

# ZH\_OBERGERICHT LE240036 vom 10. April 2025

ZH Obergericht, 2025-04-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LE240036](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE240036)

FR: ZH\_OBERGERICHT LE240036 du 10 avril 2025

IT: ZH\_OBERGERICHT LE240036 del 10 aprile 2025

## Erwägungen

### E. 1

Die Parteien sind verheiratet und haben einen gemeinsamen Sohn, C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2013. Seit dem 20. Juli 2022 standen sie sich vor Vorinstanz in einem Eheschutzverfahren gegenüber (Urk. 1). Betreffend den Ver-

- 11 - lauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 88 E. I = Urk. 91 E. I). Am 17. September 2024 fällte die Vorinstanz den eingangs wiedergegebenen Eheschutzentscheid (Urk. 88 = Urk. 91).

### E. 2

Das Berufungsverfahren stellt keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern ist nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGE 142 III 413 E. 2.2.1 m.w.Hinw. auf die Botschaft zur Schweizerischen ZPO, BBl 2006, S. 7374). Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine 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 Berufungsbegründung (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. Das setzt (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintretensvoraussetzung) voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anfecht, sich argumentativ mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A\_247/2013 vom 15. Oktober 2013 E. 3.2; BGer 5A\_751/2014 vom 28. Mai 2015 E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.w.Hinw.; BGer 5A\_111/2016 vom

### E. 2.1

Abschliessend ist über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens zu befinden.

## E. 2.2

Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 2 lit. b GebV OG auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Sie ist ausgangsgemäss dem Gesuchsgegner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

## E. 2.3

Als Folge der Kostenverteilung hat der Gesuchsgegner die Gesuchstellerin für ihre Aufwendungen im Berufungsverfahren voll zu entschädigen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Entschädigung ist in Anwendung von § 13 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 3 und § 11 Abs. 1 AnwGebV auf Fr. 3'000.– zuzüglich Fr. 243.– (8.1% Mehrwertsteuer, vgl. Urk. 97 S. 2), damit total Fr. 3'243.– festzusetzen. B) Unentgeltliche Rechtspflege 1. Der Gesuchsgegner ersucht für das Berufungsverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 90 S. 4). Auch die Gesuchstellerin beantragt im Berufungsverfahren die Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags von

- 38 - Fr. 5'000.–; eventualiter die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 97 S. 2). 2. 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). Wer diese Bedingungen erfüllt, hat ausserdem Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand, soweit dies zur Wahrung seiner Rechte notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Ein Prozesskostenbeitrag ist unter denselben Voraussetzungen wie die dazu subsidiäre unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren. Als weitere Voraussetzung muss es dem angesprochenen Ehegatten möglich sein, dem anderen die Kosten, die er zur Durchführung des Prozesses benötigt, zu bevorschussen (BGer 5P.441/2005 vom 9. Februar 2006 E. 1.2 m.w.H.). 3.1. Nach Abzug seines im vorinstanzlichen Verfahren festgehaltenen Existenzminimums von Fr. 2'223.– (Urk. 91 E. III.2.9.4) und des von ihm zu deckenden Barbedarfs von S.\_\_\_\_, T.\_\_\_\_ und U.\_\_\_\_ bzw. der Lebenshaltungskosten von M.\_\_\_\_ sowie der geschuldeten Kinderunterhaltsbeiträge für C.\_\_\_\_ von Fr. 1'864.– (Urk. 91 E. III.2.10.6) verbleibt dem Gesuchsgegner kein relevanter Überschuss. Ausserdem verfügt er – wie sich aus den Kontoauszügen der UBS ergibt (Urk. 94/15) – über kein Vermögen, vielmehr hat er Schulden (vgl. Urk. 36/9; Urk. 83/31-32; Urk. 94/14). Damit ist seine Mittellosigkeit zu bejahen. Wie sich aus nachfolgender E. IV.B.3.2 ergibt, ist die Gesuchstellerin ebenfalls mittellos, weshalb einem Antrag des Gesuchsgegners auf Leistung eines Prozesskostenbeitrages – wie vom Gesuchsgegner in Rz. 64 seiner Berufung (Urk. 90) zutreffend dargetan – ohnehin kein Erfolg beschieden gewesen wäre. Die vom Gesuchsgegner im Berufungsverfahren gestellten Rechtsbegehren waren sodann nicht aussichtslos, und der rechtsunkundige Gesuchsgegner war für die sachgerechte Wahrung seiner Rechte vor Berufungsinstanz auf anwaltlichen Beistand angewiesen. Damit sind die Voraussetzungen für die unentgeltliche Rechtspflege erfüllt und dem Gesuchsgegner ist für das Berufungsverfahren die von ihm beantragte Rechtsvertretung beizugeben.

- 39 - 3.2. Wie ausgeführt (vgl. E. IV.B.3.1) verfügt der Gesuchsgegner nicht über finanzielle Mittel, um einen Prozesskostenbeitrag an die Gesuchstellerin zu leisten, weshalb ihr entsprechender Antrag abzuweisen ist. Die Vorinstanz gewährte der Gesuchstellerin mit Verfügung vom 17. September 2024 (Urk. 91 Dispositiv-Ziffer 2) die unentgeltliche Rechtspflege. Ihre finanzielle Situation hat sich in der Zwischenzeit nicht verbessert. Der Gesuchstellerin verbleibt nach Deckung ihres eigenen Bedarfs kein Überschuss, mit welchem sie ihre Anwaltskosten decken könnte (vgl. Urk. 91 E. III.2.10.6). Sie bezieht

denn auch aktenkundig nach wie vor Sozialhilfe (Urk. 99/4). Sodann weist der im Recht liegende Kontoauszug der ZKB per 31. Oktober 2024 (Urk. 99/7) einen Saldo von Fr. 135.38 aus. Damit ist die Mittellosigkeit der Gesuchstellerin zu bejahen. Ihre Rechtsmittelanträge waren sodann nicht aussichtslos, und die rechtsunkundige Gesuchstellerin war für die sachgerechte Wahrung ihrer Rechte vor Berufungsinstanz auf anwaltlichen Bei- stand angewiesen. Damit sind die Voraussetzungen für die unentgeltliche Rechts- pflege erfüllt und der Gesuchstellerin ist für das Berufungsverfahren die von ihr beantragte Rechtsvertretung beizugeben. Es wird beschlossen: 1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositivziffern 1, 5 und 7-8 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 17. September 2024 in Rechtskraft erwachsen sind. 2. Dem Gesuchsgegner wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt. 3. Der Antrag der Gesuchstellerin um Verpflichtung des Gesuchsgegners zur Leistung eines Prozesskostenbeitrags wird abgewiesen. 4. Der Gesuchstellerin wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und in der Person von Rechtsanwältin MLaw Y. \_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.

- 40 - 5. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis. Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird, und die Dis- positivziffern 2-4, 6 und 9-11 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 17. September 2024 werden bestätigt. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt. 3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Ge- suchsgegner auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Der Gesuchsgegner wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen. 4. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das zweit- instanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'243.– zu bezahlen. 6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, ■ die KESB Bezirk Hinwil, ■ das Migrationsamt des Kantons Zürich mit Formular, ■ die Vorinstanz, ■ je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück. 7. 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 Be- schwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder

- 41 - Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid und ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 90 und 98 BGG. Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 10. April 2025 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. N. Wolf-Gerber versandt am: Im

#### **E. 2.4**

Der Gesuchsgegner beanstandet in seiner Berufung weiter, es bestehe keine Aufrechnungskompetenz der Vorinstanz (vgl. Urk. 88 E. III.2.5.5.7.1 ff.) für zusätzliche Bareinnahmen aufgrund durch die Vorinstanz beigezogener Zah- lungsmittelumfragen der Schweizerischen Nationalbank. Eine solche Aufrechnung lasse das Bundesgericht nicht zu,

insofern verstosse die Vorinstanz gegen den Grundsatz der Unzulässigkeit der Addition von Nettogewinn und Privatbezügen bei der Einkommensbestimmung von Selbständigerwerbenden (vgl. Urk. 90 Rz. 16 und 25). Diese Rüge zielt ins Leere. Die Vorinstanz rechnete nicht in unzulässiger Weise Privatbezüge weg, um den Nettogewinn zu erhöhen, sondern stellte in den zitierten Erwägungen des angefochtenen Entscheides (Urk. 88) lediglich den Geschäftsertrag in Frage respektive erhöhte die Erträge in Anlehnung an die

- 20 - in den Zahlungsmittelumfragen der Schweizerischen Nationalbank ausgewiesenen Anteile der Bargeldeinnahmen (vgl. BGE 143 III 617 E. 5.4.2; BGE 128 III 4 E. 4c/bb-cc), was überzeugt. Die Zahlungsmittelumfrage der Schweizerischen Nationalbank wurde überdies nach übereinstimmender Darstellung der Parteien (vgl. Urk. 80 Rz. 4; Urk. 82 Rz. 12) durch die Vorinstanz im Rahmen der Vergleichsverhandlung vom 14. Februar 2024 (Prot. I S. 63) herangezogen. Nachdem die Gesuchstellerin in ihrem Schlussvortrag vom 8. Mai 2024 darauf Bezug genommen hatte (vgl. Urk. 80 Rz. 4), äusserte sich der Gesuchsgegner im Rahmen seines Schlussvortrages eingehend hierzu, indem er insbesondere ausführte, es werde entweder von den tatsächlichen Zahlen ausgegangen und aufgerechnet aufgrund der vorliegenden Buchhaltung oder es werde von einem Lohn als Angestellter ausgegangen. Die durch das Gericht beigezogenen Zahlungsmittelumfragen der Jahre 2017, 2020 und 2022 hätten damit keinen Beweiswert. Das Gericht könne seine offensichtlich bestehende (jedoch seinerseits ausdrücklich bestrittene) Einschätzung, dass er seine Bareinnahmen nicht korrekt deklariere, nicht aus generellen Zahlungsmittelstatistiken "Essen und Trinken auswärts" ableiten. Diese würden zudem die Umstände des Einzelfalles nur ungenügend abbilden (Urk. 82 Rz. 12). Damit erweist sich auch der Einwand des Gesuchsgegners, er sei durch die Vorinstanz nicht mit der auf rein statistischen Werten der Schweizerischen Nationalbank basierenden Vermutung der Nichtverbuchung respektive Nichtabwicklung über das Kassensystem von Bareinnahmen konfrontiert/befragt worden (Urk. 90 Rz. 17), als unbehelflich.

### **E. 2.5**

Der Gesuchsgegner bringt überdies vor, der Personalaufwand von seinem Geschäftspartner J. \_\_\_\_\_ sei – entgegen der Vorinstanz – buchhalterisch ausgewiesen und durch den Partnerschaftsvertrag belegt, welcher die Mitarbeit beider Partner im Gastrobetrieb stipuliert habe, wobei auch ausdrücklich stipuliert worden sei, dass beide Parteien den gleichen Lohnanspruch hätten und eine hälftige Gewinn- und Verlustteilung erfolge. Der Partnerschaftsvertrag vom 21. September 2022 zwischen ihm und J. \_\_\_\_\_ sei – wie die Vorinstanz richtig ausführe – vor dem Hintergrund der Übernahme des Geschäftsbetriebs durch ihn von der K. \_\_\_\_\_ GmbH mit einzigem Gesellschafter J. \_\_\_\_\_ gestanden. Eine hälftige Gewinn- und Verlustteilung widerspreche – entgegen der Vorinstanz – nicht den er-

- 21 - folgten Lohnbezügen von J. \_\_\_\_\_, denn ein Unternehmensgewinn definiere sich nicht aus dem Überschuss von Einnahmen zu den Aufwendungen, zu welchen auch Lohnaufwendungen gehörten. Im Weiteren habe er seine Ausführungen zu J. \_\_\_\_\_ anlässlich der Parteibefragung insoweit präzisiert, dass J. \_\_\_\_\_ monatliche Lohnzahlungen von Fr. 4'688.95 erhalten habe, nachdem er, in buchhalterischen Fragen unerfahren, durch seinen Rechtsvertreter auf die Unterscheidung von Gewinn und Lohn aufmerksam gemacht worden sei (Urk. 90 Rz. 18). Mit diesen Ausführungen kann der Gesuchsgegner nichts zu seinen Gunsten ableiten, stehen sie doch im Widerspruch zu

seiner eigenen vorinstanzlichen Darstellung. So liess der Gesuchsgegner im vorinstanzlichen Verfahren mit Eingabe vom 23. Juni 2023 ausführen, gemäss dem von der G.\_\_\_\_\_ GmbH, ... [Adresse], erstellten Zwischenabschluss per 31. Mai 2023 der Einzelunternehmung L.\_\_\_\_\_ und mit Verweis auf Kontodetail 5002 seien für die Monate Januar bis Mai 2023 an J.\_\_\_\_\_ netto Fr. 23'444.66 als Lohn ausbezahlt worden, was monatlich Fr. 4'688.90 ausmache. Obwohl vertraglicher Anspruch gemäss Partnerschaftsvertrag habe er sich diesen Betrag in den ersten fünf Monaten des Jahres 2023 jedoch nicht gänzlich auszahlen lassen. Ebenfalls mit Verweis auf den Zwischenabschluss per 31. Mai 2023 und dabei mit Verweis auf Kontodetail 2850 Privatkonto werde ersichtlich, so der Gesuchsgegner, dass er für die Monate Januar bis Mai 2023 gerade einmal Privatentnahmen von insgesamt Fr. 14'830.63 gemacht habe, was monatlich gerundet Fr. 2'966.15 ausmache. Dem Zwischenabschluss per 31. Mai 2023 sei zudem zu entnehmen, dass in den ersten fünf Kalendermonaten ein Gewinn von gerade einmal Fr. 601.92 habe generiert werden können (Urk. 50 Rz. 7 f.). Anlässlich der Verhandlung vom 20. September 2023 liess der Gesuchsgegner ausführen, gemäss dem von der G.\_\_\_\_\_ GmbH, ... [Adresse], erstellten Zwischenabschluss per 31. August 2023 der Einzelunternehmung L.\_\_\_\_\_ und Verweis auf Kontodetail 2850, Privatkonto, hätten die Privatentnahmen des Gesuchsgegners inkl. Gewinnumbuchung für die Monate Januar bis August 2023 insgesamt Fr. 27'895.19 betragen, was monatlich Fr. 3'486.90 ausmache. In der Erfolgsrechnung per 31. August 2023 weise die Einzelunternehmung zudem einen Gewinn von Fr. 1'672.30 aus, welche gemäss dem Partnerschaftsvertrag vom 21. September 2022 vollumfänglich dem Gesuchsgegner zuzuspre-

- 22 - chen sei, da er bislang substantiell weniger habe beziehen können als sein Geschäftspartner J.\_\_\_\_\_. Somit habe das Einkommen des Gesuchsgegners von Januar bis August 2023 Fr. 29'567.50 bzw. gerundet Fr. 3'700.– netto pro Monat betragen. Aufgrund der budgetierten leicht positiven Entwicklung im Geschäftsverlauf und der Reduktion des Personalaufwandes sei er weiterhin bereit, sich ein Leistungsvermögen von maximal monatlich Fr. 4'500.– netto während der Trennungszeit anrechnen zu lassen. Dies obwohl er dieses Einkommen heute (noch) nicht erziele (Urk. 55 Rz. 3). Anlässlich der Parteibefragung vom 20. September 2023 bestätigte der Gesuchsgegner, J.\_\_\_\_\_ jeden Monat Fr. 4'688.95 bezahlt zu haben (Prot. I S. 51). Dies deckt sich mit den vom Gesuchsgegner eingereichten Kontoblättern, wo für J.\_\_\_\_\_ per 31. August 2023 ein Lohnaufwand von Fr. 37'511.39 verbucht wird (Urk. 56/5 S. 58). Mithin ergibt sich aus den vorinstanzlichen Ausführungen bzw. Urkunden des Gesuchsgegners, dass die von ihm geltend gemachte Gleichberechtigung nicht gelebt wurde bzw. dass – losgelöst von der Gewinnverteilung – J.\_\_\_\_\_ mehr Lohn erzielte bzw. mehr Lohn ausbezahlt wurde, worauf auch die Gesuchstellerin bereits vor Vorinstanz zu Recht hinwies (vgl. Urk. 57 Rz. 7 f.; Urk. 80 Rz. 9; vgl. auch Urk. 97 Rz. 18).

## **E. 2.6**

In Rz. 19 seiner Berufungsschrift (Urk. 90) macht der Gesuchsgegner den Lohn seiner Lebenspartnerin M.\_\_\_\_\_, welchen die Vorinstanz ihm angerechnet hat, zum Thema des Berufungsverfahrens. Die Vorinstanz kam zum Ergebnis, es sei zwar nicht gänzlich auszuschliessen, dass die Lebenspartnerin des Gesuchsgegners während der Lohnbezüge beim Unternehmen des Gesuchsgegners teilweise mitgeholfen habe. Arbeitsleistungen im Umfang einer 80-100% Tätigkeit seien nach dem in E. III.2.5.5.10.3 des angefochtenen Entscheides (Urk. 88) Gesagten ebenso unwahrscheinlich wie die Angemessenheit des ihr

ausbezahlten Lohnes. Weitere Abklärungen zum Umfang der Arbeitstätigkeit würden allerdings den Rahmen des vorliegenden summarischen Verfahrens sprengen. Es sei einseitig der ausbezahlte Lohn vollumfänglich dem Gesuchsgegner anzurechnen, da es sich dabei zumindest im überwiegenden Anteil um einen verdeckten Privatbezug handle (Urk. 88 E. III.2.5.5.10.4).

- 23 - Mit seinen Ausführungen im Berufungsverfahren vermag der Gesuchsgegner diese vorinstanzliche Schlussfolgerung nicht umzustossen. Soweit er lediglich sein vorinstanzliches Vorbringen wiederholt (vgl. Prot. I S. 67), wonach der Personalaufwand von M.\_\_\_\_\_ buchhalterisch und mittels Lohnbelegen und Lohnabrechnungen mit Urkundenqualität ausgewiesen sei (Urk. 90 Rz. 19), ohne einen konkreten Bezug zu den sich eingehend mit dem Lohn von M.\_\_\_\_\_ befassenden E. III.2.5.5.10.3 des vorinstanzlichen Entscheides (Urk. 88) herzustellen, genügt er seiner Begründungspflicht (vgl. E. II.2) nicht. Der Gesuchsgegner rügt im Weiteren, entgegen den Ausführungen der Vorinstanz sei der Lohn von M.\_\_\_\_\_ im Oktober 2023 nicht doppelt ausbezahlt, sondern in zwei Teilzahlungen von Fr. 2'060.– (25.10.2023) und von Fr. 3'066.30 (30.10.2023) geleistet worden (Urk. 90 Rz. 19). Diese Zahlungen an M.\_\_\_\_\_ im Oktober 2023 erweisen sich jedoch dessen ungeachtet als undurchsichtig. Aktenkundig befand sich M.\_\_\_\_\_ bis 13. Oktober 2023 im Mutterschaftsurlaub (vgl. Urk. 56/10). Es erhellt angesichts dessen nicht, wieso ihr die F.\_\_\_\_\_ GmbH im Oktober 2023 (in zwei Teilzahlungen) einen Lohn von insgesamt Fr. 5'126.30 (vgl. Urk. 72/20 S. 54) und damit einen rund Fr. 1'000.– höheren als der ihr zuvor in den Monaten April bis Juni 2023 (vgl. Urk. 56/5 S. 61) und danach im November 2023 (vgl. Urk. 72/20 S. 54) zugesprochenen Lohn von gerundet Fr. 4'146.– ausbezahlt. Zweifel erweckt auch der Umstand, dass eine in einem 80-100%-Pensum (vgl. Prot. I S. 50) beschäftigte Angestellte der F.\_\_\_\_\_ GmbH ein höheres Einkommen erzielen soll als der Gesuchsgegner als Geschäftsführer. Der Gesuchsgegner unterlässt es im Berufungsverfahren darüber hinaus klarzustellen, weshalb M.\_\_\_\_\_ auch im September 2023 während ihres Mutterschutzes ein Lohn von Fr. 4'636.60 (vgl. Urk. 72/20 S. 54), mithin ein höheres Gehalt als vor dem Mutterschutz, ausbezahlt wurde. Der Gesuchsgegner macht überdies geltend, neben seinem und dem Lohn von M.\_\_\_\_\_ sei im Zwischenabschluss für die Monate September bis Dezember 2023 nur noch ein Lohnaufwand von Fr. 2'916.40 von N.\_\_\_\_\_ verbucht (Teilzeitpensum), ergebend monatlich netto Fr. 729.–. Schon aufgrund dieser ausbezahlten Lohnsumme ergebe sich aus überwiegender Wahrscheinlichkeit, dass M.\_\_\_\_\_ im Betrieb mitgearbeitet habe, ansonsten kein Betriebsertrag für vier Monate von Fr. 109'014.71 hätte erwirtschaftet werden können. Zum gleichen Er-

- 24 - gebnis komme man unter Berücksichtigung des Halbjahresabschlusses der F.\_\_\_\_\_ GmbH per 30. Juni 2024 mit Verbuchung eines Personalaufwandes exklusive Gesuchsgegner und M.\_\_\_\_\_ für die Abrechnungsdauer von sechs Monaten von gerade einmal Fr. 14'145.90. Mit alleine diesem zusätzlichen Personalaufwand wäre kein Betriebsertrag von Fr. 198'127.– realisierbar. Auch hätte der Betrieb alleine mit ihm und seinem Teilzeitmitarbeiter gar nicht aufrechterhalten werden können (Urk. 90 Rz. 20). Eine konkrete Begründung hierfür liefert der Gesuchsgegner (auch in den Rz. 26 f. seiner Berufungsschrift [Urk. 90]) jedoch nicht, mithin gehen seine Vorbringen nicht über unsubstantiierte Behauptungen hinaus und vermögen die – von der Vorinstanz in Frage gestellte – tatsächliche Arbeitstätigkeit von M.\_\_\_\_\_ nicht glaubhaft zu machen. Auch zur Notwendigkeit beziehungsweise zum Tätigkeitsfeld des neuen Mitarbeitenden O.\_\_\_\_\_,

ab 1. Novem- ber 2024 macht der Gesuchsgegner keine Angaben (Urk. 101 S. 1). Im Übrigen wäre es durchaus auch denkbar, dass der Gesuchsgegner auch in seinem Be- trieb Unterstützung (auf freiwilliger Basis) durch weitere Familienmitglieder erhält. So greift der Gesuchsgegner, nach eigenen Angaben – mangels Geld für Fremd- betreuung – auch für die Kinderbetreuung auf den Einsatz der Verwandtschaft zu- rück (Urk. 90 Rz. 21). Dass die Führung eines Gastronomiebetriebes mit einem überdurchschnittlichen Arbeitsvolumen verbunden ist, kann ferner als notorisch erachtet werden, weshalb die vom Gesuchsgegner genannten (ganzjährigen) Öff- nungszeiten von Montag bis Samstag 10:30 Uhr bis 20:30 Uhr (vgl. Urk. 90 Rz. 27) per se nicht für einen höheren Personalbedarf sprechen. Der Gesuchstel- lerin ist dahingehend zuzustimmen (vgl. Urk. 97 Rz. 21), dass die Darstellung des Gesuchsgegners bezüglich der Tätigkeitsform von M.\_\_\_\_\_ vorliegend denn auch widerspruchsbehaftet bleibt. Zunächst führte der Gesuchsgegner vor Vorinstanz aus, M.\_\_\_\_\_ habe in einem 80-100%-Pensum als Servicekraft, Aushilfskraft so- wie an der Kasse gearbeitet (Prot. I S. 50). Unter Hinweis auf die weit fortgeschrit- tene Schwangerschaft von M.\_\_\_\_\_ im fraglichen Zeitpunkt, auf Kassenbelege, welche alle auf den "Chef" lauteten bzw. darüber eingeloggt waren (Urk. 80 Rz. 6) sowie auf die Angabe des Gesuchsgegners, es handle sich nur um einen Take- Away-Betrieb, womit es ja aber gar keinen Service brauche (Prot. I S. 70), bestritt die Gesuchstellerin jegliche tatsächliche Tätigkeit von M.\_\_\_\_\_ für L.\_\_\_\_\_ re-

- 25 - spektive F.\_\_\_\_\_ GmbH. Daraufhin führte der Gesuchsgegner vor Vorinstanz aus, M.\_\_\_\_\_ habe vor allem über Mittag während der Rush Hour mitgeholfen und auch Kurierdienste ausgeführt (Prot. I S. 71). Die Vorinstanz erwog gestützt darauf, nachdem M.\_\_\_\_\_ gemäss den Vorbringen des Gesuchsgegners vor al- lem über Mittag während der Rush Hour mitgeholfen und auch Kurierdienste aus- geführt habe, nota bene kurz vor und nach der Geburt, könne kaum davon ausge- gangen werden, dass sie damit Arbeitsleistungen im Umfang eines (Beinahe-) Vollzeitpensums erbracht habe, welche ihren hohen Lohn rechtfertigen würden (Urk. 88 E. III.2.5.5.10.3). Hiermit setzt sich der Gesuchsgegner in Rz. 21 seiner Berufungsschrift (Urk. 90) gerade nicht auseinander (vgl. E. II.2), sondern führt im Berufungsverfahren nunmehr aus, M.\_\_\_\_\_ führe insbesondere Kurierdienste aus, erledige administrative Tätigkeiten (Bereitstellung Belege für Buchhaltung, Zahlungsausführungen), bediene Kunden am Standort P.\_\_\_\_\_ und die Kasse in den Zeiten mit hoher Auslastung und unterstütze ihn auch bei der Reinigung der Lokalität. Von der vom Gesuchsgegner – in Zusammenhang mit dem benötigten Personal- aufwand und der tatsächlichen Arbeitsleistung von M.\_\_\_\_\_ – im Berufungsver- fahren offerierten Zeugeneinvernahme von M.\_\_\_\_\_ (vgl. Urk. 90 Rz. 20 f.) ist bei dieser Ausgangslage abzusehen. Die Untersuchungsmaxime beschlägt nicht das Beweismass. Vorsorgliche Massnahmen regeln das in der Hauptsache umstrit- tene Rechtsverhältnis für die Dauer des Verfahrens. Sie müssen daher wesentlich schneller erlassen werden als das Urteil in der Hauptsache. Dies wird dadurch er- reicht, dass einerseits das Verfahren abgekürzt wird, und andererseits, indem we- niger Beweise erhoben werden. Das Beweismass reduziert sich auf die Glaub- haftmachung. Das Gericht hat daher bei der vorsorglichen Regelung der Unter- haltsbeiträge grundsätzlich auf die Vorbringen der Parteien sowie auf die bereits vorhandenen Beweismittel abzustellen. Im Hinblick auf den Charakter des sum- marischen Verfahrens ist daher nur in Ausnahmefällen Gebrauch von zeitintensi- ven und kostspieligen Expertisen zu machen. Ebenso fallen grundsätzlich Zeugen ausser Betracht (vgl. OGer ZH LY190047 vom 24. Januar 2020 E. 3.2; OGer ZH LY130027 vom 11. Juni 2014 E. II.2b). Soweit das Sachgericht gestützt auf die

abgenommenen Beweismittel bereits seine Überzeugung hat bilden können, ver-

- 26 - letzt seine Weigerung, zusätzlich beantragte Beweismittel abzunehmen, weder den Untersuchungsgrundsatz (Art. 296 Abs. 1 ZPO; BGE 130 III 734 E. 2.2.3; BGer 5A\_505/2013 vom 20. August 2013 E. 5.2.1) noch den verfassungsmässigen Beweisanspruch (Art. 29 Abs. 2 BV; BGE 140 I 285 E. 6.3.1; BGer 5A\_529/2014 vom 18. Februar 2015 E. 2.3). Dazu kommt, dass M.\_\_\_\_\_ die aktuelle Lebensgefährtin und Mutter der drei gemeinsamen Kinder mit dem Gesuchsgegner ist, womit nicht ausgeschlossen werden kann, dass sie in emotionaler und finanzieller Hinsicht an einem bestimmten Prozessausgang interessiert ist.

### **E. 2.7**

Hinsichtlich der Rüge des Gesuchsgegners, die vorinstanzliche Berechnung seines Einkommens lasse unbeachtet, dass nach dem Schritt in die Selbständigkeit erfahrungsgemäss mit zwei bis drei Jahren zu rechnen sei, bis ein volles Erwerbseinkommen erzielt werden könne (Urk. 90 Rz. 25), ist ihm entgegenzuhalten was folgt. Erstens wiederholt er damit lediglich seine vorinstanzlichen Ausführungen (vgl. Urk. 82 Rz. 10), ohne einen konkreten Bezug zu den vorinstanzlichen Erwägungen herzustellen, womit er der Begründungspflicht im Sinne von Art. 311 Abs. 1 ZPO nicht genügt (vgl. E. II.2). Zweitens war der Gesuchsgegner klarerweise kein Neuling in der Branche. Die Gesuchstellerin liess vor Vorinstanz ausführen, der Gesuchsgegner betreibe seit 2017 ein Restaurant/Imbiss/Pizza-Kurier; sei gleichzeitig der alleinige Geschäftsführer (Urk. 26 Rz. 16; Prot. I S. 13). Der Gesuchsgegner gab anlässlich der vorinstanzlichen Befragung vom 4. Januar 2023 zwar an, dass er von 2017 bis 2022 "normal als Angestellter gearbeitet" habe, sprach aber ebenfalls von einem Kebab-Stand in Q.\_\_\_\_\_, welchen er gehabt habe, welcher aber "kaputt" sei. Er habe ihn nicht mehr, dafür habe er einen in R.\_\_\_\_\_ (Prot. I S. 23). Anlässlich der Parteibefragung vom 20. September 2023 führte er sodann unmissverständlich aus, er führe sein Unternehmen bereits seit dem Jahr 2010, aber es sei bisher eher schlecht gelaufen. Jetzt habe er einfach noch den Namen "A.\_\_\_\_\_ [Nachname]" an den Restaurantnamen angefügt (Prot. I S. 45). Drittens handelt es sich – wie der Gesuchsgegner im Übrigen selbst explizit ausführt – hierbei um Erfahrungswerte. So gibt es durchaus auch Geschäftsideen, die innert einem kürzeren Zeithorizont erfolgreich sind bzw. Gewinn generieren.

- 27 -

### **E. 2.8**

Der Gesuchsgegner rügt, die Vorinstanz habe ihm, welcher keine anerkannte Berufsausbildung habe, ohne Plausibilitätsprüfung ein Nettoeinkommen von monatlich Fr. 9'000.– angerechnet. Ein monatlicher Nettolohn von zumindest Fr. 9'000.– weiche denn auch substantiell von Lohnstrukturerhebungen im Gastronomiebereich ab, wie er bereits im Schlussvortrag vom 8. Mai 2024 ausgeführt habe. Die eingereichte Lohnstrukturerhebung weise für den Gastrobereich, ausgehend von monatlich brutto Fr. 6'190.– für obere und mittlere Kader und unter Berücksichtigung von rund 13% Sozialabgaben einen monatlichen Nettolohn von max. Fr. 4'500.– aus. Er habe jedoch nicht die Qualifikation als Geschäftsführer/Oberes Kader, sodass sein Vergleichssalar maximal unter Ziffer 3 der tabellarischen Zusammenstellung in Urk. 82/34 liege, was unter Berücksichtigung der Sozialabgaben netto monatlich max. Fr. 4'750.– ausmache. Dieses Lohnniveau decke sich auch mit den in diesem Verfahren eingereichten

Buchhaltungsunterlagen und dem von ihm anerkannten Nettolohn von monatlich Fr. 4'500.–. Diese plausible Lohnvergleichseinschätzung werde auch durch die Gastgewerblichen Lohntabellen GastroSuisse 2023/2024 gestützt (Urk. 90 Rz. 29). Einerseits handelt es sich bei diesen Ausführungen des Gesuchsgegners erneut um eine blosser Wiederholung seiner vorinstanzlichen Vorbringen (vgl. Urk. 82 Rz. 10), ohne dass er auf konkrete Erwägungen im angefochtenen Entscheid Bezug nimmt, womit ihnen bereits aus prozessualen Gründen kein Erfolg beschieden sein kann (vgl. E. II.2). Andererseits zielen sie auch in inhaltlicher Hinsicht an der Sache vorbei. Die Vorinstanz rechnete dem Gesuchsgegner nicht ein (hypothetisches) Einkommen als Angestellter an, sondern ging auf seiner Seite von einer selbständigen Erwerbstätigkeit aus (vgl. insb. Urk. 88 E. III.2.5.5.3). Mithin sind Lohnstrukturhebungen für unselbständige Arbeitnehmer im Gastronomiebereich und demzufolge auch das Fehlen einer anerkannten Berufsausbildung vorliegend nicht zentral. Oftmals wird eine selbständige Erwerbstätigkeit, welche ein unternehmerisches Risiko und allenfalls auch einen ein 100%-Pensum weit übersteigender Arbeitseinsatz mit sich bringt, gerade gewählt, um damit ein höheres Einkommen als im Angestelltenverhältnis erzielen zu können.

- 28 -

## **E. 2.9**

Schliesslich macht der Gesuchsgegner geltend, der Halbjahresabschluss der F.\_\_\_\_\_ GmbH per 30. Juni 2024 weise bei einem Betriebsertrag von rund Fr. 198'127.–, d.h. monatlich rund Fr. 33'020.–, einen Verlust von Fr. 7'868.50 aus. Darin enthalten ist ein Lohnaufwand netto für ihn von gerundet Fr. 27'214.– und für M.\_\_\_\_\_ von gerundet Fr. 25'890.– (nach Quellensteuerabzug). Weitere Mitarbeiter seien in Aushilfsjobs tätig. Ausgehend von Lohnbezügen von netto Fr. 27'214.– ergebe dies ein Nettoeinkommen von monatlich maximal Fr. 4'535.–. Aufgrund des Verlustausweises könne ihm zusätzlich kein (thesaurierter) Gewinn zugerechnet werden (Urk. 90 Rz. 31). Die Bilanz- und Erfolgsrechnung 2022 des vormaligen Einzelunternehmens des Gesuchsgegners L.\_\_\_\_\_ wies für die Monate November und Dezember 2022 einen Gewinn von Fr. 27'859.19 aus (Urk. 36/2). In den Zwischenabschlüssen der L.\_\_\_\_\_ per 31. Mai 2023 (Urk. 51/5) und per 31. August 2023 (Urk. 56/2) wurde ein Gewinn von Fr. 601.92 bzw. Fr. 1'672.30 ausgewiesen. Auch die F.\_\_\_\_\_ GmbH, unter der das Verkaufsgeschäft des Gesuchsgegners seit dem 1. September 2023 läuft, wies per 31. Dezember 2023 einen Gewinn von Fr. 1'124.14 aus (Urk. 72/20). Eine Begründung, weshalb erstmals seit Aufnahme der Selbständigkeit des Gesuchsgegners am 1. November 2022 respektive erstmals seit der Gründung der F.\_\_\_\_\_ GmbH per 30. Juni 2024 ein Verlust resultierte, liefert der Gesuchsgegner in seiner Berufungsschrift nicht (vgl. Urk. 90). So ist denn auch eine gewisse zeitliche Kongruenz nicht zu übersehen: Die Verhandlung betreffend Schlussvorträge im vorinstanzlichen Eheschutzverfahren fand am 8. Mai 2024 (Prot. I S. 66) statt und das angefochtene Urteil, mit welchem der Gesuchsgegner zu Unterhaltszahlungen verpflichtet wurde, datiert vom 17. September 2024 (Urk. 88). Anlässlich der Parteibefragung an der Verhandlung vom 20. September 2023 gab der Gesuchsgegner noch explizit an, der von ihm seit November 2022 geführte Kebab-Stand laufe gut (Prot. I S. 47). Ausserdem führte er aus, er beziehe keine individuelle Prämienverbilligung, sein Einkommen sei viel zu hoch dafür. Man verlange von ihm sogar eine Rückerstattung für das Jahr 2022 (Prot. I S. 56). Im Widerspruch zu einem – vom Gesuchsgegner sinngemäss behaupteten – schlechteren Geschäftsgang im Frühling 2024

und dem von ihm geltend gemachten Nettoeinkommen von Fr. 4'535.– steht sodann auch der Umzug des Gesuchsgegners

- 29 - und M. \_\_\_\_\_ in genau diesem Zeitraum per 1. April 2024 in eine deutlich teurere neue Mietwohnung für Fr. 2'770.– monatlich, für welche zudem ein Mietzinsdepot von Fr. 8'310.– zu leisten war (Urk. 83/26). Dies insbesondere auch angesichts dessen, dass eine Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit von M. \_\_\_\_\_ nach der Geburt des dritten gemeinsamen Kindes im mm. 2024 vom Gesuchsgegner ausgeschlossen wurde (Urk. 82 Rz. 7). Der Gesuchsgegner vermag insoweit auch mit dem Halbjahresabschluss der F. \_\_\_\_\_ GmbH vom 1. Januar 2024 bis zum 30. Juni 2024 ein Nettoeinkommen von monatlich lediglich maximal Fr. 4'535.– nicht glaubhaft darzulegen. 2.10. Zusammenfassend bleibt es in den Phasen II-V beim von der Vorinstanz seitens des Gesuchsgegners berücksichtigten Einkommen von Fr. 9'000.–. B) Wohnkosten 1. Gegenstand des Berufungsverfahrens bilden im Weiteren die Wohnkosten des Gesuchsgegners sowie von M. \_\_\_\_\_ sowie deren gemeinsamen Kindern S. \_\_\_\_\_, T. \_\_\_\_\_ und U. \_\_\_\_\_ ab 1. April 2024. 2. Die Vorinstanz erwo, ab 1. April 2024 mache der Gesuchsgegner aufgrund eines neu eingegangenen Mietverhältnisses für eine 4.5-Zimmerwohnung in V. \_\_\_\_\_ Wohnkosten von Fr. 2'770.– geltend, wobei nicht bezifferte Kosten für einen Fahrzeugabstellplatz inbegriffen seien. Dies mit der Begründung, dass die Familie des Gesuchsgegners im Hinblick auf die Geburt der Tochter mehr Platz benötige, was nachvollziehbar erscheine, zumal der Gesuchsgegner und seine Familie zuvor in einer 3.5-Zimmerwohnung lebten. Die neu geltend gemachten Mietzinsen seien dennoch als deutlich überhöht zu qualifizieren, insbesondere im Hinblick auf die inzwischen umfangreiche finanzielle Verantwortung für seine Familie mit bald vier Kindern, aber auch im Abgleich mit den rund um seinen Arbeits- und bisherigen Wohnort zu findenden Mietpreise anderer 4.5-Zimmerwohnungen, wobei mehrere im Bereich bis Fr. 2'200.– zu finden seien. Nachdem der Gesuchsgegner aber während des vorliegenden Verfahrens im Bewusstsein darüber, dass ein zu hoher Mietzins den Unterhaltsanspruch von C. \_\_\_\_\_ mindern könnte, ein solches neues Mietverhältnis eingegangen sei, sei von einer absichtlichen Ver-

- 30 - minderung der Leistungsfähigkeit auszugehen und ihm, seiner Lebenspartnerin und deren gemeinsamen Kindern von Beginn an lediglich Wohnkosten von Fr. 2'200.– anzurechnen. Ein darüber hinausgehender Betrag sei über den Überschuss zu finanzieren (Urk. 88 E. III.2.9.4.2). 3. Der Gesuchsgegner bringt in seiner Berufungsschrift vor, er und seine Familie hätten bis Ende März 2024 in einer 3.5-Zimmerwohnung gelebt, deren Mietkosten sich auf Fr. 1'879.– belaufen hätten. Er und M. \_\_\_\_\_ hätten bereits zwei gemeinsame Kinder und die Geburt des dritten Kindes werde per Ende mm. 2024 erwartet. Darüber hinaus sei zu beachten, dass auch C. \_\_\_\_\_ regelmässig an den Wochenenden bei seinem Vater sei, weshalb er eine entsprechende Schlafmöglichkeit haben müsse. Bei der Unterhaltsberechnung seien grundsätzlich die effektiv anfallenden Wohnkosten anzurechnen. Erschienen diese Kosten als zu hoch, könne eine Herabsetzung erfolgen, jedoch könne hierbei nicht schematisch vorgegangen werden. Die Herabsetzung könne jedoch lediglich nach Ablauf des nächsten Kündigungstermins auf ein ortsübliches Normalmass herabgesetzt werden, soweit er den wirtschaftlichen Verhältnissen und persönlichen Bedürfnissen nicht angemessen sei. Die Vorgehensweise der Vorinstanz widerspreche in diversen Punkten der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, weshalb ihm und seiner Familie der vollständige Mietzins von Fr. 2'770.– anzurechnen sei. Unbestritten sei, dass er und seine Familie Anspruch auf eine grössere Wohnung hätten. Es sei jedoch

nicht nachvollziehbar, welcher Abgleich der Vorinstanz ergeben habe, dass Wohnungen im Bereich bis Fr. 2'200.– zu finden seien. Seine Suchanfrage vom 30. September 2024 auf der Plattform homegate.ch in den Gemeinden W.\_\_\_\_\_, P.\_\_\_\_\_, AA.\_\_\_\_\_ und V.\_\_\_\_\_ habe zwar 36 Treffer ergeben, jedoch sei keine Wohnung für einen Mietzins von Fr. 2'200.– vorhanden. Von den 36 vorhandenen Wohnungen seien auch nur zehn Wohnungen günstiger als seine. Ein Mietzins von Fr. 2'770.– sei somit als ortsüblich und keineswegs als überhöht anzusehen. Weiter sei anzumerken, dass die einzelnen Wohnkostenanteile im Vergleich zum Haushalt der Gesuchstellerin nicht wesentlich höher ausfielen, da der Mietzins auf mehr Familienmitglieder aufgeteilt werde. Der Mietzins im Haushalt der Gesuchstellerin ergebe sich aus einer langjährigen Bestandesmiete, welche notorischerweise tiefer ausfalle als aktuelle Neuvermietungen. Weiter sei bei ihm

- 31 - zu berücksichtigen, dass auch C.\_\_\_\_\_ regelmässig bei ihm sei. Im Hinblick auf die finanziellen Verhältnisse der Parteien sei zu beachten, dass der aktuelle Mietzins im Rahmen des Üblichen liege und der Mietzins weniger als 1/3 des Gesamteinkommens von ihm und M.\_\_\_\_\_ ausmache. Unter Berücksichtigung sämtlicher persönlicher und finanzieller Umstände sowie der aktuell ortsüblichen Mietzinse sei ihm und seiner Familie der gesamte Mietzins von Fr. 2'770.– anzurechnen. Für die Phase IV ergebe sich bei ihm ein Wohnkostenanteil von Fr. 786.– und für die Phase V ein solcher von Fr. 791.–. Sollte das Obergericht die Ansicht vertreten, dass sein aktueller Mietzins überhöht sei, könne dieser nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erst auf den nächstmöglichen Kündigungstermin reduziert werden. Da das Vorbringen der überhöhten Mietzinse von der Vorinstanz erst mit dem Entscheid vom 17. September 2024 vorgebracht worden sei, könne ein reduzierter Mietzins ohnehin erst auf den nach Eröffnung des Urteils nächstmöglichen Kündigungstermin, d.h. 30. März 2025 angerechnet werden. Im Weiteren habe M.\_\_\_\_\_ keine Beistandspflicht bzw. Verpflichtungen C.\_\_\_\_\_ gegenüber. Sollte das Gericht die Annahme der Vorinstanz vertreten, dass ihm ein reduzierter Mietkostenanteil anzurechnen sei, könne dies nicht analog auf M.\_\_\_\_\_ angewendet werden, da sie – abgesehen von den gemeinsamen Kindern mit ihm – keine familienrechtlichen Verpflichtungen träfen und sie deshalb bei der Wahl der Wohnung und ihren diesbezüglichen finanziellen Verpflichtungen frei sei. Bei M.\_\_\_\_\_ sei in der Phase IV ein Mietkostenanteil von Fr. 786.– und in der Phase V ein Mietkostenanteil von Fr. 791.– anzurechnen. Sodann würden die von der Vorinstanz für S.\_\_\_\_\_, T.\_\_\_\_\_ und U.\_\_\_\_\_ angenommenen Mietzinsanteile bestritten, wobei für die Begründung auf die vorangehenden Ausführungen verwiesen werde. Präzisierend sei anzuführen, dass die Kinder von M.\_\_\_\_\_ auch an ihrem Lebensstandard partizipieren dürften und diesbezüglich unabhängig von der Berechnung des Mietkostenanteils des Gesuchsgegners analog zur Berechnung bei M.\_\_\_\_\_ auch bei den Kindern von den tatsächlichen Wohnkosten ausgegangen werden müsse. S.\_\_\_\_\_ und T.\_\_\_\_\_ seien in Phase IV je Fr. 369.– und in Phase V je Fr. 396.– anzurechnen und U.\_\_\_\_\_ ab Geburt Fr. 396.– (Urk. 90 Rz. 40 ff.).

- 32 - 4. Bei den für die Frage der Angemessenheit der Wohnkosten massgeblichen persönlichen Verhältnissen ist vor allem auf die Anzahl Personen, für die ein Ehegatte verantwortlich ist, und seine Gesundheit abzustellen, nicht aber auf sein Einkommen oder seine gesellschaftliche Stellung. Auf Seiten des obhutsberechtigten Ehegatten ist im Regelfall von einem Zimmer pro Ehegatte und Kind zuzüglich einem Raum auszugehen. Weniger Zimmer braucht es bei Kleinkindern (Six, Ehe-schutz, 2. Aufl., Rz. 2.99). Die drei unter der Obhut des Gesuchsgegners stehenden Kinder sind 5 Jahre (S.\_\_\_\_\_), 1 ½

(T.\_\_\_\_\_) und einige wenige Monate (U.\_\_\_\_\_) alt, mithin überwiegend im Kleinkindalter. Dass der gemeinsame Sohn der Parteien C.\_\_\_\_\_ regelmässig an den Wochenenden beim Gesuchsgegner ist und deshalb eine entsprechende Schlafmöglichkeit benötigt, wie der Gesuchsgegner vorbringt, wurde von der Gesuchstellerin substantiiert bestritten (vgl. Urk. 97 Rz. 34). Die Besuchsrechtsregelung in der Trennungsvereinbarung der Parteien (Teilvereinbarung) vom 4. Januar 2023 (Urk. 29 Ziffer 3) sieht denn auch explizit keine Übernachtungen vor. Ein Blick in die gängigen Immobilienplattformen comparis.ch sowie homegate.ch (besucht am 17. Dezember 2024) ergibt, dass sich bereits im vom Gesuchsgegner präferierten Raum W.\_\_\_\_\_, P.\_\_\_\_\_, AA.\_\_\_\_\_ und V.\_\_\_\_\_ diverse Wohnungen mit mehr als 80 Quadratmetern beziehungsweise mit vier Zimmern mit einem Mietzins bis zu Fr. 2'200.– finden lassen. Diese Grössenverhältnisse erscheinen vorliegend für die inzwischen fünfköpfige Familie als angemessen. Vor diesem Hintergrund ist mit der Vorinstanz einig zu gehen, dass der vom Gesuchsgegner geltend gemachte Mietzins für eine 4.5-Zimmerwohnung von Fr. 2'770.– als deutlich überhöht zu qualifizieren ist. Es ist im Übrigen auch nicht nachvollziehbar, wieso der Gesuchsgegner per 1. April 2024 und damit bereits rund sieben Monate vor der Geburt seines weiteren Kindes eine für sein und das Budget der Familie viel zu teure Wohnung beziehen musste. Es ist notorisch, dass Wohnungen im Kanton Zürich nicht günstig sind. Es sind jedoch auch in der vom Gesuchsgegner gewünschten Gegend billigere Wohnungen in der benötigten Grösse erhältlich (zum Beispiel von Genossenschaften). Freilich bedarf es einer gewissen Zeit, um eine solche zu finden. Vorliegend bestand jedoch seitens des Gesuchsgegners keine Veranlassung, angesichts des jungen Alters seiner Kinder und ihrer noch überschaubaren Platzbe-

- 33 - dürfnisse derart hastig vorzugehen. Der Gesuchsgegner hat insbesondere auch keinerlei vergebliche Suchbemühungen betreffend eine günstigere Wohnung in der erforderlichen Grösse (nötigenfalls auch in einem grösseren Radius zu seinem Arbeitsort, zumal der Gesuchsgegner nicht aufgezeigt hat, inwiefern dies nicht zumutbar wäre) behauptet geschweige denn – mittels Bewerbungen und entsprechenden Absagen – glaubhaft gemacht. Da der Gesuchsgegner die zu teure Wohnung nach Auflösung des gemeinsamen Haushaltes mit der Gesuchstellerin ohne nachvollziehbaren Grund gemietet hat, ist ihm keine Umstellungsfrist einzuräumen (Six, a.a.O., Rz. 2.98 mit Verweis auf OGer ZH LP050122 vom 30. März 2006, E. II.1.5; OGer ZH LY170009 vom 12. Oktober 2017 E. II.D.3.3.5; OGer ZH LE170005 vom 28. August 2017 E. III.B.6.2.1). Vielmehr sind dem Gesuchsgegner, seiner Lebenspartnerin und deren gemeinsamen Kindern rückwirkend ab dem 1. April 2024 lediglich Wohnkosten von insgesamt Fr. 2'200.– anzurechnen. Ergänzend anzumerken bleibt nämlich, dass – entgegen dem Gesuchsgegner – M.\_\_\_\_\_ bei der Wahl ihrer Wohnung und ihren diesbezüglichen finanziellen Verpflichtungen nicht frei ist. Zwar trifft es zu, dass sie gegenüber C.\_\_\_\_\_ keine (direkte) Beistands- bzw. Unterhaltspflicht hat. In den bezüglich die (höheren) Wohnkosten relevanten Phasen VI und V berücksichtigt die vorinstanzliche Unterhaltsberechnung seitens von M.\_\_\_\_\_ jedoch kein Einkommen (vgl. Urk. 91 E. III.2.10.5 f.). Ihre Lebenshaltungskosten und insbesondere auch ihr Wohnkostenanteil werden durch den Gesuchsgegner gedeckt, was dessen Leistungsfähigkeit und in der Konsequenz auch die Höhe der Unterhaltsbeiträge von C.\_\_\_\_\_ beschlägt. Insofern zielt auch das Vorbringen des Gesuchsgegners ins Leere, dass auch S.\_\_\_\_\_, T.\_\_\_\_\_ und U.\_\_\_\_\_ an ihrem Lebensstandard partizipieren dürfen. Vielmehr gilt es – vor dem Hintergrund, dass einzig der Gesuchsgegner ein Einkommen generiert – hinsichtlich der unterhaltsberechtigten

Kinder den Gleichbehandlungsgrundsatz zu beachten. 5. Der Berufung des Gesuchsgegners ist somit auch in diesem Punkt kein Erfolg beschieden und die von der Vorinstanz berücksichtigten Wohnkosten des Gesuchsgegners sowie von M.\_\_\_\_\_, S.\_\_\_\_\_, T.\_\_\_\_\_ und U.\_\_\_\_\_ ab 1. April 2024 sind nicht anzupassen.

- 34 -

#### **E. 6**

Die von der Vorinstanz festgelegten Kinderunterhaltsbeiträge (Urk. 88, Dispositiv-Ziffer 2) sind vor diesem Hintergrund zu bestätigen, wie auch die damit in Zusammenhang stehenden Dispositiv-Ziffern 4-6 des vorinstanzlichen Urteils vom 17. September 2024 (Verpflichtung der Gesuchstellerin zur Vorlage der monatlichen Abrechnungen der Sozialhilfe, anrechenbare Zahlungen des Gesuchsgegners und Berechnungsgrundlagen). C) Unentgeltliche Rechtspflege vor Vorinstanz 1. Die Vorinstanz wies mit Verfügung vom 17. September 2024 das Gesuch des Gesuchsgegners um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsverteidigung ab (Urk. 91 S. 65 Dispositiv-Ziffer 4). Sie führte dazu folgende Rechtsmittelbelehrung an (Urk. 91 S. 65 Dispositiv-Ziffer 6): "Eine selbständige Beschwerde gegen diese Verfügung kann innert

#### **E. 10**

Tagen von der Zustellung an im Doppel sowie unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Beschwerdeschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen. Die gesetzlichen Fristenstillstände gelten in diesem Verfahren nicht (Art. 145 Abs. 2 ZPO)." 2. Der Rechtsvertreter des Gesuchsgegners erhob namens und im Auftrag des Gesuchsgegners (Urk. 90 S. 2 oben) unter anderem gegen die Abweisung des erstinstanzlichen Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege Berufung (Urk. 90 S. 3 f. Ziff. 3 f.). Er führte zu dem von ihm gewählten Rechtsmittel aus (Urk. 90 Rz. 2), beim erstinstanzlichen Entscheid des Bezirksgerichts Hinwil vom 17. September 2024 handle es sich um einen mit Berufung anfechtbaren erstinstanzlichen Entscheid im Sinne von Art. 308 ZPO und somit ein gültiges Anfechtungsobjekt (unter explizitem Hinweis als Beweisofferte auf das Urteil und die Verfügung vom BG Hinwil vom 17. September 2024 [EE220034-E]). Er führte sodann aus, der begründete Entscheid vom 17. September 2024 sei dem Gesuchsgegner am 19. September 2024 zugestellt worden. Die Berufung erfolge mit heutiger Eingabe somit innert der gesetzlichen Frist von zehn Tagen im Sinne von

- 35 - Art. 314 ZPO (Urk. 90 Rz. 3). Die Berufung zur unentgeltlichen Rechtspflege begründete er in den Rz. 59 ff. seiner Berufungsschrift (Urk. 90). Er bezeichnete seinen Mandanten auch im Rahmen dieser Begründung konstant als "Berufungskläger". Schliesslich bat der Rechtsvertreter des Gesuchsgegners am Ende der Berufungsschrift nochmals um Gutheissung der Berufung (Urk. 90 Rz. 69). 3.1. Gemäss Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO i.V.m. Art. 121 ZPO kann der Entscheid mit Beschwerde angefochten werden, sofern die unentgeltliche Rechtspflege ganz oder teilweise abgelehnt oder entzogen wird. Die Anfechtung der Abweisung der unentgeltlichen Rechtspflege wurde demnach vom Gesetzgeber ausdrücklich der Beschwerde unterstellt. 3.2. Ergreift eine Partei ein unzulässiges Rechtsmittel, ist auf dieses grundsätzlich nicht einzutreten. Unter bestimmten Umständen kann die Rechtsmittelbehörde das unzulässige Rechtsmittel indes als ein anderes Rechtsmittel entgegennehmen, wenn die Rechtschrift die Voraussetzungen auch

des anderen Rechts- mittels erfüllt. Die Rechtsprechung stützt sich hierbei auf das Verbot des über- spitzten Formalismus (Art. 29 Abs. 1 BV). Gemäss bundesgerichtlicher Recht- sprechung kann eine Konversion lediglich dann zulässig sein, wenn der Fehler nicht auf einer bewussten Entscheidung der anwaltlich vertretenen Partei beruht, dem am Ende der erstinstanzlichen Entscheidung genannten Rechtsbehelf nicht zu folgen, oder auf einem groben Fehler. Umgekehrt ist eine Umwandlung ausge- schlossen, wenn der anwaltlich vertretene Rechtsmittelkläger bewusst einen Rechtsbehelf gewählt hat, obwohl er nicht in Unkenntnis darüber sein konnte, dass dieser falsch war. Das Bundesgericht hat eine Konversion hinsichtlich der Rechtsmittel der Zivilprozessordnung bei einer anwaltlich vertretenen Partei gar im Falle einer unrichtigen Rechtsmittelbelehrung abgelehnt, wenn der Beschwer- deführer respektive dessen Rechtsvertreter bei gehöriger Sorgfalt mit einem Blick in das Gesetz hätte erkennen können, dass nur ein bestimmtes Rechtsmittel zu- lässig ist. Die Konversion einer unzulässigen Berufung in eine zulässige Be- schwerde (und umgekehrt) ist somit, selbst bei Vorliegen einer falschen Rechts- mittelbelehrung, abzulehnen (vgl. die Rechtsprechungsübersicht im Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 8. August 2022 [410 22 128], E. 2; ferner

- 36 - BGer 4A\_113/2021 vom 2. September 2022 E. 6: Ablehnung der Konversion ei- ner unzulässigen Beschwerde in eine zulässige Berufung; zum Ganzen OGer ZH LY230028 vom 5. September 2023 E. 2.b). Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ hat namens des Gesuchsgegners sein Rechtsmittel gegen die erstinstanzliche Abweisung der beantragten unentgeltlichen Rechts- pflege bewusst als Berufung bezeichnet (wie in E. III.C.1 vorstehend aufgezeigt). 3.3. Rechtsprechungsgemäss kann nur diejenige Partei den sich aus der Rechts- mittelbelehrung ergebenden Vertrauensschutz für sich in Anspruch nehmen, wel- che die Unrichtigkeit auch bei gebührender Aufmerksamkeit nicht hat erkennen können. Dabei vermag nur grobe prozessuale Unsorgfalt der betroffenen Partei oder ihres Anwaltes eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung aufzuwiegen. Von ei- nem Rechtsanwalt wird jedoch erwartet, dass er eine Grobkontrolle der Rechts- mittelbelehrung durch Konsultierung der anwendbaren Verfahrensbestimmungen vornimmt, wobei er nicht auch noch die einschlägige Rechtsprechung oder Litera- tur nachschlagen muss. Ergibt sich jedoch die Fehlerhaftigkeit schon aus dem Wortlaut des Gesetzes, so wird die Sorgfaltswidrigkeit des Anwaltes als grob an- gesehen und es besteht mithin kein Vertrauensschutz (BGer 5A\_350/2021 vom 17. Mai 2021 E. 5 m.w.H.; siehe auch BGer 5D\_166/2023 vom 17. April 2024 E. 3.1 m.w.H.). Die Vorinstanz führte in Dispositiv-Ziffer 6 der angefochtenen Verfügung aus, dass eine selbstständige Beschwerde gegen diese Verfügung innert zehn Tagen erklärt werden könne (Urk. 90 S. 65). Daraus zu schliessen, wie dies wohl der Rechtsvertreter des Gesuchsgegners getan hat, dass die Berufung das zulässige Rechtsmittel sei, sofern zusätzlich auch Dispositivziffern des Urteils vom gleichen Tag mitangefochten werden, geht für einen prozessierenden Rechtsanwalt nicht an. Bei gehöriger Sorgfalt mit einem Blick in die Schweizerische Zivilprozessord- nung (Art. 121 ZPO) hätte der Rechtsvertreter des Gesuchsgegners erkennen können, dass ausschliesslich die Beschwerde gemäss Art. 319 ff. ZPO zulässig ist. Die Vorinstanz hat als Rechtsmittel korrekterweise die Beschwerde angege- ben. Der Rechtsvertreter des Gesuchsgegners hat dagegen ohne erkennbare Grundlage bewusst die Berufung gewählt.

- 37 - 3.4. Auf die Berufung des Gesuchsgegners gegen Dispositiv-Ziffer 4 der ange- fochtenen Verfügung (Urk. 91) ist demnach nicht einzutreten. IV. A) Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Der vorinstanzliche Kostenentscheid wurde von den Parteien im

Berufungs- verfahren nicht thematisiert (vgl. Urk. 90 S. 4 ff.) und erscheint weiterhin als ange- messen und den gesetzlichen Bestimmungen entsprechend (Art. 106 und 107 ZPO). Die vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung, wonach die Ge- richtskosten von Fr. 6'000.– zuzüglich Fr. 1'582.50 Dolmetscherkosten den Par- teien je hälftig aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen sind (Urk. 91 Dispositiv-Ziffer 9-11 und E. V), ist daher zu bestätigen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.