die Parteientschädigung gemäss Dispo-Ziffer 10 dieses Entscheides wird Rechtsanwältin lic. iur. X1.\_\_\_\_\_ entrichtet, wobei die Entschädigung in der Höhe von Fr. 5'665.- (zzgl. 8% Mehrwertsteuer) nach Eintritt der Rechtskraft aus der Gerichtskasse erfolgt.
- Der Anspruch der Gesuchstellerin gegenüber dem Gesuchsgegner geht im Umfang von Fr. 5'665.- (zzgl. 8% Mehrwertsteuer) auf die Gerichtskasse über.
12. (Schriftliche Mitteilung).
13. (Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 10 Tage, Hinweis auf fehlenden Fristenstillstand gemäss Art. 145 Abs. 2 ZPO und sofortige Vollstreckbarkeit gemäss Art. 315 Abs. 4 lit. a ZPO).

### **Berufungsanträge:**

der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (Urk. 36):

- "1. Ziffer 4 des vorinstanzlichen Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 17. Dezember 2015 in Sachen A.\_\_\_\_\_ gegen B.\_\_\_\_\_ (Geschäfts-Nr. EE1501733) sei vollumfänglich aufzuheben und wie folgt zu ändern:

Es sei der Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Berufungsklägerin rückwirkend ab 1. August 2015 bis 31. November 2015 für sie persönlich sowie für das Kind C.\_\_\_\_\_ einen Unterhaltsbeitrag in der Höhe von monatlich Fr. 6'500.- zuzüglich 5 % Zinsen, jeweils auf den ersten Tag eines jeden Monats, zu bezahlen. Ab 1. Dezember 2015 sei der Berufungsbeklagte zu verpflichten, einen monatlichen Unterhaltsbeitrag für die Berufungsklägerin sowie für das Kind C.\_\_\_\_\_ in der Höhe von Fr. 6'000.- im Voraus, jeweils auf den ersten Tag eines jeden Monats, zu bezahlen.

2. Ziffer 5 des vorinstanzlichen Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 17. Dezember 2015 in Sachen A.\_\_\_\_\_ gegen B.\_\_\_\_\_ (Geschäfts-Nr. EE150173) sei vollumfänglich aufzuheben.
3. Ziffer 10 des vorinstanzlichen Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 17. Dezember 2015 in Sachen A.\_\_\_\_\_ gegen B.\_\_\_\_\_ (Geschäfts-Nr. EE150173) sei vollumfänglich aufzuheben und wie folgt abzuändern:

Der Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, der Berufungsklägerin eine Parteienschädigung in der Höhe von Fr. 19'714.20 (zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer) und Fr. 111.65 für zusätzliche Auslagen zu bezahlen.

Eventualiter sei der Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Berufungsklägerin eine Parteienschädigung in der Höhe von Fr. 16'954.20 (zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer) und Fr. 111.65 für zusätzliche Auslagen zu bezahlen.

4. Ziffer 11 des vorinstanzlichen Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 17. Dezember 2015 in Sachen A.\_\_\_\_\_ gegen B.\_\_\_\_\_ (Geschäfts-Nr. EE150173) sei vollumfänglich aufzuheben und entsprechend der durch die vorliegende Berufung abgeänderten Ziffer 10 des vorinstanzlichen Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 17. Dezember 2015 in Sachen A.\_\_\_\_\_ gegen B.\_\_\_\_\_ (Geschäfts-Nr. EE150173) (vorliegendes Rechtsbegehren Ziffer 3) abzuändern.
5. Eventualiter seien die Ziffern 4, 5, 10 und 11 des vorinstanzlichen Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 17. Dezember 2015 in Sachen A.\_\_\_\_\_ gegen B.\_\_\_\_\_ (Geschäfts-Nr. EE150173) aufzuheben und das Verfahren an die Vorinstanz zur weiteren Sachverhaltsabklärung zurückzuweisen.
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) zu Lasten des Berufungsbeklagten."

#### Prozessuale Anträge:

- "1. Es sei der Berufungsklägerin die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen sowie ihr in der Person der Unterzeichnenden eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.
2. Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens (Geschäfts-Nr. EE150173) seien für das Berufungsverfahren beizuziehen.
3. Der Berufungsbeklagte sei zu seinen tatsächlichen Einnahmen und Ausgaben zu befragen und erneut zur Gerichtsverhandlung vorzuladen.
4. Die tatsächlichen Einkommensverhältnisse des Berufungsbeklagten seien durch zusätzliche Abklärungen (Ermittlungen des Einkommens eines Dozenten an der Universität in E.\_\_\_\_\_ [Stadt in Vorderasien], der Einkünfte als

- Mitgründer der ...-Firma F. \_\_\_\_\_ Industry Association sowie allfällige weitere Einkünfte) zu ermitteln.
5. Der Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, sämtliche Belege betreffend sein Einkommen zu edieren.
  6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (letztere zuzüglich MwSt.) zu Lasten des Berufungsbeklagten."

### **Erwägungen:**

#### **I.**

1. Die Parteien heirateten am tt. Februar 2008 in G. \_\_\_\_\_ [Staat in Südost-europa] (Urk. 3/2). Am tt.mm.2012 kam der Sohn C. \_\_\_\_\_ zur Welt. Am 12. Juni 2015 reichte die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (fortan Gesuchstellerin) vor Vorinstanz ein Begehren um Erlass von Eheschutzmassnahmen ein, zusammen mit einem Gesuch um superprovisorische Zuteilung der elterliche Sorge (Urk. 1). Letzteres wurde mit Teilurteil vom 16. Juni 2015 abgewiesen (Prot. I S. 2). Am 22. August 2015 reiste der Gesuchsgegner und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchsgegner) mit seinem Sohn in sein Heimatland H. \_\_\_\_\_ [Staat in Vorderasien] und kehrte seither nicht mehr zurück. Nach Erneuerung des superprovisorischen Antrags (Urk. 14) wurde im Verlaufe des Verfahrens die elterliche Sorge über C. \_\_\_\_\_ vorerst superprovisorisch (Prot. I S. 3), danach im Sinne einer einstweiligen vorsorglichen Massnahme für die Dauer des Verfahrens (Prot. I S. 5) der Gesuchstellerin zugeteilt. Der weitere Prozessverlauf kann dem angefochtenen Urteil entnommen werden (Urk. 37 S. 3 f.). Am 17. Dezember 2015 fällte die Vorinstanz zunächst in unbegründeter, auf Verlangen beider Parteien in begründeter Form den eingangs wiedergegebenen Entscheid (Urk. 37 S. 31 ff.). Beide Parteien erhoben gegen dieses Urteil Berufung. In der Folge wurden zwei Verfahren angelegt; das Verfahren betreffend die Berufung des Gesuchsgegners wurde unter der Nummer LE160008-O geführt und mit Beschluss vom 2. Mai 2016 erledigt.

Im vorliegenden Berufungsverfahren LE160007 wurde mit Verfügung vom 12. Mai 2016 der bisherige Zustellempfänger des Gesuchsgegners entlassen und aus dem Rubrum gestrichen und dem Gesuchsgegner Frist für die Berufungsantwort angesetzt durch Publikation im Amtsblatt (Urk. 41, 43). Eine Berufungsantwort wurde nicht eingereicht. Mit Verfügung vom 16. Dezember 2016 wurde die Gesuchstellerin aufgefordert, zu dem vor Vorinstanz eingereichten Mietvertrag Stellung zu nehmen (Urk. 45). Die Stellungnahme ging am 12. Dezember 2016 ein (Urk. 46). Gleichzeitig stellte Rechtsanwalt lic. iur. X2.\_\_\_\_\_ ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege, da die mandatsführende Anwältin, Rechtsanwältin lic. iur. X1.\_\_\_\_\_, die Kanzlei I.\_\_\_\_\_ Rechtsanwälte AG im Sommer 2016 verlassen habe (Urk. 46 S. 1).

2. Die Berufung hemmt die Rechtskraft nur im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Nicht angefochten wurden die Dispositiv-Ziffern 1 (Getrenntleben), 2 (elterliche Sorge), 3 (kein persönlicher Verkehr), 6 (Nichteintreten auf Bezahlung von Fr. 4'300.–) und 7 (Nichteintreten Ermächtigung betr. Mietkaution). Diese Ziffern sind somit rechtskräftig, was vorzumerken ist.

## II.

1. Die Berufungseingabe muss Anträge enthalten. Im Falle von Geldforderungen sind die Anträge zu beziffern. Dies gilt auch für den Kinderunterhalt (BGE 137 III 617 E. 4.5). Die Vorinstanz hat in Dispositiv-Ziffer 4 den Kinderunterhalt beziffert und in Dispositiv-Ziffer 5 festgehalten, dass kein Ehegattenunterhalt geschuldet ist. Die Gesuchstellerin beantragt in Ziff. 1 der Berufungsanträge, der Berufungsbeklagte sei zu einem Gesamtunterhalt für die Gesuchstellerin und das Kind zu verpflichten und hält damit am Begehren gemäss erstinstanzlichem Verfahren fest. Dieser Antrag erfüllt die aufgezeigten Anforderungen an die Bezifferung bzw. die Bestimmtheit von Berufungsanträgen nicht. Jedoch steht die Rechtsfolge des Nichteintretens auf unbezifferte Begehren unter dem Vorbehalt des überspitzten Formalismus (Art. 29 Abs. 1 BV). Daraus folgt, dass auf eine Berufung mit formell mangelhaften Rechtsbegehren ausnahmsweise einzutreten ist, wenn sich aus der Begründung, allenfalls in Verbindung mit dem angefochtenen Entscheid, ergibt,

was der Berufungskläger in der Sache verlangt oder - im Falle zu beziffernder Rechtsbegehren - welcher Geldbetrag zuzusprechen ist. Der Unterhaltsanspruch des Ehegatten unterliegt dem Dispositionsgrundsatz (Art. 58 Abs. 1 ZPO). Daraus folgt, dass der von der Gesuchstellerin angebehrte Betrag für sie persönlich höchstens den Differenzbetrag zum vorinstanzlich festgesetzten Kinderunterhalt, dessen Höhe nicht substantiiert bestritten wird, ausmachen kann, nämlich Fr. 4'860.– bzw. Fr. 4'360.– (Fr. 6'500.– ./ Fr. 1'640.–; Fr. 6'000.– ./ Fr. 1'640.–). Im Weiteren ist auf die Parteivorbringen nur soweit notwendig einzugehen.

2. Im Berufungsverfahren sind neue Vorbringen lediglich beschränkt zulässig. Zulässig sind neue Tatsachenvorbringen und Beweismittel nur dann, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (und ohne Verzug vorgebracht werden; Art. 317 Abs. 1 ZPO). Dies gilt auch für Verfahren, welche – wie das vorliegende eherechtliche Verfahren – der Untersuchungsmaxime unterstehen, denn eine analoge Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO im Berufungsverfahren ist abzulehnen, da die im Gesetz eigens vorgesehene spezielle Regelung von Art. 317 ZPO vorgeht (BGE 138 III 625 E. 2.2).

3. In prozessualer Hinsicht wird beantragt, der Gesuchsgegner sei zu seinen tatsächlichen Einnahmen und Ausgaben zu befragen und erneut zur Gerichtsverhandlung vorzuladen (Ziffer 3), die tatsächlichen Einkommensverhältnisse seien durch zusätzliche Abklärungen zu ermitteln (Ziffer 4) und der Gesuchsgegner habe sämtliche Belege betreffend sein Einkommen zu edieren (Ziffer 5). Alle diese prozessualen Anträge wurden weder unter dem Aspekt des Novenrechts (Art. 317 Abs. 1 ZPO), noch in der Sache begründet, weshalb darauf nicht einzutreten bzw. auf die Erwägungen in der Sache zu verweisen ist (unten Ziff. 6). Das Berufungsverfahren stellt keine Fortsetzung oder gar Wiederholung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern ist nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGer 4A\_619/2015 vom 25. Mai 2016, E. 2.2.1). Es zeichnet sich dadurch aus, dass bereits eine richterliche Beurteilung des Rechtsstreits vorliegt, und sein Gegenstand wird durch die Berufungsanträge und die Berufungsbegründung umrissen. 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 (Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 317 N 31; Volkart, DIKE-Komm-ZPO Art. 317 N 3 f.).

4. Die Gesuchstellerin ist ... Staatsbürgerin [des Staates G.\_\_\_\_\_] mit Wohnsitz in Zürich, der Gesuchsgegner Staatsbürger von H.\_\_\_\_\_; er hat seinen Wohnsitz nach der Gesuchseinreichung nach E.\_\_\_\_\_ verlegt. Die Vorinstanz hat ihre Zuständigkeit und die Anwendung des schweizerischen Rechts zu Recht bejaht (Urk. 37 S. 5). Daran vermag das in der Zwischenzeit in H.\_\_\_\_\_ und ohne Kenntnis der Gesuchstellerin ergangene Scheidungsurteil (Urk. 24/1 = Urk. 26/21) nichts zu ändern, da offensichtlich ist, dass es in der Schweiz nicht anerkannt werden kann (vgl. BGE 134 III 326 E. 3.3).

5. In zweiter Instanz strittig ist der Unterhalt. In erster Linie geht es um die Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners. Die Ehegatten- und Kinderunterhaltsbeiträge bilden aus Sicht der finanziellen Leistungsfähigkeit des Schuldners ein Ganzes, so dass sich die Untersuchungsmaxime (Art. 296 Abs. 1 ZPO) auch auf die Tatsachengrundlage für die Bestimmung des Ehegattenunterhalts auswirkt (BGer 5A\_141/2014 vom 28. April 2014, E. 3.4).

6. Leistungsfähigkeit Gesuchsgegner

6.1 Der Gesuchsgegner ist Software-Entwickler und arbeitete in der Schweiz bei der Firma K.\_\_\_\_\_ AG in L.\_\_\_\_\_, welche im Bereich von Solarenergie tätig ist. Mit Schreiben vom 27. August 2015 kündigte er das Arbeitsverhältnis auf Ende Oktober 2015. Bereits am 22. August 2016 reiste er ohne Wissen und ohne Absprache mit der Gesuchstellerin zusammen mit seinem Sohn in sein Heimatland H.\_\_\_\_\_ und kehrte seither nicht mehr zurück. Er selber äusserte gegenüber der Vorinstanz in einer Faxeingabe, dass er seit dem 9. August 2015 in H.\_\_\_\_\_ geschieden sei (Urk. 37 S. 17).

6.2 Bei Gesuchseinreichung im Juni 2015 ging die Gesuchstellerin von einem monatlichen Einkommen bei K.\_\_\_\_\_ AG von Fr. 7'654.– aus (Urk. 1 S. 6). An-

lässlich der Verhandlung vom 10. Dezember 2015 führte sie aus, der Gesuchsgegner habe in H.\_\_\_\_\_ seine eigene Firma "F.\_\_\_\_\_ for Energy Solutions" aufgebaut, welche sehr aktiv sei und in regem Kontakt mit weiteren Solarfirmen stehe und offensichtlich weltweite Aufträge wahrnehme. Der Gesuchsgegner sei ein sehr guter Geschäftsmann und es könne davon ausgegangen werden, dass er auch mit seiner neuen Tätigkeit als Mitgründer und Berater in technischen Angelegenheiten einer international ausgerichteten Solarenergieunternehmung eine ähnlich hohe Lohnsumme erziele wie unter seiner Anstellung bei K.\_\_\_\_\_ AG. Zusätzlich unterrichte er an einer Universität (Urk. 25 S. 17, Prot. I S. 7).

6.3 Die Vorinstanz stellte sich auf den Standpunkt, dass das in der Schweiz bei der Firma K.\_\_\_\_\_ AG erzielte monatliche Nettoeinkommen Fr. 7'265.– betragen habe und dass dieses den finanziellen Verhältnissen in H.\_\_\_\_\_ anzupassen sei. Daher berechne sich das anrechenbare Einkommen unter Berücksichtigung des für ... [Stadt in Nordostafrika] geltenden Index von 44.2 Punkten (Zürich = 100) auf Fr. 3'211.– (Urk. 37 S. 18).

6.4 Die Gesuchstellerin macht in der Berufung geltend, der Gesuchsgegner habe nie behauptet, dass sich das Einkommen durch den Wegzug reduziert habe. Es seien von der Vorinstanz keine weiteren Ermittlungen getätigt worden, welche eine Reduzierung des Einkommens im Umfang von Fr. 4'054.50 rechtfertigen würden. Dem Gesuchsgegner sei ein hypothetisches Einkommen anzurechnen. Aus seinem rechtsmissbräuchlichen Wegzug mit dem Kind entgegen und in Verletzung des alleinigen Sorgerechts der Gesuchsgegnerin dürfe kein Recht entstehen und zu seinen Gunsten von einem tieferen Einkommen ausgegangen werden, obwohl dies zu keiner Zeit geltend gemacht worden sei. Der Gesuchsgegner sei zur Eheschutzverhandlung im Dezember unentschuldigt nicht erschienen. In seiner Faxeingabe an das Gericht habe er das aktuelle Einkommen nicht erwähnt. Dafür habe er ausgeführt, er arbeite nun täglich als Dozent an der Universität, womit er offensichtlich neben seiner Tätigkeit in der von ihm gegründeten Solarfirma ein zusätzliches Einkommen generiere. Zwar lebe er mittlererweile in H.\_\_\_\_\_, wo das Durchschnittseinkommen tiefer liege als in der Schweiz, allerdings könne mit guten Gründen angenommen werden, dass der Gesuchsgegner

aufgrund seiner sehr guten Ausbildung und seinen hervorragenden Fremdsprachenkenntnissen in Englisch und Deutsch mindestens ein den schweizerischen Verhältnissen entsprechendes Einkommen erziele. Er habe einen "Master of Business Administration (MBA)" in erneuerbarer Energie erlangt und sei mit seiner Firma F.\_\_\_\_\_ for Energy Solutions nachweislich bereits im Jahr 2014 in regem Kontakt mit europäischen Handelspartnern gestanden. Objektiv würden keine Gründe vorliegen, weshalb der Gesuchsgegner nicht ein Einkommen von Fr. 7'265.20 erzielen könnte (Urk. 36 S. 9 f.).

6.5 Der Unterhaltsanspruch eines Ehegatten während der ganzen Dauer der Ehe hat seine Grundlage ausschliesslich in Art. 163-165 ZGB. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass das Ende der Ehe zufolge tiefer Zerrütung absehbar ist. Zwar sind die geltenden Kriterien gemäss Art. 125 ZGB bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen im Eheschutzverfahren miteinzubeziehen, wenn eine Wiedervereinigung der Eheleute unwahrscheinlich ist. Die gesetzliche Grundlage zur Unterhaltsberechnung bildet aber weiterhin Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB und nicht Art. 125 ZGB. Die Parteien sind nach wie vor miteinander verheiratet und schulden einander gemäss Art. 159 Abs. 1 ZGB Treue und Beistand und haben gemeinsam für den gebührenden Unterhalt der Familie zu sorgen. Dies hat zur Folge, dass - im Gegensatz zum nachehelichen Unterhalt - der Grundsatz des Anspruchs auf Teilhabe an der Lebenshaltung massgebend ist, auf die sich die Ehegatten verständigt haben und die sie tatsächlich gelebt haben. Während mit Bezug auf den nachehelichen Unterhalt die Ehedauer von Bedeutung ist, ist dieses Kriterium für den Unterhalt während der Ehe unbeachtlich, da die Ehe während des Eheschutzverfahrens eben gerade noch besteht. Es geht in diesem Sinne nicht um eine nacheheliche Solidarität, sondern um den während der Ehe von Gesetzes wegen bestehenden Unterhaltsanspruch (vgl. Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Aufl., Bern 2010, Rz. 04.03 ff.; BGE 119 II 314, Erw. 4b/aa).

6.6 Die Gesuchstellerin führte vor Vorinstanz aus, dass die Parteien entschieden hätten, als eine religiös gemischte Familie zu leben. Die Basis ihrer (der Gesuchstellerin) Entscheidung sei gewesen, in die Schweiz zu ziehen und hier, in

einem zivilisierten Land, eine Zukunft aufzubauen (Prot. I S. 12). Dies blieb unwidersprochen. Daraus ist zu folgern, dass der gemeinsame Lebensentwurf der Parteien gewesen war, in der Schweiz als einem Drittland zu leben. Plausible Gründe für die Rückkehr in sein Heimatland macht der Gesuchsgegner keine geltend. Seine Arbeitsstelle hat er freiwillig aufgegeben (Urk. 15/17). Entgegen der Auffassung des Gesuchsgegners, der sich auf ein nicht anerkennungsfähiges Scheidungsurteil bezieht (Urk. 23, 24/1), sind die Parteien nach wie vor verheiratet und haben gemeinsam für den gebührenden Unterhalt der Familie zu sorgen. Bestehen also familiäre Unterhaltsverpflichtungen, muss der Unterhaltsverpflichtete das ihm Zumutbare unternehmen, um seinen Unterhaltspflichten nachzukommen (BGE 137 III 118 E. 3.1). In diesem Umfang ist der Unterhaltsverpflichtete in seiner Lebensgestaltung eingeschränkt, weil dasjenige Einkommen zu erzielen ist, das mit zumutbarem Aufwand und gutem Willen tatsächlich erzielt werden kann. Wie die Lebenshaltungskosten, so sind auch die Löhne in H.\_\_\_\_\_ erheblich tiefer, und wurden von der Vorinstanz auf 44.2 Punkte veranschlagt. Mit anderen Worten hat der Gesuchsgegner mit dem Umzug nach H.\_\_\_\_\_ seine mögliche Leistungsfähigkeit freiwillig vermindert. Geht die Einkommensverminderung auf eine freiwillige und einseitige Entscheidung des Unterhaltspflichtigen zurück, so ist eine solche Verschlechterung in der Regel unbeachtlich; der Unterhaltsschuldner soll die Folgen seines einseitig getroffenen Entscheides selber tragen und nicht auf den Unterhaltsgläubiger abwälzen können. Massgebend ist die objektive Leistungsfähigkeit (BGE 121 III 297 E 3b).

6.7 Bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen darf der Richter vom tatsächlichen Leistungsvermögen des Pflichtigen, das Voraussetzung und Bemessungsgrundlage der Beitragspflicht bildet, abweichen und stattdessen von einem hypothetischen Einkommen ausgehen, falls und soweit der Pflichtige bei gutem Willen bzw. bei ihm zumutbarer Anstrengung mehr zu verdienen vermöchte, als er effektiv verdient. Wo die reale Möglichkeit einer Einkommenssteigerung fehlt, muss eine solche jedoch ausser Betracht bleiben. Selbst wenn er seine Leistungsfähigkeit in Schädigungsabsicht beeinträchtigt, darf dem rechtsmissbräuchlich handelnden Unterhaltspflichtigen ein hypothetisches Einkommen nur angerechnet werden, wenn er die Verminderung seiner Leistungskraft rückgängig machen

kann (zum Ganzen BGE 128 III E. 4a). Diese Rechtsprechung hat das Bundesgericht für sämtliche Matrimonialsachen entwickelt. Sie gilt für Sachverhalte, in denen der Richter die Pflicht zur Aufnahme oder Ausweitung der Erwerbstätigkeit bejaht und von der betreffenden Partei durch die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens eine Umstellung ihrer Lebensverhältnisse verlangt (BGer 5A\_184/2015 vom 22. Januar 2016, E. 3.2).

Anders verhält es sich, wenn der Unterhaltsschuldner schon bis anhin einer vollzeitlichen Erwerbstätigkeit nachgegangen ist und seine vorbestehende Unterhaltspflicht erfüllt hat. Denn in diesem Fall bedarf der Schuldner keiner Übergangs- oder Anpassungsfrist, um eine Erwerbstätigkeit aufnehmen oder ausweiten und hierzu seine Lebensverhältnisse umstellen zu können. Vielmehr muss der Alimentenschuldner alles in seiner Macht Stehende tun und insbesondere seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit voll ausschöpfen, um seiner Unterhaltspflicht nachzukommen. Begnügt sich der Unterhaltspflichtige selbst bei einem unfreiwilligen Stellenwechsel wissentlich mit einer nur ungenügend einträglichen Erwerbstätigkeit, so hat er sich anrechnen zu lassen, was er unter den gegebenen Umständen zu erwirtschaften vermöchte (BGer 5A\_184/2015 vom 22. Januar 2016, E. 3.3). Dabei sind im Verhältnis zum unmündigen Kind besonders hohe Anforderungen an die Ausnützung der Erwerbskraft zu stellen. Dies gilt vor allem in jenen Fällen, wo wirtschaftlich enge Verhältnisse vorliegen (BGE 137 III 118 E. 2.3 m.w.H.).

6.8 Im zu beurteilenden Fall liegen objektiv gesehen keine Anhaltspunkte vor, dass es dem Gesuchsgegner nicht möglich und zumutbar gewesen wäre, in der Schweiz zu verbleiben und das bisher erwirtschaftete Einkommen zu erzielen. Die Angabe des Gesuchsgegners, er habe keine gültige Aufenthaltsbewilligung mehr in der Schweiz (Urk. 23), ist unbelegt und widerspricht einer von der Vorinstanz eingeholten Auskunft bei der Einwohnerkontrolle, wonach der Gesuchsgegner über einen gültigen Aufenthaltsstatus bis 29. März 2018 verfügt (Urk. 16/2). Die im Kündigungsschreiben an die Arbeitgeberin vom 28. Juli 2015 erwähnten gesundheitlichen und familiären Gründe sind unsubstantiiert (Urk. 15/17). Auch im Kündigungsschreiben an die Kindertagesstätte von C.\_\_\_\_\_, wo der Gesuchs-

gegner anführt, die Familie müsse kurzfristig nach H.\_\_\_\_\_ wegziehen, bleibt der Grund im Dunkeln (Urk. 15/18). Auch wenn der Gesuchsgegner in sein Heimatland zurückgekehrt ist, so sprechen aus Sicht der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit weder persönliche, familiäre noch gesundheitliche Gründe für eine Arbeitstätigkeit im Ausland. Immerhin wohnte er von August 2007 bis September 2008 in Zürich, alsdann vier Jahre in G.\_\_\_\_\_ und ab Mitte Juli 2012 wiederum in der Schweiz (Urk. 16/2). Konkrete, nachvollziehbare Motive hat der Gesuchsgegner jedenfalls nicht geltend gemacht. Auch bei Geltung des Untersuchungsgrundsatzes sind die Parteien nicht davon befreit, bei der Feststellung des entscheidungsrelevanten Sachverhalts im Sinne einer prozessualen Obliegenheit aktiv mitzuwirken und die allenfalls zu erhebenden Beweise zu bezeichnen. Folglich tragen sie auch im Bereich der Untersuchungsmaxime die Verantwortung für die Sachverhaltsermittlung (Somm/Lazic, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 272 N 11). Zudem sind die Parteien zur Mitwirkung bei der Beweiserhebung verpflichtet (Art. 160 ZPO). Der Gesuchsgegner ist seiner Behauptungs- und Mitwirkungspflicht in keiner Weise nachgekommen, und er hat trotz der Aufforderung in der Vorladung (Urk. 21) keinerlei Belege eingereicht. Er hat einzig mitgeteilt, dass er keine Spesen (wohl Unterhaltsbeiträge) für die Gesuchstellerin bezahlen könne (Urk. 23). Damit zeigt sich zudem, dass er um seine bestehende Unterhaltspflicht weiss. Nach dem Gesagten vermag der Gesuchsgegner seinen Wegzug und die damit verbundene Einkommenseinbusse nicht zu rechtfertigen. Demzufolge ist dem Gesuchsgegner weiterhin sein in der Schweiz erzieltetes Einkommen in der Höhe von Fr. 7'265.- anzurechnen.

6.9 Nach der unter Ziff. 6.7 erwähnten Rechtsprechung bedarf es in den Fällen, wo der Unterhaltsschuldner schon bis anhin einer vollzeitlichen Erwerbstätigkeit nachgegangen ist und seine vorbestehende Unterhaltspflicht erfüllt hat, keiner Übergangs- oder Anpassungsfrist, damit er eine Erwerbstätigkeit aufnehmen oder ausweiten und hierzu seine Lebensverhältnisse umstellen kann. In Nachachtung dieser Praxis bedarf der Gesuchsgegner keiner Übergangsfrist. Es geht nicht darum, dass er eine Erwerbstätigkeit aufnehmen bzw. ausdehnen und seine Lebensverhältnisse umstellen muss. Vielmehr hat er wie erwähnt seine Arbeitsstelle

freiwillig gekündigt. Entsprechend ist dem Gesuchsgegner das Einkommen auch nach der per 31. Oktober 2015 erfolgten Kündigung anzurechnen.

7. Die Ermittlung der massgeblichen Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners gründet auf der Prämisse, dass der Wegzug ins Ausland unbeachtlich zu bleiben hat, da eine weitere Arbeitstätigkeit in der Schweiz als zumutbar zu erachten ist. Konsequenterweise ist dem Gesuchsgegner deshalb ein Existenzminimum nach schweizerischen Verhältnissen anzurechnen.

8. Bedarf Gesuchsgegner

8.1 Die Vorinstanz ermittelte den Bedarf nach Schweizer Verhältnissen, rechnete den Betrag von Fr. 3'510.– auf die Verhältnisse in H.\_\_\_\_\_ um (44.2 Punkte) und setzte einen Bedarf von Fr. 1'574.– fest (Urk. 37 S. 21 f.). Die Gesuchstellerin kritisiert die Miete, welche die Vorinstanz mit Fr. 1'400.– bzw. mit Fr. 620.– veranschlagte (Urk. 37 S. 21 f.), und sie wiederholt ihren Standpunkt vor Vorinstanz, wonach lediglich (indexiert) Fr. 200.– zuzubilligen seien (Urk. 36 S. 20). Der Gesuchsgegner wohne bei seiner Familie, welche über eine Villa mit genügend Platz verfüge. Er habe diese Wohnart gewählt, damit seine Mutter die Betreuung von C.\_\_\_\_\_ übernehmen könne. Diese Unterstützung der Mutter zur rechtswidrigen Tat des Gesuchsgegners dürfe nicht geschützt werden (Urk. 36 S. 20).

Die Vorinstanz erwog dazu, der Gesuchsgegner habe Anspruch auf eine eigene Wohnung, weshalb ihm ein Mietzins von Fr. 1'400.– bzw. von Fr. 620.– anzurechnen sei (Urk. 37 S. 21). Die Vorinstanz ist der Rechtsprechung gefolgt, wonach beide Ehegatten nach Aufnahme des Getrenntlebens einen grundsätzlichen Anspruch auf Fortführung der während der Ehe gelebten Lebenshaltung haben, bzw. bei beschränkten finanziellen Mitteln auf eine gleichwertige Lebensführung. Aus dem im Eheschutzverfahren zu beachtenden Gleichbehandlungsgrundsatz folgt sodann, dass einer Partei, die vorübergehend in Wohngemeinschaft mit Dritten lebt und sich insofern bezüglich des Wohnkomforts einschränkt, hypothetisch derjenige Betrag anzurechnen ist, der den angemessenen Mietkosten entspricht. Demnach steht es einer Partei insbesondere zu, den durch den eingeschränkten Komfort ersparten Betrag anderweitig zu verwenden (ZR 87 [1988] Nr. 144;

Hausheer/Spycher, a.a.O., Rz. 02.34). Der eingesetzte Betrag erscheint, auch unter Berücksichtigung der Wohnkosten für die Gesuchstellerin, als angemessen und ist zu übernehmen.

8.2 Zusammenfassend ist von einem Bedarf von Fr. 3'510.– auszugehen.

## 9. Einkommen Gesuchstellerin

Das Einkommen der Gesuchstellerin wurde ab dem Zeitpunkt der Obhutsausübung auf Fr. 2'449.– bei 50 % veranschlagt (Urk. 37 S. 19). Dies blieb unangefochten. Gegenwärtig arbeitet die Gesuchstellerin 75 % und erzielt ein Nettoeinkommen von Fr. 3'474.50 (Urk. 25 S. 13).

## 10. Bedarf Gesuchstellerin mit Sohn

10.1 Vor Vorinstanz bezifferte die Gesuchstellerin den Bedarf für sie und C. \_\_\_\_\_ mit Fr. 10'002.70 bis Ende November 2015 und mit Fr. 8'452.70 ab Dezember 2015, da sie ab diesem Zeitpunkt über eine günstigere Wohnung (Fr. 2'220.– statt Fr. 3'770.–) verfüge (Urk. 25 S. 14 f.). Die Vorinstanz setzte den Bedarf auf Fr. 6'278.– fest (Urk. 37 S. 21):

Grundbetrag	Fr. 1'350.–
Grundbetrag Sohn	Fr. 400.–
Wohnkosten	Fr. 2'220.–
Krankenkasse KVG	Fr. 213.–
Krankenkasse Sohn	Fr. 82.–
Telefon/Internet	Fr. 180.–
Radio/TV	Fr. 26.–
Hausratversicherung	Fr. 22.–
Fahrkosten	Fr. 100.–
auswärtige Verpflegung	Fr. 110.–
Kinderbetreuung	Fr. 1'575.–
Total	Fr. 6'278.–

Die Vorinstanz erwog, da die Unterhaltsbeiträge nicht rückwirkend, sondern erst für die Zukunft zugesprochen würden, seien als Mietkosten Fr. 2'220.– einzusetzen. Ferner seien die geltend gemachten Arztkosten und die Schuldentilgung nicht zu berücksichtigen (Urk. 37 S. 21, 23).

10.2 In der Berufung macht die Gesuchstellerin neu einen Bedarf von Fr. 9'828.– bis Ende November 2015 und von Fr. 8'345.70 ab Dezember 2015 geltend (Urk. 36 S. 18). Sie akzeptiert die Positionen Grundbetrag, Wohnkosten ab Dezember 2015, Krankenkasse KVG, Telefon/Internet, Radio/TV und Hausratversicherung.

Bevor auf die von der Gesuchstellerin beanstandeten Positionen eingegangen wird, ist anzufügen, dass für die erkennende Kammer in Anwendung der Untersuchungsmaxime (vgl. oben Erw. 5) die Frage zu prüfen war, ob die Gesuchstellerin in Haushaltgemeinschaft mit einer erwachsenen Person lebt (Urk. 45 S. 2).

M.\_\_\_\_\_ hat nämlich den Mietvertrag für die Wohnung an der N.\_\_\_\_\_ -Strasse ... in ... Zürich als "Solidarmmieter" mitunterzeichnet (Urk. 26/26). Die Gesuchstellerin hat in ihrer Stellungnahme vom 12. Dezember 2016 ausgeführt, dass es sich bei M.\_\_\_\_\_ um ihren Vorgesetzten handle, der bloss subsidiär für allfällige Mietzinsausstände hafte (Urk. 46 S. 2). Dazu reichte sie eine Wohnsitzbestätigung von M.\_\_\_\_\_ ein, welcher seit dem 25. Juli 2007 an der O.\_\_\_\_\_ -Strasse ... in ... Zürich wohnt (Urk. 28/2). Daher ist es glaubhaft, dass die Gesuchstellerin die Wohnung für sich alleine gemietet hat und die volle Miete bezahlen muss.

10.3 Die Gesuchstellerin kritisiert die folgenden Positionen:

a) Krankenkasse VVG

Die Gesuchstellerin verlangt die Einberechnung der Prämien für das VVG ab Dezember 2015, welche die Vorinstanz aufgrund des Mankos nicht angerechnet hat (Urk. 37 S. 22). Dies ist bei den vorliegenden finanziellen Verhältnissen zu bestätigen (vorbehalten die Erwägungen unter Ziffer 12.2 lit. b).

b) Arztkosten C.\_\_\_\_\_

Die Vorinstanz berücksichtigte die geltend gemachte Arztkosten von C.\_\_\_\_\_ von Fr. 300.– nicht, da es sich hierbei um einen Erfahrungswert handle und ungewiss sei, ob diese Kosten in der Zukunft tatsächlich anfallen würden (Urk. 37 S. 23). Die Gesuchstellerin hält daran fest, dass beim Kind Fr. 300.– als Erfahrungswert für Arztkosten anzurechnen seien. Die Kosten seien in der Zeit der ehelichen

Gemeinschaft regelmässig angefallen. Es seien keine Anhaltspunkte ersichtlich, weshalb diese Kosten in der Zukunft nicht mehr anfallen sollten (Urk. 36 S. 16).

Im Recht liegen zwei Arztrechnungen vom 10.3.2014 und vom 2.6.2014. Diese belegen erstens Gesundheitskosten im ersten Halbjahr 2014 für insgesamt Fr. 786.– bzw. von Fr. 131.– pro Monat (Urk. 3/10). Zweitens lässt sich den eingereichten Unterlagen nicht entnehmen, wieviel der von den Eltern zu tragende Selbstbehalt ausmacht. Und schliesslich ist mit der Vorinstanz zu schliessen, dass aus heutiger Sicht nicht abzuschätzen ist, ob und in welchem Umfang inskünftig allfällige Gesundheitskosten entstehen könnten. Mit der Vorinstanz sind keine Gesundheitskosten anzurechnen.

c) Auswärtige Verpflegung

Die Vorinstanz sprach einen Betrag von Fr. 110.– zu, basierend auf der Annahme, dass die Gesuchstellerin - nach der Rückkehr von C.\_\_\_\_\_ in ihre Obhut - ein 50 %-Pensum versehen wird, und deshalb Anspruch auf den gerichtsüblichen Betrag von Fr. 110.– habe (Urk. 37 S. 22). Die Gesuchstellerin fordert weiterhin Fr. 350.– pro Monat (Urk. 36 S. 15 f.).

Die Kosten für Nahrung sind bereits im Grundbetrag enthalten, weshalb unter der Position der auswärtigen Verpflegung nur Mehrkosten zu berücksichtigen sind (vgl. Kreisschreiben betreffend die Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums [fortan Kreisschreiben], Ziff. III 3.2). Dabei sind 50 % des Grundbetrags für die Nahrungskosten vorgesehen (Kreisschreiben, Ziffer V.), vorliegend somit ca. Fr. 550.--. Davon sind ca. 55 %, mithin pro Tag ca. Fr. 10.-- für das Mittagessen zu verwenden (vgl. ZR 84 Nr. 68). Damit bleibt es beim Betrag gemäss Vorinstanz (vorbehalten die Erwägungen unter Ziffer 12.2 lit. a).

d) Kinderbetreuung

Die Vorinstanz rechnete der Gesuchstellerin einen Betrag von Fr. 1'575.– für Kinderbetreuung an (Urk. 37 S. 23). Sie ging wiederum von einem 50 %-Pensum aus, weshalb sich eine Fremdbetreuung an maximal drei Tagen die Woche rechtfertige (Urk. 37 S. 23). Die Gesuchstellerin trägt vor, während der ehelichen Le-

bensgemeinschaft mit dem Gesuchsgegner sei vereinbart worden, C.\_\_\_\_\_ während vier Tagen unter der Woche fremd betreuen zu lassen. Auch zum damaligen Zeitpunkt habe sie in einem 50 %-Pensum gearbeitet. Die Verhältnisse seien grundsätzlich zu belassen, sofern diese weiterhin finanziell tragbar seien (Urk. 36 S. 18).

Jede Trennung der Parteien verursacht trennungsbedingte Mehrkosten. Dass die vorliegenden finanziellen Verhältnisse es zuliessen, weiterhin einen Krippenplatz an vier Tagen zu beanspruchen, während die Gesuchstellerin (nur) ein 50 %-Pensum innehat, erscheint höchst fraglich. Im Übrigen steht dem Eheschutzgericht ein weites Ermessen zu und der vorinstanzliche Entscheid ist vertretbar und nicht zu korrigieren.

e) Arbeitsweg

Die Vorinstanz sprach der Gesuchstellerin für die Auslagen Arbeitsweg den Betrag von Fr. 100.– zu mit dem Hinweis, dass nicht zusätzliche Versicherungs- und/oder Strassenverkehrsabgaben zu berücksichtigen seien (Urk. 37 S. 22). In der Berufung insistiert die Gesuchstellerin, es seien ihr zusätzliche Fr. 35.– für die Autokosten anzurechnen. Die Kosten für ein ZVV Abonnement der Stadt würden Fr. 756.– pro Jahr betragen. Bei monatlich Fr. 100.– gemäss Vorinstanz resultiere ein Überschuss von Fr. 444.– pro Jahr bzw. von Fr. 37.– pro Monat. Damit würden immer noch Fr. 35.– als Autokosten unberücksichtigt bleiben (Urk. 36 S. 17).

Im Notbedarf können nur die Fahrten zum Arbeitsplatz berücksichtigt werden, und zwar in erster Linie mit öffentlichen Verkehrsmitteln (Kreisschreiben Ziff. III.3.4). Die Gesuchstellerin legt nicht dar, weshalb sie auf ein Auto im Sinne eines Kompetenzgutes dringend angewiesen wäre. Wenn die Vorinstanz der Gesuchstellerin einen etwas höheren Betrag als nur die Ausgaben für ein ZVV Abonnement zugestand, heisst das umgekehrt nicht, dass die Gesuchstellerin weitere Kosten für ihr Privatauto beanspruchen kann. Nur in Fällen, wo einem Auto Kompetenzqualität zukommt, sind die festen und veränderlichen Kosten zu berücksichtigen (Kreisschreiben Ziff. III.3.4). Es bleibt damit beim Betrag von Fr. 100.–.

f) Schulden

Die Gesuchstellerin machte vor Vorinstanz geltend, sie habe seit Einreichung des Eheschutzgesuchs Darlehen in der Höhe von Fr. 22'000.– zur Bestreitung des Lebensunterhalts aufnehmen müssen, und sie beantragte deshalb Fr. 900.– in ihrem Bedarf (Urk. 25 S. 15 f.). Die Vorinstanz erwähnte die Schulden im Zusammenhang mit der Bedarfsrechnung nicht, allerdings hielt sie unter dem Titel "Ausgleich offener Kosten" fest, dass die Begleichung von offenen Schulden im Bereich der güterrechtlichen Auseinandersetzung anzusiedeln sei, weshalb das Eheschutzgericht nicht zuständig sei (Urk. 37 S. 21 ff.). Die Gesuchstellerin wirft der Vorinstanz zu Unrecht vor, dass sie sich mit den geltend gemachten Schulden nicht auseinandergesetzt habe (Urk. 36 S. 17). Vielmehr ist es die Gesuchstellerin, welche sich mit den diesbezüglichen Erwägungen der Vorinstanz nicht auseinandersetzt. Im Übrigen sind grundsätzlich nur diejenigen Schulden in den Bedarf aufzunehmen, welche die Ehegatten für den gemeinsamen Lebensunterhalt aufgenommen haben und welche regelmässig abbezahlt werden (vgl. BGer 5A\_923/2012 vom 15. März 2013, E. 3.1.). Weder behauptet die Gesuchstellerin, noch belegt sie, dass sie die Darlehen regelmässig zurückbezahlt.

10.4 Zusammenfassend ist der Bedarf gemäss Vorinstanz mit Fr. 6'278.– zu bestätigen.

11. Unterhaltsanspruch

11.1 Gegenüberstellung von Einkommen und Bedarf ab dem Zeitpunkt, da C.\_\_\_\_\_ wieder unter der Obhut der Gesuchstellerin lebt:

Einkommen GSin	Fr. 2'449.–
Einkommen GG	Fr. 7'265.–
./ Bedarf GSin	Fr. 6'278.–
./ Bedarf GG	Fr. 3'510.–
Fehlbetrag	Fr. 74.–

Praxisgemäss haben die Unterhaltsberechtigten das Manko zu tragen (BGE 135 III 66, Regeste).

11.2 Unterhaltsbeitrag Gesuchstellerin und C.\_\_\_\_\_

Bedarf GSin und Sohn	Fr. 6'278.-
./. Einkommen GSin	Fr. 2'449.-
./. Fehlbetrag	Fr. 74.-
UHB	Fr. 3'755.-, davon Fr. 1'640.- für C._____

12. Verhältnisse bis zur Rückkehr von C.\_\_\_\_\_

Die Gesuchstellerin beantragte vor Vorinstanz Unterhaltsbeiträge ab 1. August 2015 (Urk. 25 S. 2). Bis zur Rückkehr von C.\_\_\_\_\_ unter die Obhut der Gesuchstellerin ist von den folgenden finanziellen Verhältnissen auszugehen:

12.1 Das Einkommen der Gesuchstellerin beträgt bei einem 75 %-Pensum Fr. 3'474.-.

12.2 Der Bedarf der Gesuchstellerin alleine berechnet sich wie folgt:

a) August 2015 bis November 2015

Grundbetrag	Fr. 1'200.- (- Fr. 150.-, da Alleinstehend)
Wohnkosten	Fr. 3'770.-
Krankenkasse KVG	Fr. 213.-
Telefon/Internet	Fr. 180.-
Radio/TV	Fr. 26.-
Hausratversicherung	Fr. 22.-
Fahrkosten	Fr. 100.-
auswärtige Verpflegung	Fr. 170.- (+ Fr. 60.-, da 75 %-Pensum)
Total	Fr. 5'681.-

b) Ab Dezember 2015 reduziert sich der Bedarf auf insgesamt Fr. 4'186.-, da die Miete von Fr. 3'770.- auf Fr. 2'220.- gesunken ist, derweil die Auslagen für die VVG-Prämie von Fr. 55.- anzurechnen sind (vgl. Urk. 36 S. 18).

12.3 Einkommen und Bedarf des Gesuchsgegners bleiben unverändert.

12.4 Gegenüberstellung von Einkommen und Bedarf

a) August - November 2015

ab Dezember 2015

Einkommen GSin	Fr. 3'474.-	Fr. 3'474.-
Einkommen GG	Fr. 7'265.-	Fr. 7'265.-
./. Bedarf GSin	Fr. 5'681.-	Fr. 4'186.-
./. Bedarf GG	Fr. 3'510.-	Fr. 3'510.-
Freibetrag	Fr. 1'548.-	Fr. 3'043.-

b) Freibetragsaufteilung

Nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz ist in der Regel ein allfälliger Überschuss des Freibetrages unter den Ehegatten hälftig aufzuteilen, sofern sich zwei Einpersonenhaushalte gegenüberstehen. Ohne besondere Gründe darf davon nicht abgewichen werden. Hat ein Ehegatte für Kinder aufzukommen, rechtfertigt sich eine Aufteilung nach Hälften nicht (vgl. BGE 126 III 8 E. 3c). Im zu beurteilenden Fall befindet sich der Sohn der Parteien widerrechtlich in der alleinigen Obhut des Gesuchsgegners. Daher wäre es unbillig, letzteren in höherem Masse am Freibetrag beteiligen zu lassen. Dieser ist aufgrund der konkreten Verhältnisse hälftig zu teilen.

12.5 Unterhaltsanspruch Gesuchstellerin persönlich

August - November 2015

ab Dezember 2015

Bedarf GSin	Fr. 5'681.–	Fr. 4'186.–
1/2 Freibetrag	Fr. 774.–	Fr. 1'522.–
./ . Einkommen GSin	Fr. 3'474.–	Fr. 3'474.–
UHB	Fr. 2'981.–	Fr. 2'234.–

12.6 Gemäss dem angefochtenen Entscheid leben die Parteien seit 9. August 2015 getrennt (Urk. 37 S. 32). Dies blieb unangefochten. Folglich ist der Unterhaltsbeitrag ab dem 9. August 2015 zuzusprechen.

13. Zusammenfassung

13.1 Der Gesuchsgegner ist zu verpflichten, ab dem Monat, in welchem C. \_\_\_\_\_ **faktisch unter der Obhut der Gesuchstellerin lebt**, der Gesuchstellerin für sie persönlich und den Sohn einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 3'760.– (Fr. 1'640.– für den Sohn und Fr. 2'120.– für die Gesuchstellerin persönlich) zu bezahlen, zuzüglich allfälliger Kinder- resp. Ausbildungszulagen, zahlbar monatlich im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats.

13.2 Der Gesuchsgegner ist zu verpflichten, der Gesuchstellerin persönlich die folgenden (gerundeten) Unterhaltsbeiträge zu bezahlen:

- vom 9. August 2015 bis 30. November 2015 monatlich Fr. 2'980.–, zahlbar monatlich im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats, rückwirkend ab dem 9. August 2015;
- ab 1. Dezember 2015 für die weitere Dauer des Getrenntlebens, solange C.\_\_\_\_\_ **nicht unter der Obhut der Gesuchstellerin lebt**, monatlich Fr. 2'230.–, zahlbar monatlich im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats, rückwirkend ab 1. Dezember 2015.

#### 14. Erstinstanzliche Parteientschädigung

14.1 Mit Verfügung vom 17. Dezember 2015 wurde der Gesuchstellerin die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und Rechtsanwältin MLaw X3.\_\_\_\_\_ bzw. ab Oktober 2015 Rechtsanwältin lic. iur. X1.\_\_\_\_\_ als unentgeltliche Rechtsvertreterin bestellt (Urk. 37 S. 31).

14.2 Rechtsanwältin lic. iur. X1.\_\_\_\_\_ reichte vor Urteilsfällung eine Kostennote mit einem Aufwand von 92.75 Stunden und Barauslagen von Fr. 685.85 ein (Urk. 28). Im Entscheid vom 17. Dezember 2015 setzte die Vorinstanz die Parteientschädigung auf Fr. 5'500.– fest zuzüglich Barauslagen von Fr. 165.– und Mehrwertsteuer. Sie verwies auf die massgeblichen Bestimmungen in der Anwaltsgebührenverordnung (AnwGebV) und darauf, dass der Rahmen der Grundgebühr für unentgeltliche Mandate im Eheschutzverfahren in drei Bereiche definiert werden könne, nämlich einen untern Bereich (Fr. 700.– - 3'100.– +/- 1/3), mittleren Bereich (Fr. 3'100.– - 5'600.– +/- 1/3) und oberen Bereich (Fr. 5'600.– - 8'000.– +/- 1/3). Weiter erwog sie, dass es sich um einen einfachen Eheschutzfall handle, welcher mit einer Verhandlung von zwei Stunden habe erledigt werden können. Im Wesentlichen seien die Kinderbelange für ein Kind und die Unterhaltsbeiträge zu regeln gewesen. Die materiellen Fragen hätten auch keine weiteren Schwierigkeiten geboten, da der Auslandbezug nicht berücksichtigt worden und der Gesuchsgegner an die mündliche Verhandlung nicht erschienen sei. Allerdings sei die Grundgebühr etwas anzuheben, da ausnahmsweise die elterliche Sorge zu regeln gewesen sei. Auszugehen sei von einer Grundgebühr von Fr. 3'300.–, welche um einen Drittel zu erhöhen sei, da die Rechtsvertreterin eine Eingabe betref-

fend Erlass superprovisorische Massnahmen einzureichen gehabt habe. Sodann sei die Gebühr von Fr. 4'400.– um einen Viertel auf Fr. 5'500.– anzuheben, da die Gesuchstellerin und ihre Rechtsvertreterin in englischer Sprache kommuniziert hätten. Nicht zu berücksichtigen seien jedoch die Aufwendungen betreffend das Migrationsrecht oder das Strafrecht als auch die enorme Belastung der Mandantin (Urk. 37 S. 30).

14.3 In der Berufung beantragt die Gesuchstellerin eine Erhöhung auf Fr. 19'714.20 zuzüglich Mehrwertsteuer (Urk. 36 S. 3). Es treffe nicht zu, dass es sich um einen einfachen Fall gehandelt habe. Die Aufwendungen seien durch die gesamten Geschehnisse viel höher. Bereits mit dem Eheschutzgesuch vom 12. Juni 2015 sei ein Gesuch um Erlass superprovisorischer Massnahmen und die Zuteilung der alleinigen elterliche Sorge beantragt worden. Bereits zu diesem Zeitpunkt habe die Gesuchstellerin begründete Bedenken gehabt, dass der Gesuchsgegner das Kind C. \_\_\_\_\_ zu seiner Familie nach H. \_\_\_\_\_ bringen könnte. Die Gesuchstellerin habe gewusst, dass das Einreichen eines Eheschutzgesuchs den Gesuchsgegner in seinem Stolz massiv kränken und er die Auflehnung der Ehefrau gegen ihn als schwere Verletzung seiner Ehre ansehen würde. Da dem Gesuch nicht entsprochen worden sei, habe am 8. September 2015 ein weiteres Gesuch gestellt werden müssen. Das habe die Vorinstanz nicht berücksichtigt. Viele Korrespondenzen, Telefonate und Sitzungen würden auf der heimlichen Ausreise des Gesuchsgegners mit seinem Sohn basieren. Nicht nur habe die elterliche Sorge zugeteilt, sondern auch das Besuchsrecht entzogen werden müssen. Hinzu komme die Korrespondenzsprache in Englisch und vielzählige Übersetzungen der gerichtlichen Korrespondenz, was den schriftlichen Verkehr zeitaufwändiger gestaltet habe. Angesichts der Verdoppelung der Kosten für das zweite Massnahmebegehren, der Verzögerung des Verfahrens durch die Handlungen des Gesuchsgegners und die dadurch entstandene zusätzliche Betreuung sowie unter Berücksichtigung der hohen emotionalen Belastung sei der Aufwand von 91 Stunden durchaus gerechtfertigt (Urk. 36 S. 23 f.).

Die Gesuchstellerin lässt abschliessend auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung betreffend das Honorar der unentgeltlichen Rechtsvertretung verweisen,

wonach ein Mindestansatz von Fr. 180.– auch im Falle der Anerkennung des gesamten ausgewiesenen Zeitaufwandes eingehalten werden müsse. Werde eine Entschädigung zugesprochen, welche im Ergebnis zu einem Stundenansatz von deutlich unter Fr. 180.– führen würde, so bestehe kein Spielraum für eine abstrahierende Bemessungsweise. In einem solchen Fall sei das Gericht verpflichtet, Kürzungen der Honorarnote zu erläutern und anzugeben, welche Positionen es als nicht notwendig erachtet habe (Urk. 36 S. 25 mit Verweis auf BGer 5A\_157/2015 vom 12. November 2015).

14.4 Das Gericht spricht die Parteientschädigung nach den Tarifen (Art. 96 ZPO) zu (Art. 105 Abs. 2 ZPO). Bei anwaltlich vertretenen Parteien bemisst sich die Höhe der Parteientschädigung im Kanton Zürich nach den Bestimmungen der Verordnung über die Anwaltsgebühren (AnwGebV) vom 8. September 2010. Gemäss § 6 Abs. 1 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 AnwGebV wird die Grundgebühr in Eheprozessen nach der Verantwortung und dem notwendigen Zeitaufwand der Anwältin oder des Anwalts und nach der Schwierigkeit des Falls nach richterlichem Ermessen festgesetzt. Sie beträgt für Scheidungsprozesse in der Regel Fr. 1'400.– bis Fr. 16'000.–. In Eheschutzsachen kann die Gebühr in der Regel auf einen Drittel bis zwei Drittel ermässigt werden (§ 6 Abs. 3 AnwGebV). Dies ergibt einen Rahmen von Fr. 467.– bis Fr. 10'667.–. Der in der spezifizierten Aufstellung des Anwalts (§ 23 Abs. 2 AnwGebV) geltend gemachte Zeitaufwand stellt neben der Schwierigkeit des Falls und der Verantwortung der Anwältin lediglich ein Bemessungskriterium dar und ist nur insoweit zu berücksichtigen, als er auch notwendig war (§ 2 Abs. 1 lit. c, d und e AnwGebV). Der Anspruch auf die Grundgebühr entsteht mit der Erarbeitung der Begründung oder Beantwortung der Klage und deckt auch den Aufwand für die Teilnahme an der Haupt- bzw. Einigungsverhandlung ab (§ 11 Abs. 1 AnwGebV). Für die Teilnahme an zusätzlichen notwendigen Verhandlungen und für weitere notwendige Rechtsschriften ist ein Einzelzuschlag von je höchstens der Hälfte der Gebühr oder ein Pauschalzuschlag zu berechnen. Die Summe der Einzelzuschläge bzw. der Pauschalzuschlag soll in der Regel höchstens die Gebühr ausmachen (§ 11 Abs. 2 und 3 AnwGebV). Notwendige Auslagen wie bezahlte Gerichtskosten, Reisespesen, Porti, Kosten für

Telekommunikation und Fotokopien (§ 23 Abs. 1 AnwGebV) sind zusätzlich zu entschädigen (§ 1 Abs. 2 AnwGebV).

14.5 Von einer hohen Verantwortung ist in eherechtlichen Prozessen dann auszugehen, wenn Kinderbelange strittig sind (ZR 110/2011 Nr. 67), was vorliegend grundsätzlich der Fall war, ging es doch massgeblich um die Zuteilung der elterlichen Sorge und Obhut über den gemeinsamen Sohn der Parteien und um die Regelung des persönlichen Verkehrs. Entsprechend ist vorliegend von einer hohen Verantwortung auszugehen.

14.6 Die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse des Falles sind insgesamt als zumindest durchschnittlich schwierig zu bezeichnen. Die Parteien stammen aus verschiedenen Kulturkreisen; die Zuteilung der elterlichen Sorge im Eheschutzverfahren und das Absprechen des Rechts auf persönlichen Verkehr entsprechen denn auch nicht dem gesetzlichen Regelfall. Auch wenn gemäss Vorinstanz die Verhandlung in nur zwei Stunden erledigt werden konnte, entstand der Aufwand für die Instruktion und Einreichung des Eheschutzbegehrens, die Teilnahme an der Hauptverhandlung und vor allem die Erstellung einer vollständigen schriftlichen Klagebegründung samt dem Beibringen der zahlreichen Unterlagen ungeachtet der Teilnahme des Gesuchsgegners. Dagegen ist der Vorinstanz zu folgen, dass der Umstand, dass der Gesuchsgegner mit seinem Sohn nach H.\_\_\_\_\_ ausreiste, in rechtlicher Hinsicht keinen Einfluss auf die Zuständigkeit des Gerichts und das anwendbare Recht hat und insofern die rechtliche Schwierigkeit des Eheschutzverfahrens nicht zu erhöhen vermochte. In wirtschaftlicher Hinsicht lagen des Weiteren überschaubare Verhältnisse vor. Die Gesuchstellerin hat eine Teilzeitstelle inne. Auch der Gesuchsgegner stand, solange er in der Schweiz lebte, in einem Angestelltenverhältnis. Allerdings stellte sich zudem die Frage, welche Auswirkungen sein Weggang nach H.\_\_\_\_\_ auf seine Leistungsfähigkeit hat. Da der Gesuchsgegner sich nicht am Verfahren beteiligte und somit auch keinerlei Unterlagen zu seiner aktuellen Einkommenssituation sowie zu seinem Bedarf einreichte, erhöhte sich zweifellos der Aufwand der Gesuchstellerin. Es erscheint daher angemessen, die Grundgebühr auf Fr. 6'000.– anzuheben. Die Kommunikation zwischen Gesuchstellerin und Anwältin erfolgte in englischer Sprache, was

ebenso zu einem erhöhten zeitlichen Einsatz ihrer Rechtsvertretung geführt hat. Für die Fremdsprache ist mit der Vorinstanz die Grundgebühr um einen Viertel auf Fr. 7'500.– zu erhöhen. Für das Gesuch um superprovisorische Massnahmen im September 2015 gewährte die Vorinstanz einen Zuschlag von einem Drittel. Das erste Gesuch um superprovisorische Massnahmen war Bestandteil des Eheschutzgesuchs vom Juni 2015. Angesichts der sehr knappen Begründung (Urk. 1 S. 2) ist für beide Massnahmebegehren ein Zuschlag von insgesamt 40 % zu gewähren. Unter Berücksichtigung sämtlicher Bemessungskriterien ist die Gebühr in Anwendung von § 6 Abs. 1 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 AnwGebV auf Fr. 10'500.– zu veranschlagen. Dazu kommen die Auslagen mit einer Pauschale von 3 % (Fr. 315.–) und die gesetzliche Mehrwertsteuer von 8 % (Fr. 865.20).

14.7 Folglich ist der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung von total Fr. 11'680.– (inklusive 8 % MwSt) zu bezahlen.

14.8 Der Vollständigkeit halber ist das Folgende anzuführen: Die Gesuchstellerin beruft sich wie erwähnt auf den Bundesgerichtsentscheid 5A\_157/2015 vom 12. November 2015. Sie stellt sich auf den Standpunkt, dass die Vorinstanz verpflichtet gewesen wäre, Kürzungen der Honorarnote zu erläutern und anzugeben, welche Positionen sie als nicht notwendig erachtet habe (Urk. 36 S. 25).

Das Bundesgericht hält in besagten Entscheid fest, dass die Tarifhoheit über die Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsvertreters bei den Kantonen liege (Art. 96 ZPO) und diesen bei der Bemessung des Honorars sowohl hinsichtlich des im Einzelfall zu entschädigenden Aufwands als auch bezüglich des Entschädigungsansatzes ein weites Ermessen zukomme. Art. 122 Abs. 1 lit. a ZPO verpflichte nur zu einer "angemessenen" Entschädigung. Aufwandseitig müsse das Honorar allerdings so festgesetzt werden, dass die unentgeltliche Rechtsvertretung über den Handlungsspielraum verfüge, den sie zur wirksamen Ausübung des Mandats benötige. Mit Bezug auf die Ansätze habe die zugesprochene Entschädigung überdies die Selbstkosten abzugelten und einen bescheidenen, nicht nur symbolischen Verdienst des Anwalts zu gewährleisten. Im Sinne einer Faustregel sei davon auszugehen, dass sich die Entschädigung für einen amtlichen Anwalt im schweizerischen Durchschnitt in der Grössenordnung von Fr. 180.– pro Stunde

(zuzüglich Mehrwertsteuer) bewegen müsse, um vor der Verfassung standzuhalten (BGer 5A\_157/2015 vom 12. November 2015, E. 3.2.2).

Solle, so das Bundesgericht weiter, eine Entschädigung zugesprochen werden, welche – gemessen am geltend gemachten, noch nicht auf seine effektive Notwendigkeit hin überprüften Zeitaufwand – im Ergebnis zu einem Stundenansatz von deutlich unter Fr. 180.– führen würde, so bestehe somit kein Spielraum mehr für eine abstrahierende Bemessungsweise. Sobald mit Blick auf den in der Gebührenverordnung gesetzten Rahmen erkennbar werde, dass der geleistete Aufwand auch nach einem Minimalansatz zu einer Entschädigung führe, die über das Mass dessen hinausgehe, was für Fälle der betreffenden Art üblicherweise als geboten und damit entschädigungspflichtig angesehen werde, müsse der unentgeltliche Rechtsvertreter – von sich aus, gegebenenfalls auf gerichtliche Aufforderung hin – darlegen, inwiefern zur gehörigen Erledigung des Prozessmandats ein solcher Aufwand erforderlich gewesen sei. Die blosse Auflistung von Aufwandpositionen in der Honorarnote sei hierfür nicht ausreichend (mit Hinweis auf BGer 5A\_380/2014 vom 30. September 2014, E. 3.1). Das Gericht wiederum sei verpflichtet, Kürzungen der Honorarnote zu erläutern, indem es kurz, aber bestimmt ausweise, welche der Aufwandpositionen inwiefern ungerechtfertigt seien und daher ausser Betracht bleiben müssten (BGer 5A\_157/2015 vom 12. November 2015, E. 3.3.3 mit weiteren Hinweisen).

Die Gesuchstellerin macht berufsungsweise eine rund viermal höhere Parteientuschädigung geltend, als ihr die Vorinstanz zugesprochen hat. Bereits vor Vorinstanz muss für die Gesuchstellerin bzw. deren Rechtsvertreterin erkennbar gewesen sein, dass die geforderte Entschädigung weit über dem Rahmen dessen liegt, was für eine sorgfältige und wirksame Ausübung des Mandats in Eheschutzsachen in der Regel zugesprochen wird (oben Erw. 14.4). Gleichwohl hat die Gesuchstellerin in der Berufungsschrift den geltend gemachten Aufwand nur pauschal gerechtfertigt und ist damit der Begründungspflicht nicht nachgekommen. Vorab werden die Gründe für das superprovisorische Begehren (nochmals) angeführt (Urk. 36 S. 23), ohne indessen auf den konkreten Aufwand einzugehen. Weiter wird geltend gemacht, dass viele Korrespondenzen, Telefonate und Sit-

zungen auf der heimlichen Ausreise des Gesuchsgegners mit dem Sohn nach H.\_\_\_\_\_ basierten (Urk. 36 S. 24), ohne konkret darzulegen, welche der Aufwandpositionen dazu zu zählen sind. Dass die Korrespondenz in Englisch zu führen war und Übersetzungen erforderlich waren, hat die Vorinstanz wie ausgeführt berücksichtigt (Urk. 36 S. 24). Damit setzt sich die Gesuchstellerin nicht auseinander. Dass das Verfahren eine grosse emotionale Belastung für die Gesuchstellerin darstellte (Urk. 36 S. 24), ist nachvollziehbar, dennoch hat die Vorinstanz zu Recht erkannt, dass die Arbeit der Rechtsvertretung diesbezüglich nicht beachtet werden kann (Urk. 37 S. 30). Auch mit diesen Erwägungen setzt sich die Gesuchstellerin nicht auseinander. Ebenfalls nicht zu berücksichtigen sind die Bemühungen im Zusammenhang mit der Wohnungssuche und der Aufenthaltsbewilligung (Urk 28 S. 2 f.) und diejenigen im Zusammenhang mit der Pensionskasse, da es sich um ein Eheschutzverfahren handelt (Urk. 28 S. 4). Allerdings sind diese Positionen in Bezug auf den verursachten Aufwand vernachlässigbar. Nicht zu entschädigen ist ferner der Aufwand für die Rechnungsstellung ans Gericht (Urk. 28 S. 4). Wie dargelegt, kann es im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens nicht genügen, sich auf die blosse Aufwandszusammenstellung zu berufen, ohne substantiiert darzutun, weshalb ein so hoher Aufwand erforderlich war. Auch enthält die Honorarnote wiederholt sehr pauschale Vermerke wie "Treffen mit Mandantin", "E-Mail an Mandantin" oder "Telefonat mit Mandantin betreffend weiteres Vorgehen", was eine Überprüfung der geltend gemachten Bemühungen auf die Erforderlichkeit von vornherein verunmöglicht. Mit dem erstinstanzlichen Entscheid stand für die Gesuchstellerin bzw. deren Rechtsvertreterin fest, welche Pauschale bzw. welchen Aufwand die zuständige Behörde für Fälle der betreffenden Art üblicherweise als geboten und damit als entschädigungspflichtig erachtet. Diesfalls obliegt es der unentgeltlichen Prozessvertretung aufzuzeigen, weshalb das von ihr übernommene Mandat kein Standardfall ist und inwiefern zur gehörigen Erledigung mehr Aufwand erforderlich war, als die vorinstanzliche Entschädigung abdeckt. Das blosse Einreichen einer Honorarnote genügt hierzu nicht (vgl. BGer 5A\_380/2014 vom 30. September 2014, E. 3.1). Wie aufgezeigt, genügen die Vorbringen der Gesuchstellerin im Berufungsverfahren diesbezüglich nicht.

14.9 Nach dem Gesagten ist Berufungsantrag Ziffer 3 teilweise gutzuheissen und der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung von total Fr. 11'680.– (inklusive 8 % MwSt) zu bezahlen.

15. Mit Berufungsantrag Ziffer 4 beantragt die Gesuchstellerin die Anpassung der der Rechtsvertreterin aus der Gerichtskasse zugesprochenen Entschädigung (Urk. 36 S. 3). Die angemessene staatliche Entschädigung im Sinne von Art. 122 Abs. 2 ZPO ist ebenfalls auf Fr. 11'680.– (inkl. 8 % MwSt) festzusetzen. Der Anspruch auf die unerhältliche Parteientschädigung von Fr. 11'680.– geht auf den Kanton über.

16. Nicht angefochten sind die Höhe der Gerichtsgebühr und die Kostenfolge. Die Dispositiv-Ziffern 8 und 9 sind zu bestätigen.

### III.

1. Gemäss Art. 106 Abs. 2 ZPO sind die Kosten des Verfahrens gemäss dessen Ausgang auf die Parteien zu verteilen.

Die Vorinstanz sprach der Gesuchstellerin Unterhaltsleistungen bei einer mutmasslichen Dauer der Regelung von zwei Jahren - bei Annahme, sie sei Obhutsinhaberin - von Fr. 39'360.– (24 x Fr. 1'640.–) zu. Mit der Berufung beantragt die Gesuchstellerin für das Getrenntleben insgesamt Fr. 146'000.– (4 x Fr. 6'500.–, 20 x Fr. 6'000.–). Der Gesuchsgegner will keine Unterhaltsbeiträge bezahlen. Im Ergebnis werden Unterhaltsbeiträge - bei Annahme, die Gesuchstellerin sei Obhutsinhaberin - von Fr. 90'240.– (24 x Fr. 3'760.–) festgesetzt. Ferner unterliegt die Gesuchstellerin teilweise in Bezug auf die Parteientschädigung. Insgesamt unterliegt sie zu rund der Hälfte und wird entsprechend kostenpflichtig.

Wie bereits erwähnt, verzichtete der Gesuchsgegner auf die Einreichung einer Berufungsantwort. Zu prüfen ist, ob er als unterliegende Partei im Berufungsverfahren dennoch mit Kosten belastet werden kann. Mangels gesetzlicher Grundlage kann eine rechtsmittelbeklagte Partei grundsätzlich nicht durch Distanzierung vom Prozess (Nichtbeteiligung am Rechtsmittelverfahren, insbesondere Verzicht

auf Berufungsantwort) jedes Kostenrisiko vermeiden (Seiler, Die Berufung nach ZPO, 2013, §17 Rn 1564; BGE 123 V 156). Im vorliegenden Berufungsverfahren war in erster Linie die Unterhaltspflicht des Gesuchsgegners zu beurteilen. Auch wenn die Vorinstanz diese Frage nicht im selben Sinne wie die Berufungsinstanz entschieden hat, handelt es sich ausschliesslich um die Prüfung einer materiellrechtlichen Frage, deren Beurteilung einen gewissen Ermessensspielraum beinhaltet. Es liegt daher kein von der Vorinstanz verschuldeter Verfahrensfehler vor, welcher zur teilweisen Gutheissung des Rechtsmittels führte. In diesem Sinne besteht kein Anlass, die Kosten auf die Gerichtskasse zu nehmen. Wie dargelegt, hatte sich der Gesuchsgegner im vorinstanzlichen Verfahren auf den Standpunkt gestellt, keine Unterhaltsbeiträge leisten zu müssen (Urk. 23). Der Gesuchsgegner ist daher auch im Berufungsverfahren als teilweise unterliegende Partei zu betrachten, obwohl er sich nicht vernehmen liess. Demgemäss wird er für das Berufungsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig im Umfang seines Unterliegens (Art. 106 Abs. 2 ZPO).

2. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 8 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV auf Fr. 5'000.– festzusetzen. Die volle Parteientschädigung ist gestützt auf § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1, § 9 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf Fr. 4'500.– (zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer) festzulegen.

3. Da der Gesuchsgegner sich nicht am Verfahren beteiligte und demgemäss keinen Antrag auf Parteientschädigung stellte und keine Umtriebe hatte, ist ihm auch keine solche zuzusprechen. Es findet demgemäss keine Kompensation mit der der Gesuchstellerin zu entrichtenden Parteientschädigung statt, sondern der Gesuchsgegner hat der Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren eine hälftige Parteientschädigung zu bezahlen, nämlich Fr. 2'250.– plus Fr. 180.– (8 % MwSt), also Fr. 2'430.–.

4. Die Gesuchstellerin stellte auch für das Berufungsverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X1. \_\_\_\_\_ (Urk. 36 S. 4). In der Stellungnahme vom 12. Dezember 2016 stellte Rechtsanwalt lic. iur. X2. \_\_\_\_\_ als kanzleiinterner Nachfolger ebenfalls ein Gesuch (Urk. 46). Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche

Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Sofern es zur Wahrung der Rechte notwendig ist, besteht darüber hinaus ein Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

Bei der Beurteilung der Mittellosigkeit sind sämtliche Umstände im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs zu würdigen. Es gilt das Effektivitätsprinzip (vgl. ZR 104 Nr. 54). Dem gegenwärtigen Einkommen der Gesuchstellerin von Fr. 3'474.– steht ein Bedarf von Fr. 4'186.– gegenüber. Da nicht damit zu rechnen ist, dass die rückwirkend festgesetzten Unterhaltsbeiträge auch geleistet werden, können diese nicht berücksichtigt werden. Die Gesuchstellerin gilt damit als mittellos. Der Prozessstandpunkt war nicht aussichtslos. Demzufolge ist der Gesuchstellerin die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X1. \_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bzw. ab 12. Dezember 2016 in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X2. \_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Entsprechend ist der Kostenanteil der Gesuchstellerin einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

5. Da die Parteientschädigung voraussichtlich uneinbringlich ist, ist die unentgeltliche Rechtsvertretung der Gesuchstellerin vom Kanton angemessen zu entschädigen. Die angemessene Entschädigung ist auf Fr. 4'500.– zuzüglich Fr. 360.– (8 % MwSt), also Fr. 4'860.– zu bemessen, wobei der Anteil von Rechtsanwalt lic. iur. X2. \_\_\_\_\_ auf Fr. 500.– zuzüglich Fr. 40.– (8 % MwSt) festzulegen ist. Eine allfällige Einarbeitungszeit kann nicht durch den Staat vergütet werden. Der Anspruch der Gesuchstellerin auf Parteientschädigung geht mit der Zahlung der Entschädigung an den Kanton über.

**Es wird beschlossen:**

1. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 17. Dezember 2015 betreffend die Dispositivziffern 1, 2, 3, 6 und 7 in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Der Gesuchstellerin wird die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X1.\_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bzw. ab 12. Dezember 2016 in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X2.\_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.

**Es wird erkannt:**

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung der Gesuchstellerin werden die Dispositiv-Ziffern 4, 5, 10 und 11 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 17. Dezember 2015 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:
  - "4. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, ab dem Monat, in welchem C.\_\_\_\_\_ **faktisch unter der Obhut der Gesuchstellerin lebt**, der Gesuchstellerin für sie persönlich und den Sohn einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 3'760.– (Fr. 1'640.– für den Sohn und Fr. 2'120.– für die Gesuchstellerin persönlich) zu bezahlen, zuzüglich allfälliger Kinder- resp. Ausbildungszulagen, zahlbar monatlich im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats.
  5. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin persönlich die folgenden Unterhaltsbeiträge zu bezahlen:
    - vom 9. August 2015 bis 30. November 2015 monatlich Fr. 2'980.–, zahlbar monatlich im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats, rückwirkend ab dem 9. August 2015;
    - ab 1. Dezember 2015 für die weitere Dauer des Getrenntlebens, solange C.\_\_\_\_\_ **nicht unter der Obhut der Gesuchstellerin lebt**, monatlich Fr. 2'230.–, zahlbar monatlich im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats, rückwirkend ab 1. Dezember 2015.

10. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung von Fr. 11'680.– (8 % MwSt inbegriffen) zu bezahlen.
11. Die Parteientschädigung gemäss Dispo-Ziffer 10 dieses Entscheides wird Rechtsanwältin lic. iur. X1.\_\_\_\_\_ entrichtet, wobei die Entschädigung in der Höhe von Fr. 11'680.– (8 % MwSt inbegriffen) nach Eintritt der Rechtskraft aus der Gerichtskasse erfolgt.

Der Anspruch der Gesuchstellerin gegenüber dem Gesuchsgegner geht im Umfang von Fr. 11'680.– (8 % MwSt inbegriffen) auf die Gerichtskasse über."

Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen und das angefochtene Urteil bestätigt.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt. Der Kostenanteil der Gesuchstellerin wird zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.  
Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
4. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 2'430.– zu bezahlen. Die unentgeltliche Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin, Rechtsanwältin lic. iur. X1.\_\_\_\_\_, wird mit Fr. 4'320.–, der unentgeltliche Rechtsbeistand lic. iur. X2.\_\_\_\_\_ mit Fr. 540.– aus der Gerichtskasse entschädigt. Der Anspruch der Gesuchstellerin auf Parteientschädigung geht mit Zahlung der Entschädigung an den Kanton über.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsgegner durch Publikation im Amtsblatt, an das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie an die Vorinstanz und die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

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

Dies ist 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 übersteigt Fr. 30'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 20. Dezember 2016

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Notz

versandt am:  
kt