

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LE220063-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. B. Schärer und Ersatzoberrichterin lic. iur. N. Jeker  
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

## Beschluss und Urteil vom 1. Februar 2023

in Sachen

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

Gesuchsgegner und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

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

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y.\_\_\_\_\_

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren  
am Bezirksgericht Dietikon vom 9. November 2022 (EE220014-M)**

**Modifiziertes Rechtsbegehren der Gesuchstellerin:**

(Urk. 70 S. 2 ff.)

- "1. Der Gesuchsgegner ist bereits aus der ehelichen Wohnung ausgezogen - spätestens per 1. August 2021. Der guten Ordnung halber sei das Getrenntleben zu bewilligen und das Trennungsdatum auf den 1. August 2021 festzulegen.
2. Die Kinder  
C.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.2015 und  
D.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.2019  
seien unter die Obhut der Mutter, bei welcher sie auch wohnen bleiben, zu stellen.
- 3 a. Der Gesuchsgegner sei für berechtigt zu erklären, die Kinder an jedem zweiten Wochenende gemäss Verfügung vom 20. Juli 2022 (diese Regelung wird hiermit nicht als definitive Lösung anerkannt) unter Beizug der Beiständin auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.  
b. Eventualiter sei ein psychologisches Fachgutachten [Fachgutachten] über die Erziehungsfähigkeit der Parteien und die Obhutzuteilung einzuholen.
4. a. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, an den Unterhalt und die Erziehung der beiden Kinder Unterhaltsbeiträge in vom Gericht festzusetzender Höhe von mindestens CHF 1'110.- für C.\_\_\_\_\_ und mindestens CHF 4'600.- (davon mindestens CHF 3'030.- als Betreuungsunterhalt) für D.\_\_\_\_\_ je zuzgl. Familienzulagen zu bezahlen. Die Unterhaltsbeiträge seien im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats an die Mutter und Gesuchstellerin zu überweisen.  
b. Die Unterhaltsbeiträge für die Kinder seien praxismässig zu indexieren.  
c. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, die hälftigen Kosten für ausserordentliche Auslagen für die Kinder (mehr als CHF 200.- pro Ausgabenposition, z.B. an Zahnarztkosten, ungedeckte Gesundheitskosten, Kosten für schulische Fördermassnahmen etc.) zu übernehmen.
5. Der Gesuchsgegner sei für die Zeit des Getrenntlebens zu verpflichten, der Gesuchstellerin einen vom Gericht festzusetzenden monatlichen persönlichen Ehegattenunterhalt von mindestens CHF 360.- zu bezahlen.  
Die Unterhaltsbeiträge seien im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats an die Gesuchstellerin zu überweisen.
6. Die Unterhaltsbeiträge seien rückwirkend ab Auszug des Gesuchsgegners - 1. August 2021 - zu bezahlen, abzüglich die vom

Gesuchsgegner belegten Zahlungen des Gesuchsgegners an die Gesuchstellerin, sowie für die Miete und Krankenkasse der Gesuchstellerin und der Kinder.

7. Die Familienwohnung samt Hausrat und Mobiliar sei der Gesuchstellerin für die Zeit der Trennung zuzuweisen und der Gesuchsgegner anzuweisen die Übertragung des Mietvertrages auf die Gesuchstellerin allein auf erstes Verlangen hin zu unterzeichnen.
8. a. Die Arbeitgeberin des Gesuchsgegners - Gemeinde E.\_\_\_\_\_, F.\_\_\_\_\_ 1 [Strasse], E.\_\_\_\_\_ - sei im Sinne einer superprovisorischen Verfügung anzuweisen, zulasten des Gesuchsgegners, A.\_\_\_\_\_, monatlich regelmässig von seinem Lohn den Betrag in der Höhe von CHF 2'280.- für die Unterhaltsbeiträge gemäss Verfügung des Bezirksgerichts Dietikon vom 21. Juni 2022 abzuziehen und zugunsten der Klägerin direkt auf ihr Konto: 'CH2 bei der UBS AG, von B.\_\_\_\_\_, G.\_\_\_\_\_-strasse 3, H.\_\_\_\_\_ zu überweisen; 'Anweisung an den Schuldner des Gesuchsgegners'. Die Anweisung an die Schuldnerin des Gesuchsgegners sei per sofort superprovisorisch zu erlassen.  
b. Eventualiter sei der Gesuchsgegner anzumahnen, ab sofort die Unterhaltszahlungen gemäss Verfügung des Bezirksgerichts Dietikon vom 21. Juni 2022 pünktlich an die Gesuchstellerin zu überweisen und nicht an die Vermieterin, I.\_\_\_\_\_, und dies jeweils mit einer Verspätung von Wochen.
9. Es sei die Gütertrennung anzuordnen, wie bereits beantragt.
10. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten des Gesuchsgegners."

**Modifiziertes Rechtsbegehren des Gesuchsgegners:**

(Urk. 52/2 S. 2 f.)

- "1. Es sei festzustellen, dass die Parteien seit 1. August 2021 getrennt leben.
2. Es sei die eheliche Wohnung in der G.\_\_\_\_\_-strasse 3 in H.\_\_\_\_\_ samt Hausrat der Gesuchstellerin zur alleinigen Benutzung zuzuweisen und der Gesuchsgegner sei für berechtigt zu erklären, sämtlich persönlichen Effekten (inkl. der Fotoausrüstung Cannon und des Hochdruckreinigers aus J.\_\_\_\_\_) und sämtliche persönlichen Sachen der gemeinsamen Kinder aus der Wohnung abzuholen und sein Auto (Citroen C5, ZH ...) mitzunehmen.
3. Es sei dem Gesuchsgegner die Obhut über die gemeinsamen Kindern C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2015, und D.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2019, zu übertragen und es seien ihm die Kinder zur Betreuung zuzuweisen.

4. Eventualiter sei ein psychologisches Fachgutachten über die Erziehungsfähigkeit der Parteien und die Frage der Obhutszuteilung einzuholen.
5. Die Gesuchstellerin sei zu verpflichten, dem Gesuchsteller an den Unterhalt von C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ monatlich voranzahlbare Beiträge von mindestens je CHF 240.-, zuzüglich allfällig bezogener Kinderzulagen, zu bezahlen; richterliches Ermessen vorbehalten.
6. Die Gesuchstellerin sei zu verpflichten, die Hälfte der Kosten für ausserordentliche Auslagen für die Kinder (mehr als CHF 400.- pro Ausgabenposition, bspw. Zahnarzt- oder andere ungedeckte Gesundheitskosten, schulische Fördermassnahmen etc.) zu übernehmen. Voraussetzung für die hälftige Kostentragung ist, dass sich die Parteien vorgängig über die ausserordentliche Ausgabe geeinigt haben. Kommt keine Einigung zustande, so trägt der veranlassende Elternteil die entsprechende Ausgabe einstweilen allein; die gerichtliche Geltendmachung der Kostenbeteiligung bleibt vorbehalten.
7. Der Gesuchstellerin sei vorerst als Mindestregelung das gerichtliche Besuchs- und Ferienrecht einzuräumen.
8. Es sei die Gütertrennung rückwirkend auf den 17. Februar 2022 richterlich anzuordnen.
9. Die Gesuchstellerin sei zu verpflichten, dem Gesuchsgegner sämtliche Schlüssel für die Ferienwohnungen sowie die Hauschlüssel zur Liegenschaft K.\_\_\_\_\_strasse 4 in D-J.\_\_\_\_\_ auszuhändigen und ihm sämtliche Zugangsdaten zu sämtlichen Internetseiten (Booking.com, airbnb, Homepage [www.holydaiz.de](http://www.holydaiz.de)) bekannt zu geben.
10. Soweit die Gesuchstellerin anderes oder mehr verlangt, seien ihre Begehren abzuweisen.
11. Es sei dem Gesuchsgegner die unentgeltliche Rechtspflege mit dem unterzeichneten Rechtsanwalt als unentgeltlichen Rechtsbeistand zu gewähren.
12. Alles unter o/e Kostenfolge (zuzüglich gesetzlicher Mehrwertsteuern) zu Lasten der Gesuchstellerin."

**Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am  
Bezirksgericht Dietikon vom 9. November 2022:**

1. Es wird festgehalten, dass die Parteien zum Getrenntleben berechtigt sind und seit dem 1. August 2021 getrennt leben.

2. Die Obhut über die Kinder C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2015, und D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2019, wird der Gesuchstellerin zugeteilt.
3. Der Gesuchsgegner wird für berechtigt erklärt, die Kinder
  - jedes zweite Wochenende von Freitag, 18.00 Uhr bis Sonntag, 19.00 Uhr,
  - in geraden Jahren jeweils über die Osterfeiertage von Karfreitag bis und mit Ostermontag und in ungeraden Jahren von Pfingstsamstag bis und mit Pfingstmontag,
  - am zweiten Tag der Weihnachtsfeiertage, d.h. am 26. Dezember,
  - in geraden Jahren über die Neujahrsfeiertage vom 31. Dezember bis am 1. Januar und in ungeraden Jahren am zweiten Neujahrsfeiertag, d.h. am 2. Januar

auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Zudem wird der Gesuchsgegner für berechtigt erklärt, die Kinder für die Dauer von sieben Wochen pro Jahr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen. Die Ausübung des Ferienbesuchsrechts hat der Gesuchsgegner mindestens drei Monate im Voraus mit der Gesuchstellerin abzusprechen. Können sich die Parteien über die Ferienplanung nicht einigen, so kommt dem Gesuchsgegner in Jahren mit ungerader Jahreszahl das Entscheidungsrecht bezüglich der Aufteilung der Ferien zu; in Jahren mit gerader Jahreszahl der Gesuchstellerin.

4. Die für die Töchter C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2015, und D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2019, mit Verfügung vom 20. Juli 2022 angeordnete Besuchsrechtsbeistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 2 ZGB wird bestätigt. Zudem wird für die Kinder eine Erziehungsbeistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 1 ZGB errichtet. Der Beiständin werden die folgenden Aufgaben übertragen:
  - Festlegung der Modalitäten des persönlichen Verkehrs (Übergabeort, -zeit, etc.);
  - Beratung der Parteien in Besuchsrechtsfragen;
  - Überwachung der Ausübung des Besuchsrechts;
  - Unterstützung der Parteien mit Rat und Tat;
  - Vermittlung zwischen den Parteien bei Streitigkeiten die Kinder betreffend;

- Vermittlung zwischen [...] den Kindern und den Parteien in Konfliktsituationen;
  - Förderung der Kommunikationsfähigkeit der Parteien in Bezug auf die Kinderbelange z.B. durch Moderation von gemeinsamen Gesprächen mit den Parteien;
  - Unterstützung und Überwachung der Eltern bezüglich der Organisation und Finanzierung einer geeigneten psychotherapeutischen Behandlung von C.\_\_\_\_\_.
5. Die vorsorgliche Ernennung von L.\_\_\_\_\_, kjz Dietikon, als Beiständin wird bestätigt.
6. Die eheliche Wohnung an der G.\_\_\_\_\_-strasse 3 in H.\_\_\_\_\_ wird inkl. Hausrat und Mobiliar für die Dauer des Getrenntlebens der Gesuchstellerin und den Kindern zur alleinigen Benützung zugewiesen. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin sämtliche Schlüssel sowie die Fernbedienung für die Tiefgarage der ehelichen Wohnung auf erstes Verlangen herauszugeben, sofern sich diese noch in seinem Besitz befinden.
7. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner auf erstes Verlangen folgende Gegenstände herauszugeben, sofern sie sich (noch) in ihrem Besitz befinden:
- persönliche Gegenstände [sic!] des Gesuchsgegners
  - Fotoausrüstung Cannon
  - Hochdruckreiniger
8. Das Fahrzeug Citroen C5 mit dem Nummernschild ZH ... wird für die Dauer des Getrenntlebens dem Gesuchsgegner zur Benützung überlassen.
9. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, während der Dauer des Getrenntlebens für die Kinder monatliche Unterhaltsbeiträge (zzgl. Familienzulagen) wie folgt zu bezahlen:

für C.\_\_\_\_\_:

- Fr. 973.00 rückwirkend ab 1. August 2021 bis zum Eintritt von D.\_\_\_\_\_ in die Schulpflicht (im Kanton Zürich: Eintritt in den Kindergarten; Phase 1), davon Fr. 0.00 als Betreuungsunterhalt;
- Fr. 1'315.00 ab Eintritt von D.\_\_\_\_\_ in die Schulpflicht (Phase 2), davon Fr. 0.00 als Betreuungsunterhalt;

für D.\_\_\_\_\_:

- Fr. 3'893.00 rückwirkend ab 1. August 2021 bis zu ihrem Eintritt in die Schulpflicht (im Kanton Zürich: Eintritt in den Kindergarten; Phase 1), davon Fr. 2'933.00 als Betreuungsunterhalt;
- Fr. 2'497.00 ab Eintritt in die Schulpflicht (Phase 2), davon Fr. 1'195.00 als Betreuungsunterhalt.

Die Unterhaltsbeiträge, die Familienzulagen und der Betreuungsunterhalt sind an die Gesuchstellerin zahlbar und zwar im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats.

10. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für sich persönlich rückwirkend ab dem 1. August 2021 und für die weitere Dauer des Getrenntlebens monatliche Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 53.00 zu bezahlen. Diese Unterhaltsbeiträge sind an die Gesuchstellerin zahlbar monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.
11. Die Festsetzung der Unterhaltsbeiträge gemäss Ziffern 9 und 10 vorstehend basiert auf folgenden Grundlagen:
  - Erwerbseinkommen Gesuchstellerin ab 1. November nach Eintritt von D.\_\_\_\_\_ in die Schulpflicht (inkl. 13. Monatslohn, zuzüglich Familien- und/oder Ausbildungszulagen, bei einer Erwerbstätigkeit von 50%): Fr. 1'900.00 netto;
  - Erwerbseinkommen Gesuchsgegner (inkl. 13. Monatslohn, zuzüglich Familien- und/oder Ausbildungszulagen, bei einer Erwerbstätigkeit von 100%): Fr. 8'550.00 netto;
  - weitere Einkommen Gesuchstellerin: Fr. 0.00;
  - weitere Einkommen Gesuchsgegner (Mieteinnahmen): Fr. 3'590.00;
  - Vermögen: nicht berücksichtigt.

12. Die Unterhaltsbeiträge gemäss Ziffern 9 und 10 basieren auf dem Landesindex der Konsumentenpreise des Bundesamtes für Statistik, Stand Ende Oktober 2022 von 104.6 Punkten (Basis Dezember 2020 = 100 Punkte). Sie sind jeweils auf den 1. Januar eines jeden Jahres, erstmals auf den 1. Januar 2024, dem Stand des Indexes per Ende November des Vorjahres anzupassen. Die Anpassung erfolgt nach folgender Formel:

$$\text{Neuer Unterhaltsbeitrag} = \frac{\text{alter Unterhaltsbeitrag} \times \text{neuer Index}}{104.6}$$

Weist die zu Unterhaltsleistungen verpflichtete Partei nach, dass sich ihr Einkommen nicht im Umfange der Teuerung erhöht, so werden die Unterhaltsbeiträge nur proportional zur tatsächlichen Einkommenssteigerung angepasst.

Fällt der Index unter den Stand von Ende Oktober 2022, berechtigt dies nicht zu einer Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge.

13. Der Gesuchsgegner wird für berechtigt erklärt, von den rückwirkend zu bezahlenden Unterhaltsbeiträgen den Betrag von Fr. 49'748.00 in Abzug zu bringen.
14. Es wird die Gütertrennung mit Wirkung ab 17. Februar 2022 angeordnet.
15. Alle übrigen Begehren und Anträge der Parteien, insbesondere die Editionsbegehren der Gesuchstellerin und die Herausgabebegehren des Gesuchsgegners, werden abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
16. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
- |            |                 |                                 |
|------------|-----------------|---------------------------------|
| Fr.        | 3'900.00;       | die weiteren Auslagen betragen: |
| Fr.        | 457.50          | Dolmetscherkosten               |
| Fr.        | 1'250.00        | Kosten MMI                      |
| <b>Fr.</b> | <b>5'607.50</b> | <b>Total</b>                    |
17. Die Kosten werden zu zwei Dritteln dem Gesuchsgegner und zu einem Drittel der Gesuchstellerin auferlegt.



Der Anteil der Gesuchstellerin wird zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung gestützt auf Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

18. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von **Fr. 5'000.00** (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
19. Die Entschädigung der unentgeltlichen Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin aus der Gerichtskasse erfolgt nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Entscheids mit separater Verfügung unter Anrechnung der bereits geleisteten Akontozahlung und der vom Gesuchsgegner zu leistenden Parteientschädigung (Art. 122 ZPO). Aufgrund der Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO ist die Gesuchstellerin verpflichtet, dem Gericht bis zum Erhalt dieser Honorarverfügung allfällige Adresswechsel zu melden, andernfalls Zustellungen an die heutige Adresse als rechtsgültig erfolgt gelten.
20. (Schriftliche Mitteilung)
21. (Rechtsmittel)

### **Berufungsanträge:**

des Gesuchsgegners und Berufungsklägers (Urk. 89 S. 2 ff.):

"1.

Ziffer 9 des Entscheids des Bezirksgerichtspräsidiums Dietikon vom 9. November 2022 im Verfahren EE220014-M sei aufzuheben und wie folgt neu zu formulieren:

'9.

Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, während der Dauer des Getrenntlebens für die Kinder monatliche Unterhaltsbeiträge von je CHF 738.–, je zuzüglich allfällig bezogener Familienzulagen, zu bezahlen.

Die Unterhaltsbeiträge und Familienzulagen sind an die Gesuchstellerin zahlbar und zwar im Voraus auf den ersten eines jeden Monats.'

2.

Eventualiter sei Ziffer 9 des Entscheids des Bezirksgerichtspräsidiums Dietikon vom 9. November 2022 im Verfahren EE220014-M aufzuheben und wie folgt neu zu formulieren:

'9.

Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, während der Dauer des Getrenntlebens für die Kinder monatliche Unterhaltsbeiträge von je CHF 1'359.–, je zuzüglich allfällig bezogener Familienzulagen, zu bezahlen.

Die Unterhaltsbeiträge und Familienzulagen sind an die Gesuchstellerin zahlbar und zwar im Voraus auf den ersten eines jeden Monats.'

3.

Ziffer 10 des Entscheids des Bezirksgerichtspräsidiums Dietikon vom 9. November 2022 im Verfahren EE220014-M sei ersatzlos aufzuheben.

4.

Ziffer 11 des Entscheids des Bezirksgerichtspräsidiums Dietikon vom 9. November 2022 im Verfahren EE220014-M sei aufzuheben und als Ziffer 10 wie folgt neu zu formulieren:

'10.

Die Festsetzung der Unterhaltsbeiträge gemäss Ziffer 9 vorstehend basiert auf folgenden Grundlagen:

- Erwerbseinkommen Gesuchstellerin (inkl. 13. Monatslohn, zuzüglich Familien- und/oder Ausbildungszulagen, bei einer Erwerbstätigkeit von 100 %): CHF 3'800.–, netto;
- Erwerbseinkommen Gesuchsgegner (inkl. 13. Monatslohn, zuzüglich Familien- und/oder Ausbildungszulagen, bei einer Erwerbstätigkeit von 100 %): CHF 8'550.–, netto;
- Weitere Einkommen Gesuchstellerin: CHF 0.–;
- Weitere Einkommen Gesuchsgegner: CHF 0.–;
- Vermögen: nicht berücksichtigt.'

5.

Eventualiter sei Ziffer 11 des Entscheids des Bezirksgerichtspräsidiums Dietikon vom 9. November 2022 im Verfahren EE220014-M aufzuheben und als Ziffer 10 wie folgt neu zu formulieren:

'10.

Die Festsetzung der Unterhaltsbeiträge gemäss Ziffer 9 vorstehend basiert auf folgenden Grundlagen:

- Erwerbseinkommen Gesuchstellerin (inkl. 13. Monatslohn, zuzüglich Familien- und/oder Ausbildungszulagen, bei einer Erwerbstätigkeit von 100 %): CHF 3'800.–, netto;
- Erwerbseinkommen Gesuchsgegner (inkl. 13. Monatslohn, zuzüglich Familien- und/oder Ausbildungszulagen, bei einer Erwerbstätigkeit von 80 %): CHF 6'840.–, netto;
- Weitere Einkommen Gesuchstellerin: CHF 0.–;
- Weitere Einkommen Gesuchsgegner (Mieteinnahmen): CHF 3'590.–;
- Vermögen: nicht berücksichtigt.'

6.

Ziffer 12 des Entscheids des Bezirksgerichtspräsidiums Dietikon vom 9. November 2022 im Verfahren EE220014-M sei ersatzlos aufzuheben.

7.

Ziffer 13 des Entscheids des Bezirksgerichtspräsidiums Dietikon vom 9. November 2022 im Verfahren EE220014-M sei aufzuheben und als Ziffer 11 wie folgt neu zu formulieren:

'11.

Der Gesuchsgegner wird für berechtigt erklärt, von den rückwirkend zu bezahlenden Unterhaltsbeiträgen den Betrag von CHF 49'748.– sowie allfällige weitere geleistete und hinreichend belegte Zahlungen an den Bedarf der Gesuchstellerin und der Kinder in Abzug zu bringen.'

8.

Ziffer 17 Absatz 1 des Entscheids des Bezirksgerichtspräsidiums Dietikon vom 9. November 2022 im Verfahren EE220014-M sei aufzuheben und als Ziffer 15 Absatz 1 wie folgt neu zu formulieren:

'15.

Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.'

9.

Ziffer 18 des Entscheids des Bezirksgerichtspräsidiums Dietikon vom 9. November 2022 im Verfahren EE220014-M sei ersatzlos aufzuheben.

10.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7.7 % MwSt.) zu Lasten der Berufungsbeklagten."

## **Erwägungen:**

### **I.**

1. Die Parteien sind verheiratet und haben zwei Töchter, C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2015, und D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2019. Mit Eingabe vom 17. Februar 2022 reichte die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchstellerin) ein Eheschutzbegehren bei der Vorinstanz ein. Für den weiteren Prozessverlauf ist auf den angefochtenen Entscheid zu verweisen (Urk. 90 S. 5 ff.). Am 9. November 2022 fällte die Vorinstanz das eingangs wiedergegebene Urteil (Urk. 87 S. 43 ff. = Urk. 90 S. 43 ff.).
2. Der Gesuchsgegner und Berufungskläger (fortan Gesuchsgegner) erhob am 24. November 2022 Berufung und stellte die erwähnten Anträge (Urk. 89 S. 2 ff.). Mit Verfügung vom 5. Dezember 2022 wurde dem Gesuchsgegner Frist angesetzt, um den Kostenvorschuss zu leisten, und der Gesuchstellerin aufgegeben, eine Originalvollmacht nachzureichen (Urk. 93). Mit Eingabe vom 6. Dezember 2022 liess die Gesuchstellerin die Originalvollmacht einreichen und ersuchte um Anweisung eines Prozesskostenvorschusses, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 94). In Anwendung von Art. 101 Abs. 3 ZPO wurde dem Gesuchsgegner mit Verfügung vom 20. Dezember 2022 eine nicht erstreckbare Nachfrist angesetzt, um den Kostenvorschuss einzubezahlen. Dieser ging innert Nachfrist ein (Urk. 98 und 99).
3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-88). Da sich die Berufung - wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird - sogleich als unbegründet erweist, erübrigt sich das Einholen einer Berufungsantwort (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

### **II.**

1. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A\_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Beru-

fungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A\_164/2019 vom 20. Mai 2020, E. 5.2.3). Dies gilt auch, wenn – wie vorliegend – die Official- und die strenge Untersuchungsmaxime zur Anwendung gelangen (BGer 5A\_467/2020 vom 7. September 2020, E. 4.3 und 4.4; BGer 5A\_994/2018 vom 29. Oktober 2019, E. 6.3.4; BGer 5A\_236/2016 vom 15. Januar 2018, E. 3.3.3; BGE 138 III 374 E. 4.3.1 [= Pra 102/2013 Nr. 4]; BGE 137 III 617 E. 4.2.2). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden und hat grundsätzlich Bestand. Die Berufungsinstanz ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht gehalten, von sich aus wie eine erstinstanzliche Gerichtsbehörde alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn keine entsprechenden Rügen der Parteien vorliegen. Sie hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Berufungsbegründung gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.w.Hinw; BGer 5A\_164/2019 vom 20. Mai 2020, E. 5.2.3). Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Berufungsverfahren eine Relativierung (BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21 und N 39 ff.; Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 57 N 22). Aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis ist die Berufungsinstanz nicht an die mit den Rügen vorgebrachte Argumentation oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden, sondern kann die Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen (ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 310 N 6).

2. Bei Verfahren betreffend Kinderbelange ist der Sachverhalt nach Art. 296 ZPO von Amtes wegen zu erforschen. Infolgedessen können die Parteien im Berufungsverfahren auch dann neue Tatsachen und Beweismittel vorbringen, wenn die Voraussetzungen nach Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt sind (BGE 144 III 349 E. 4.2.1).

3. Umstritten sind im Wesentlichen die Unterhaltspflicht des Gesuchsgegners bzw. das Einkommen des Gesuchsgegners und dasjenige der Gesuchstellerin, die Indexierung der Unterhaltsbeiträge sowie die Kosten- und Entschädigungsfolgen.

4.1 Betreffend das Einkommen des Gesuchsgegners erwog die Vorinstanz, der Gesuchsgegner verdiene mit seiner Tätigkeit bei der Gemeinde E. \_\_\_\_\_ Fr. 8'550.– pro Monat (exkl. Kinderzulagen, inkl. 13. Monatslohn). Zusätzlich zu seinem Einkommen bei der Gemeinde E. \_\_\_\_\_ seien ihm die monatlichen Einnahmen in Höhe von Fr. 3'590.– aus der Vermietung der Liegenschaft in J. \_\_\_\_\_ anzurechnen, wobei 7 % Umsatzsteuer bereits abgezogen seien und generell von einem Verhältnis des Euros zum Schweizerfranken von 1:1 ausgegangen werde. Einen höheren Betrag habe die Gesuchstellerin nicht glaubhaft machen können, habe sie doch selbst ausgeführt, dass im Jahr 2021 etwa € 47'000 an Mieteinkünften erzielt worden seien (Urk. 90 S. 26).

4.2 Der Gesuchsgegner macht geltend, die Vermietung der Ferienwohnung sei ursprünglich ins Auge gefasst worden, weil die Gesuchstellerin sich in einem Teilzeitpensum von ca. 20 - 30 % um dieses Geschäft habe kümmern wollen. Mit diesem Teilpensum wären die Betreuung der Internet-Plattformen, der Empfang und die Verabschiedung der Gäste, das Reinigen der Wohnungen, Waschen und Bügeln der Wäsche, Gartenunterhalt (inkl. Poolpflege) sowie die Schneeräumung erledigt worden. Da die Gesuchsgegnerin diese Aufgaben nicht mehr wahrnehme, müsse nun der Gesuchsgegner diese übernehmen. Indem die Vorinstanz dem 60jährigen Gesuchsgegner neben dem Einkommen aus der Vollzeitstelle auch die Bruttoeinnahmen aus der Vermietung der Ferienwohnungen anrechne, mute sie ihm ein Arbeitspensum von mehr als 120 % zu, was notorisch unverhältnismässig sei. Dieses Vorgehen sei umso stossender, als die Ferienwohnungsvermietung bei gleichzeitiger Finanzierung der Wohnung in H. \_\_\_\_\_ ein Verlustgeschäft sei, das vom Gesuchsgegner getragen werde, was sich aus den Abschlüssen für die Jahre 2020 und 2021 ergebe. Richtig und angemessen sei, dem Gesuchsgegner entweder kein Einkommen aus der Vermietungstätigkeit oder aber eventualiter neben den Einnahmen aus der Vermietungstätigkeit nur ein Arbeitspensum von

höchstens 80 % anzurechnen, so dass sich das Nettoeinkommen nicht auf Fr. 12'140.–, sondern auf Fr. 8'550.– bzw. eventualiter auf Fr. 10'430.– belaufe (Urk. 89 S. 5 f.).

4.3 Gemäss Lehre und Praxis ist Einkommen aus einem bisherigen Nebenerwerb so lange weiterhin zu berücksichtigen, als die Ausübung der Nebenerwerbstätigkeit trotz neu eingetretenen Gegebenheiten noch als zumutbar erscheint (Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Aufl., 2010, Rz. 01.35 m.V.a. BGer 5P.469/2006 vom 4. Juli 2007, E. 3.2.1). Die Frage der Zumutbarkeit einer Nebenbeschäftigung über eine vollzeitliche Arbeitstätigkeit hinaus ist mithin eine solche des Ermessens (BGer 5A\_722/2007 vom 7. April 2008, E. 6.2; 5A\_901/2015 vom 13. Juli 2016, E. 3.4).

4.4 Laut angefochtenem Entscheid leben die Parteien seit dem 1. August 2021 getrennt. Der Gesuchsgegner behauptet nicht, dass er zufolge der Doppelbelastung (Vollzeitstelle/Vermietung Ferienwohnungen) sein Pensum bei der Gemeinde E.\_\_\_\_\_ reduziert hat. Er macht auch nicht geltend, dass die Bewältigung der Bewirtschaftung der Ferienwohnungen neben seinem Arbeitspensum nicht möglich gewesen wäre oder dass er aus gesundheitlichen Gründen nicht länger in der Lage sei, die Vermietung der Ferienwohnungen weiterzuführen. Für den Zeitraum bis zum vorliegenden Entscheid stellt sich die Frage, ob die Vermietungstätigkeit dem Gesuchsgegner zumutbar gewesen sei oder nicht, ohnehin nicht, da grundsätzlich vom tatsächlich erzielten Einkommen des Unterhaltspflichtigen auszugehen ist (BGE 137 III 118 E. 2.3)

Der Gesuchsgegner geht von einem Aufwand von rund 20 % für die Vermietungstätigkeit aus. Diese Pauschale ist allerdings in keiner Weise stunden- oder betragsmässig substantiiert. Der Gesuchsgegner zeigt nicht auf, welchen konkreten Aufwand er für die Vermietung der Ferienwohnungen betreiben muss. Allein die Schlüsselübergaben lassen sich sehr wohl neben einer Vollzeitanstellung erledigen, zumal der Gesuchsgegner in der betreffenden Liegenschaft wohnt und die Möglichkeit hat, im Homeoffice zu arbeiten (Prot. I S. 7, S. 43). Auch zum Aufwand für die Wohnungsreinigung (inklusive Wäsche), winters für die Schneeräumung und sommers für die Gartenpflege liegen keine detaillierten Angaben vor.

Der Gesuchsgegner behauptet nicht, dass er für die besagten Arbeiten auf Drittpersonen zurückgreift und diese entsprechend entlöhen muss. Mit dem Hinweis in der Berufungsschrift, in den Jahren 2020 und 2021 habe ein Verlust resultiert, ohne sich substantiiert zu Aufwand und Ertrag zu äussern (Urk. 89 S. 6), kommt der Gesuchsgegner seiner Begründungspflicht nicht nach. Auch bei Geltung des Untersuchungsgrundsatzes sind die Parteien nicht davon befreit, bei der Feststellung des entscheiderelevanten 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 (Sutter-Somm/Hostettler, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 272 N 11). Mit anderen Worten gilt auch im Bereich der Official- und Untersuchungsmaxime die Mitwirkungspflicht der Parteien (BGE 140 I 285 E. 6.3.1), aufgrund der spezifischen Begründungspflicht von Art. 310 und Art. 311 Abs. 1 ZPO insbesondere im Rechtsmittelverfahren (BGE 137 III 617 E. 4.2.2 und 4.5.1; BGer 5A\_947/2021 vom 24. März 2022, E. 4). Schliesslich ist auf die Aussagen des Gesuchsgegners in der persönlichen Befragung anlässlich der Hauptverhandlung vom 17. Mai 2022 zu verweisen. Auf die Frage des Gerichts an den Gesuchsgegner, ob es realistisch sei, dass er weiterhin den Betrieb der Vermietungen der Ferienwohnungen aufrechterhalte, daneben arbeite und gleichzeitig die Kinder betreue, antwortete der Gesuchsgegner: "Ich arbeite ja von zu Hause aus. Ja, es ist realistisch. Ich habe auch Familie und Freunde, die mir helfen und mich unterstützen." (Prot. I S. 43). Selbst unter Mitberücksichtigung der Betreuung der beiden Töchter (er hatte vor Vorinstanz die Obhut über die Töchter unter Einräumung eines "gerichtsüblichen Besuchs- und Ferienrechts" beantragt) machte der Gesuchsgegner damit keinen Vorbehalt, dass er sein Arbeitspensum bei der Gemeinde E.\_\_\_\_\_ aufgrund möglicher (Dreifach-)Belastung reduzieren müsste. Wie dem eingangs erwähnten Dispositiv entnommen werden kann, wurde die Obhut der Gesuchstellerin zugeteilt und der Gesuchsgegner betreut die zwei Töchter nun lediglich jedes zweite Wochenende. Angesichts dessen ist es dem Gesuchsgegner zumindest für die Dauer der Eheschutzmassnahmen zumutbar, die Vermietungstätigkeit neben seiner Vollzeitstelle auszuüben. Der



Ermessensentscheid der Vorinstanz und das von ihr angerechnete monatliche Einkommen von Fr. 12'140.– netto sind daher zu bestätigen.

5.1 Zum Einkommen der Gesuchstellerin erwog die Vorinstanz unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum sog. Schulstufenmodell, dass der - zur Zeit nicht erwerbstätigen - Gesuchstellerin ab dem 1. November nach Eintritt von D.\_\_\_\_\_ in die obligatorische Schulpflicht ein 50 %-Erwerbsspensum mit einem Einkommen von Fr. 1'900.– anzurechnen sei (Urk. 90 S. 33 f.).

5.2 Der Gesuchsgegner macht geltend, er habe anlässlich des Besuchswochenendes vom 19./20. November 2022 von der älteren Tochter erfahren, dass die Gesuchstellerin, nachdem C.\_\_\_\_\_ zur Schule gegangen sei, D.\_\_\_\_\_ jeweils zu einer Bekannten in der Nachbarschaft bringe und C.\_\_\_\_\_ nach der Schule direkt zu dieser Nachbarin gehen müsse, wo beide Kinder dann am Abend von der Gesuchstellerin wieder abgeholt würden. Bei dieser neuen Ausgangslage, die einer umfassenden Fremdbetreuung entspreche, würden offensichtlich alle Betreuungsaufgaben seitens der Gesuchstellerin entfallen. Daher sei es der Gesuchstellerin zuzumuten, per sofort eine Vollzeitstelle anzunehmen und es sei ihr per sofort ein Nettoeinkommen von Fr. 3'800.– anzurechnen (Urk. 89 S. 6).

5.3 Die neue Behauptung des Gesuchsgegners beruht auf den Aussagen der siebenjährigen Tochter. Auf diese Äusserung kann nicht vorbehaltlos abgestellt werden, zumal Kinder durch die persönlichen Kontakte mit dem nicht obhutsberechtigten Elternteil in einen Loyalitätskonflikt geraten können, was bis zu einem gewissen Grad als dem Besuchsrecht inhärente Erscheinung hinzunehmen, bei der Bewertung kindlicher Äusserungen aber nicht auszublenden ist (vgl. BGE 131 III 209 E. 5). Aus eigener Wahrnehmung beziehen sich die Äusserungen der Tochter zudem nur auf einen sehr begrenzten Zeitabschnitt. Dazu kommt, dass der Gesuchsgegner selbst nicht vor Ort war und sich nicht aus eigener Anschauung Beobachtungen oder Feststellungen zur sog. "umfassenden Fremdbetreuung" machen konnte. Er unterlässt es darzulegen, um wen es sich bei der Bekannten in der Nachbarschaft handelt, und bietet auch keine Beweismittel an. Damit kommt er seiner Begründungspflicht nicht nach. Es bleibt also beim Einkommen gemäss Vorinstanz.

6. Die Bedarfszahlen sind nicht angefochten (Urk. 89 S. 6). Da es nach dem Gesagten bei den von der Vorinstanz festgesetzten Einnahmen des Gesuchsgegners und der Gesuchstellerin bleibt, sind die vorinstanzlich verfügbaren Unterhaltsbeiträge, inklusive diejenigen für die Gesuchstellerin, zu bestätigen (Dispositiv-Ziffern 9 und 10). Dasselbe trifft für die Angaben gemäss Art. 301a ZPO zu (Dispositiv-Ziffer 11). Die Berufungsanträge Ziffern 1, 2, 3, 4 und 5 sind abzuweisen.

7.1 Die Vorinstanz hat die Unterhaltsbeiträge indexiert (Urk. 90 S. 46 Dispositiv-Ziffer 12). Sie erwog, angesichts der momentan unsicheren Lage betreffend Veränderung der Lebenshaltungskosten sei nicht von der Hand zu weisen, dass eine Indexierung nicht auch bereits über eine Dauer von rund zwei Jahren Auswirkungen auf die Höhe der Unterhaltsbeiträge hätte. Es rechtfertigt sich daher, den Teuerungsausgleich bereits in diesem Verfahren vorzusehen (Urk. 90 S. 39 f.).

7.2 Der Gesuchsgegner macht geltend, eine solche Teuerung sei unzulässig. Aufgrund des vorläufigen Charakters von Eheschutzmassnahmen würden die dabei festgelegten Unterhaltsbeiträge grundsätzlich nicht indexiert (Urk. 89 S. 8 mit Verweis auf ZR 2002 Nr. 60).

7.3 Der Sachverhalt im genannten Entscheid ZR 2002 Nr. 60 unterscheidet sich insofern vom vorliegend zu beurteilenden, als damals (Beschluss vom 21. Februar 2001) die Teuerung sehr tief gewesen war, was unter anderem ein wesentliches Argument gegen die Indexierung war. Der Gesuchsgegner unterlässt es sodann, sich mit der entscheidungsrelevanten Erwägung, wonach angesichts der momentan unsicheren Lage betreffend Veränderung der Lebenshaltungskosten nicht von der Hand zu weisen sei, dass eine Indexierung nicht auch bereits über eine Dauer von rund zwei Jahren Auswirkungen auf die Höhe der Unterhaltsbeiträge hätte, auseinanderzusetzen und kommt der Rügepflicht nicht nach. Der Gesuchsgegner vermag den vorliegenden Entscheid somit nicht als rechtsfehlerhaft aufzuzeigen. Berufungsantrag Ziffer 6 ist abzuweisen.

8.1 Im Zusammenhang mit bereits erfolgten Zahlungen moniert der Gesuchsgegner, dass er neben den geleisteten Fr. 49'748.– weitere Zahlungen in Abzug

bringen könne, sofern er diese hinreichend belege, was die Vorinstanz in den Erwägungen festgehalten habe. Leider habe dieser Satz keine Entsprechung im Dispositiv gefunden, weshalb Ziffer 13 neu zu formulieren sei (Urk. 89 S. 8).

8.2 Festzuhalten ist, dass der Gesuchsgegner im Berufungsverfahren keine weiteren Zahlungen belegt, welche ins Dispositiv aufzunehmen wären. Der bis anhin geleistete Betrag von Fr. 49'748.– blieb unwidersprochen. Die vom Gesuchsgegner beantragte Ergänzung "... sowie allfällige weitere geleistete und hinreichend belegte Zahlungen an den Bedarf der Gesuchstellerin und der Kinder in Abzug zu bringen" ist mangels Bestimmbarkeit nicht vollstreckbar. Bei einer rückwirkenden Verpflichtung zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen sind [nur] die tatsächlich bereits erbrachten Unterhaltsleistungen zu berücksichtigen bzw. anzurechnen (ZK-Bräm, Art. 163 ZGB N 150; BK-Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 173 ZGB N 23; ZR 107 Nr. 60). Das Eheschutzgericht darf den Unterhaltsschuldner nicht zur Zahlung einer zur Zeit der Festsetzung der Unterhaltsbeiträge bereits erfüllten Schuld verpflichten, da ein allfälliger Anspruch des Unterhaltsgläubigers im Umfang der bereits erfolgten Leistung untergegangen ist. Wird der Unterhaltsschuldner unter Vorbehalt von bereits beglichenen Unterhaltsleistungen zu rückwirkenden Unterhaltszahlungen verpflichtet, ohne dass aus dem Eheschutzurteil hervorgeht, welche Unterhaltszahlungen bereits geleistet wurden, kann mangels einer klaren Zahlungsverpflichtung gestützt auf dieses Urteil in einem allfälligen Vollstreckungsverfahren keine definitive Rechtsöffnung erteilt werden. Das Vollstreckungsgericht hat davon auszugehen, dass die gerichtlich bezifferte Verpflichtung zur Zeit ihrer Festsetzung bestanden hat und dass dabei sämtliche Einwendungen gegen diese Verpflichtung berücksichtigt und bereinigt worden sind (ZR 107 Nr. 60, E. II.2.4; BGE 135 III 315 E. 2.5; BGE 138 III 583 E. 6.1.1).

Wie erwähnt, sind keine weiteren, tatsächlich erfolgten Zahlungen belegt, welche von der rückwirkenden Verpflichtung zu Unterhaltsbeiträgen abzuziehen wären, weshalb es beim vorinstanzlich abgefassten Dispositiv bleibt. Der Berufungsantrag Ziffer 7 ist deshalb abzuweisen.

9.1 Die Vorinstanz führte für die Verteilung der Verfahrenskosten die Bestimmungen von Art. 106 Abs. 1 ZPO (Kostenaufgabe nach Unterliegerprinzip) und

Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO (Kostenaufgabe nach Ermessen) an und schloss, dass mit Verweis auf die genannten Grundsätze die Kosten zu zwei Dritteln dem Gesuchsgegner und zu einem Drittel der Gesuchstellerin aufzuerlegen seien (Urk. 90 S. 42).

9.2 Der Gesuchsgegner kritisiert, in familienrechtlichen Streitigkeiten sei die hälftige Teilung der Verfahrenskosten und das Wettschlagen der Parteikosten üblich. Zur Begründung der abweichenden Regelung verweise die Vorinstanz einzig auf Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO, wonach die Prozesskosten nach Ermessen verteilt werden könnten. Es sei nicht nachvollziehbar, inwiefern und aus welchen Gründen die Vorinstanz ein Ermessen ausgeübt habe. Damit habe sie das rechtliche Gehör verletzt. Im Übrigen sei auch kein objektiver Grund ersichtlich, weshalb keine hälftige Teilung der Verfahrenskosten und das Wettschlagen der Parteikosten vorgenommen worden sei (Urk. 89 S. 8 f.).

9.3 Die vorinstanzliche Begründung für die Kostenaufgabe ist zwar knapp, doch enthält sie die massgeblichen Bestimmungen. Die Vorinstanz hat nicht nur Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO, sondern auch den Verteilungsgrundsatz gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO angeführt. Selbst wenn eine Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz zu bejahen wäre, könnte dieser Mangel vor der Rechtsmittelinstanz geheilt werden, da diese die gleiche Kognition in Tat- und Rechtsfragen hat wie die Vorinstanz (Sutter-Somm/Chevalier, in: Sutter-Somm et al., Art. 53 N 27 f.). Die Berufungsinstanz kann den angefochtenen Entscheid in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht frei überprüfen und fällt gestützt darauf einen neuen Entscheid (Art. 310 i.V. m. 318 ZPO). Der Mangel der Gehörsverletzung wäre somit geheilt.

Grundsätzlich sind die Kosten der unterliegenden Partei aufzuerlegen, wobei von diesem Grundsatz namentlich in familienrechtlichen Verfahren abgewichen werden kann. Art. 107 ZPO räumt dem Gericht nicht nur Ermessen darüber ein, wie es die Kosten verteilen will, sondern zunächst und insbesondere auch bei der Frage, ob es überhaupt von den allgemeinen Verteilungsgrundsätzen nach Art. 106 ZPO abweichen will (BGE 145 III 153 E. 3.3.2; BGer 4A\_626/2018 vom 17. April 2019 E. 6.1 je m.w.H.). Gemäss ständiger Rechtsprechung des Oberge-

richtes sind die Kosten des Verfahrens mit Bezug auf Kinderbelange – unabhängig vom Ausgang – den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Prozessentschädigungen wettzuschlagen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses gute Gründe zur Antragstellung hatten. In Bezug auf die Kinderunterhaltsbeiträge richten sich die Kosten- und Entschädigungsfolgen jedoch nach Obsiegen und Unterliegen (ZR 111 Nr. 98 mit Verweis auf ZR 84 Nr. 41). Zudem kann das Gericht bei der Kostenverteilung der familienrechtlichen Verfahren u.a. auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit abstellen (Jenny, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 107 N 12; KUKO ZPO-Schmid/ Jent-Sørensen, Art. 107 N 4b; Hausheer/Spycher, a.a.O., N 03.80). Für die Frage der Obhutsteilung und des Besuchsrechts ist daher eine hälftige Kostenverteilung angezeigt. Dasselbe trifft zu auf die nicht strittigen Punkte wie Getrenntleben, Wohnungszuteilung, Mobiliar und Hausrat, Herausgabe persönlicher Gegenstände sowie die Anordnung der Gütertrennung. In Bezug auf den Unterhalt, welcher bedeutsamen Aufwand verursachte, beantragte der Gesuchsgegner die Abweisung der Begehren ("Soweit die Gesuchstellerin anderes oder mehr verlangt, seien ihre Begehren abzuweisen.") und gilt diesbezüglich als unterliegende Partei. Nach dem Ausgeführten ist die ermessensweise Festlegung der Prozesskosten im eingangs genannten Verhältnis vertretbar. Folglich bleibt es auch bei der Verpflichtung des Gesuchsgegners, eine auf einen Drittel reduzierte Parteienschädigung, deren Höhe unangefochten blieb, auszurichten. Die Berufungsanträge Ziffern 8 und 9 sind ebenfalls abzuweisen.

10. Zusammenfassend erweisen sich die Rügen des Gesuchsgegners als unbegründet. Demgemäss ist die Berufung abzuweisen und das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dietikon vom 9. November 2022 zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

### III.

1. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 2 lit. b, § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 2'500.– festzusetzen. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss dem Gesuchsgeg-

ner aufzuerlegen und mit seinem Kostenvorschuss zu verrechnen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

2. Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, dem Gesuchsgegner zufolge seines Unterliegens, der Gesuchstellerin mangels relevanter Umtriebe (Art. 95 Abs. 3, Art. 106 Abs. 1 ZPO).

3. In der Eingabe vom 6. Dezember 2022 ersuchte die Gesuchstellerin darum, es sei der Gesuchsgegner anzuweisen, ihr einen Prozesskostenvorschuss in der Höhe von mindestens Fr. 8'000.– (zuzüglich MwSt.) zu bezahlen. Eventualiter sei ihr die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren (Urk. 94 S. 1 f.). Auf die Anträge ist mangels Begründung nicht einzutreten. Ohnehin ist der Gesuchstellerin, wie erwähnt, im Berufungsverfahren kein wesentlicher Aufwand entstanden.

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

1. Auf den Antrag um Verpflichtung des Gesuchsgegners zu einem Prozesskostenvorschuss bzw. um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird nicht eingetreten.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

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

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dietikon vom 9. November 2022 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'500.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsgegner auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage der Doppel von Urk. 89, 91 und 92/1-2, 92/4-5, an den Gesuchsgegner unter Beilage des Doppels von Urk. 94, sowie an die Vorinstanz mit dem Hinweis, dass ihr die Mitteilung an die die KESB Bezirk Dietikon, an die Beiständin L. \_\_\_\_\_, an die Einwohnerkontrolle H. \_\_\_\_\_ und an das Migrationsamt obliegt, 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. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt mehr als Fr. 30'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 1. Februar 2023

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Notz

versandt am:  
Im