

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LE160065-O/U.doc

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

## Beschluss und Urteil vom 15. März 2017

in Sachen

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

Gesuchsgegner und Berufungskläger

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

gegen

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

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

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

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 28. Juli 2016 (EE160050-E)**

**Rechtsbegehren:**

(Urk. 15)

- "1. Es sei festzustellen, dass die Parteien auf unbestimmte Zeit zum Getrenntleben berechtigt sind und es sei davon Vormerk zu nehmen, dass sie seit dem 16. Januar 2016 getrennt leben.
2. Der Sohn C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2016, sei unter die alleinige elterliche Sorge der Gesuchstellerin zu stellen.  
Eventualiter sei der Sohn C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2016, für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Gesuchstellerin zu stellen.
3. Der Gesuchsgegner sei für berechtigt zu erklären, den Sohn C.\_\_\_\_\_ jeweils einen Tag im Monat von 15.00 bis 17.00 Uhr, erstmals im August 2016, in Anwesenheit der Mutter auf eigene Kosten zu besuchen, wobei dieser Besuchstag entsprechend dem Arbeitsplan der Gesuchstellerin sowie der Besuchsort jeweils zwei Wochen im Voraus festzustellen wäre.
4. Dem Gesuchsgegner sei die Auflage zu erteilen, dass er den Sohn C.\_\_\_\_\_ ohne ausdrückliche schriftliche Zustimmung der Gesuchstellerin nicht ins Ausland (nicht ausserhalb der Schweiz) mitnehmen resp. mit diesem ins Ausland reisen darf.
5. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin rückwirkend ab tt.mm.2016 monatliche Kinderunterhaltsbeiträge für C.\_\_\_\_\_ von mindestens Fr. 950.00 zuzüglich gesetzlicher und vertraglicher Kinderzulagen zu bezahlen, zahlbar jeweils im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats.
6. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin rückwirkend ab 1. Februar 2016 für sie persönlich angemessene monatliche Unterhaltsbeiträge von mindestens Fr. 700.00 zu bezahlen, zahlbar jeweils im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats.
7. Die Gesuchstellerin sei zu ermächtigen, die eheliche Wohnung an der D.\_\_\_\_\_-Strasse ... in E.\_\_\_\_\_ ohne Zustimmung des Gesuchsgegners zu kündigen resp. der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, seine Zustimmung zur Kündigung der ehelichen Wohnung per Ende September 2016 zu erteilen.
8. Die Gesuchstellerin sei für berechtigt zu erklären, auf erstes Verlangen ihre persönlichen Gegenstände, insbesondere Hochzeitsgeschenke (Schmuck und Kleider), welche sich im Haus der Eltern des Gesuchsgegners im Kosovo befinden, abzuholen resp. mitzunehmen und diese seien der Gesuchstellerin zur alleinigen Benützung zuzuweisen.
9. Es sei die Gütertrennung per 28. Juli 2016 anzuordnen.
10. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt) zu Lasten des Gesuchsgegners.

Der Gesuchstellerin sei die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und

ihr in der Person der Unterzeichnenden eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen."

**Urteil und Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren  
des Bezirkes Hinwil vom 28. Juli 2016:**

(Urk. 31)

**Es wird verfügt:**

- "1. Der Gesuchstellerin wird die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt.
2. Der Gesuchstellerin wird Rechtsanwältin lic. iur. Y.\_\_\_\_\_ als unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
3. Schriftliche Mitteilung an die Gesuchstellerin mit nachfolgendem Entscheid.

**Es wird erkannt:**

1. Es wird festgestellt, dass die Parteien auf unbestimmte Zeit zum Getrenntleben berechtigt sind.
2. Sohn C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2016, wird für die Dauer des Getrenntlebens unter die alleinige elterliche Sorge und Obhut der Gesuchstellerin gestellt.
3. Der Gesuchsgegner ist berechtigt und verpflichtet, C.\_\_\_\_\_ auf eigene Kosten jeweils an einem Tag im Monat von 15.00 Uhr bis 17.00 Uhr, erstmals im August 2016, in Begleitung der Gesuchstellerin, zu besuchen.

Dieser Besuchstag und der Besuchsort sind entsprechend dem Arbeitsplan der Gesuchstellerin jeweils zwei Wochen im Voraus in gegenseitiger Absprache festzulegen.

In der übrigen Zeit wird C.\_\_\_\_\_ durch die Gesuchstellerin betreut.

4. Der Antrag Ziff. 4 der Gesuchstellerin wird zufolge Rückzugs erledigt abgeschrieben.

5. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, für den Sohn C.\_\_\_\_\_ monatliche Kinderunterhaltsbeiträge von Fr. 950.– zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Familien-, Kinder- und Ausbildungszulagen zu bezahlen, erstmals rückwirkend per tt.mm.2016, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.
  
5. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin monatlich jeweils auf den Ersten eines jeden Monats zahlbare Unterhaltsbeiträge für sie persönlich wie folgt zu bezahlen:
  - Fr. 700.– rückwirkend ab 1. Februar bis tt.mm.2016;
  - Fr. 186.– vom tt.mm.2016 bis am 31. August 2016;
  - Fr. 186.– vom 1. September 2016 bis 31. März 2017;
  - Fr. 686.– ab 1. April 2017.
  
6. Die Gesuchstellerin wird ermächtigt, die eheliche Wohnung an der D.\_\_\_\_\_ Strasse ... in E.\_\_\_\_\_ ohne Zustimmung des Gesuchsgegners zu kündigen.
  
7. Die Gesuchstellerin wird für berechtigt erklärt, die folgenden sich im Haus ihrer Schwiegereltern im Kosovo befindlichen Hochzeitsgeschenke auf Voranmeldung abzuholen respektive mitzunehmen:
  - Zwei bis drei komplette Schmucksets in Gold (Armband, Ring, Kette, Ohrringe);
  - Diverse Ringe und Armreife;
  - Drei komplette Trachten (Traditionskleider), wovon eine sehr hochwertig ist;
  - Sechs bis acht Abendkleider.

Diese Gegenstände werden der Gesuchstellerin für die Dauer des Getrenntlebens zur alleinigen Benützung zugewiesen.
  
8. Zwischen den Parteien wird mit Wirkung ab 28. Juli 2016 die Gütertrennung angeordnet.

9. Die Entscheidungsgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 4'200.– ; die weiteren Gerichtskosten betragen  
Fr. 150.– Kosten Übersetzung.
10. Die Kosten werden dem Gesuchsgegner auferlegt.
11. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Klägerin eine volle Parteientschädigung von Fr. 5'000.– inkl. MWSt zu bezahlen. Diese Entschädigung wird der Rechtsvertreterin der Klägerin, Rechtsanwältin lic. iur. Y.\_\_\_\_\_, direkt aus der Gerichtskasse ausgerichtet. Der Anspruch auf die voraussichtlich nicht einbringliche Parteientschädigung geht im Umfang von Fr. 5'000.– auf den Kanton Zürich über."
12. (Schriftliche Mitteilung).
13. (Rechtsmittelbelehrung).

### **Berufungsanträge:**

des Gesuchsgegners und Berufungsklägers (Urk. 30):

- "1. Das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 28. Juli 2016 (Geschäfts-Nr. EE160050) sei vollumfänglich aufzuheben und die Sache zur Fortsetzung der Verhandlung sowie zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt) zulasten der Staatskasse.

Eventualiter:

1. In Aufhebung von Dispositiv Ziff. 2 des angefochtenen Urteils sei der Sohn C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2016, unter der gemeinsamen elterlichen Sorge der Parteien zu belassen.  
Der Sohn C.\_\_\_\_\_ sei für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Gesuchstellerin zu stellen.
2. In Aufhebung von Dispositiv Ziff. 3 des angefochtenen Urteils sei der Gesuchsgegner berechtigt zu erklären, den Sohn C.\_\_\_\_\_ auf eigene Kosten jeweils wie folgt zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen

- an jedem Samstag und Sonntag von 15.00 Uhr bis 17 Uhr,
  - an einem zusätzlichen Tag pro Woche (Montag bis Freitag) von 15.00 Uhr bis 17 Uhr,
  - jeweils am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr,
  - alternierend während Ostern (in Jahren mit gerader Jahreszahl) bzw. Pfingsten (in Jahren mit ungerader Jahreszahl).
  - Der Besuchstag unter der Woche (Montag bis Freitag) ist entsprechend dem Arbeitsplan der Gesuchstellerin jeweils zwei Wochen im Voraus in gegenseitiger Absprache festzulegen. Die Gesuchstellerin sei zu verpflichten, dem Gesuchsgegner jeweils umgehend ihren Arbeitsplan schriftlich zu übermitteln.
  - Ausserdem sei der Gesuchsgegner berechtigt zu erklären, den Sohn C. \_\_\_\_\_ nach dessen Vollendung des zweiten Altersjahres jährlich eine Woche pro Jahr mit sich oder zu sich in die Ferien zu nehmen. Die Eltern sprechen sich jeweils rechtzeitig ab. Können sich die Parteien über die Aufteilung der Ferien nicht einigen, so kommt dem Gesuchsgegner in Jahren mit ungerader Jahreszahl das Entscheidungsrecht bezüglich Aufteilung der Ferien zu; in Jahren mit gerader Jahreszahl der Gesuchstellerin.
3. In Aufhebung von Dispositiv Ziff. 5 des angefochtenen Urteils sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, für den Sohn C. \_\_\_\_\_ monatlich jeweils auf den Ersten eines Monats folgende Kinderunterhaltsbeiträge zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Familien-, Kinder- und Ausbildungszulagen zu bezahlen:
- CHF 630.– rückwirkend ab tt.mm.2016 bis 31. August 2016
  - CHF 950.– ab 1. September 2016.
4. In Aufhebung von Dispositiv Ziff. 5 (recte 6) des angefochtenen Urteils sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin jeweils auf den Ersten eines jeden Monats zahlbare Unterhaltsbeiträge für sie persönlich wie folgt zu bezahlen:
- CHF 65.– rückwirkend ab 1. Februar 2016 bis tt.mm.2016
  - CHF 141.– ab 1. September 2016 bis 31. März 2017
  - CHF 441.– ab 1. April 2017
5. Dispositiv Ziff. 6 (recte 7) des angefochtenen Urteils sei aufzuheben.
6. Dispositiv Ziff. 8 (recte 9) des angefochtenen Urteils sei aufzuheben.
7. In Aufhebung von Dispositiv Ziff. 10 (recte 11) des angefochtenen Urteils seien die Kosten zu drei Vierteln der Gesuchstellerin und zu einem Viertel dem Gesuchsgegner aufzuerlegen.
8. In Aufhebung von Dispositiv Ziff. 11 (recte 12) des angefochtenen Urteils seien keine Parteienschädigungen zuzusprechen.

9. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt) zulasten der Gesuchstellerin."

Prozessualer Antrag:

Dem Gesuchsgegner sei für das obergerichtliche Verfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und ihm in der Person des Unterzeichneten ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (Urk. 39):

- "1. Die Berufung des Gesuchsgegners und Berufungsklägers sei vollumfänglich abzuweisen und das Urteil des Bezirksgerichts Hinwil vom 28. Juli 2016 sei zu bestätigen.
2. Der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten sei die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und ihr in der Person der Unterzeichnenden eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zgl. 8% MWST) zu Lasten des Gesuchsgegners und Berufungsklägers."

**Erwägungen:**

I.

1. Die Parteien haben am tt. März 2015 in E.\_\_\_\_\_ geheiratet (Urk. 6/3/3). Am 16. Januar 2016 reichten sie beim Bezirksgericht Hinwil ein gemeinsames Scheidungsbegehren ein (Urk. 6/1), welches am 25. Februar 2016 wieder zurückgezogen wurde (Urk. 6/15), worauf das Verfahren mit Verfügung vom 15. März 2016 abgeschlossen wurde (Urk. 6, Prot. S. 6). Gleichwohl leben die Parteien seit dem 16. Januar 2016 getrennt (Urk. 6, Prot. S. 5). Am tt.mm.2016 kam Sohn C.\_\_\_\_\_ zur Welt (Urk. 3).

2. Am 16. Juni 2016 reichte die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchstellerin) ein Gesuch um Erlass von Eheschutzmassnahmen ein (Urk. 1). An der Hauptverhandlung vom 28. Juli 2016 erschien der Gesuchsgegner und Berufungskläger (fortan Gesuchsgegner) unentschuldigt nicht (Prot. I S. 4). Gleit-

chentags fällte die Vorinstanz das vorstehend wiedergegebene (Säumnis-)Urteil (Urk. 20). Am 18. August 2016 verlangte der Gesuchsgegner eine Begründung, welche den Parteien am 7. Oktober 2016 zugestellt wurde (Urk. 24, 28).

Am 24. Oktober 2016 erhob der inzwischen anwaltlich vertretene Gesuchsgegner Berufung (Urk. 30). Die Berufungsantwort datiert vom 28. November 2016 und wurde am 2. Dezember 2016 der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 39, 43). Mit Eingabe vom 23. Dezember 2016 nahm der Gesuchsgegner sein Replikrecht wahr (Urk. 47). Diese Eingabe wurde am 13. Januar 2017 der Gesuchstellerin zur Kenntnisnahme zugestellt (Prot. S. 5). Weitere Eingaben der Parteien sind nicht erfolgt.

3. Auf die Parteivorbringen ist in der Folge nur insoweit einzugehen, als diese entscheidrelevant sind.

## II.

### **A: Hauptantrag**

1. Der Gesuchsgegner stellt als Hauptantrag ausschliesslich einen Rückweisungsantrag, ohne einen Antrag in der Sache zu stellen, wie im Falle einer "Ergänzung der Sachverhaltserhebung" neu zu entscheiden wäre. Dies ist unzulässig bzw. ungenügend. Die Berufung ist ein reformatorisches Rechtsmittel (Art. 318 Abs. 1 lit. b ZPO) und die Berufungsinstanz besitzt volle Kognition in Sach- und Rechtsfragen, weshalb Rechtsmittelanträge entsprechend zu formulieren sind. Auf den Hauptantrag kann bereits aus diesem Grund nicht eingetreten werden.

2.1 Der Gesuchsgegner rügt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Die anwaltlich vertretene Gesuchstellerin habe mit Eingabe des Eheschutzgesuches keine konkreten Anträge gestellt, sondern nur ein unspezifisches Gesuch um "Bewilligung zum Getrenntleben und Regelung der Folgen." Die von der Vorinstanz im angefochtenen Urteil entschiedenen Anträge seien erst an der Verhandlung vom 28. Juli 2016 gestellt worden. Damit habe die Gesuchstellerin ihr Gesuch massgeblich geändert, was nicht zulässig sei. Die Vorinstanz hätte die



Verhandlung unterbrechen müssen, damit der Gesuchsgegner Gelegenheit gehabt hätte, zum geänderten Gesuch Stellung zu nehmen. Indem die Vorinstanz im Anschluss an die Verhandlung das Urteil gefällt habe, habe sie den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt (Urk. 30 S. 4). Dieser Anspruch sei formaler Natur und seine Verletzung führe zur Aufhebung des angefochtenen Urteils, zur Rückweisung der Sache und zur Fortführung der Verhandlung und zu neuem Entscheid (Urk. 30 S. 4 f.).

2.2 Der durch Art. 29 Abs. 2 BV garantierte und in Art. 53 ZPO statuierte Anspruch auf rechtliches Gehör zählt zu den zentralen Verfahrensmaximen und findet seine nähere inhaltliche Ausgestaltung, Konkretisierung und Begrenzung in einer Vielzahl von Verfahrensvorschriften. Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 135 I 187 E. 2.2).

2.3 Das Eheschutzbegehren kann schriftlich oder mündlich gestellt werden (Art. 252 ZPO). Es entspricht konstanter Praxis, dass ein entsprechendes Gesuch mit dem von den Gerichten zur Verfügung gestellten Formular anhängig gemacht werden kann (vgl. [www.gerichte-zh.ch/themen/ehe-und-familie/eheschutz](http://www.gerichte-zh.ch/themen/ehe-und-familie/eheschutz), Formular Eheschutzmassnahmen). Gemäss dem amtlichen Formular haben die Parteien diverse Unterlagen zu ihren persönlichen und finanziellen Verhältnissen beizulegen und das Gesuch kurz zu begründen, konkrete Anträge sind indessen nicht zu stellen (vgl. Urk. 1). Die Gesuchstellerin hat ihr Eheschutzgesuch anlässlich der erstinstanzlichen Verhandlung lediglich konkretisiert. Zwar trifft es zu, dass der Antrag auf Zuteilung der elterlichen Sorge im Eheschutzverfahren nicht der Regel entspricht, er ist indessen zulässig, zumal in dieser Hinsicht ohnehin die Offizialmaxime gilt (Art. 296 Abs. 3 ZPO). Gleich verhält es sich mit der beantragten Gütertrennung und der Ermächtigung zur Wohnungskündigung (vgl.

Art. 172 Abs. 3 ZGB). Es liegt keine Klageänderung im Sinne von Art. 227 ZPO vor, weshalb die Vorinstanz nicht verpflichtet war, die Verhandlung zu unterbrechen. Es ist weiter belegt, dass der Gesuchsgegner an der Hauptverhandlung unentschuldig nicht erschienen ist (Prot. I S. 4). Er hat sich im Übrigen auch in den Folgetagen nicht beim Gericht gemeldet. Wäre der Gesuchsgegner pflichtgemäss erschienen, hätte er seinen Gehörsanspruch sehr wohl wahren können (vgl. Art. 253 ZPO). Eine Gehörsverletzung liegt nicht vor. Die Vorinstanz fällte zu Recht ein Säumnisurteil gestützt auf die Akten sowie die Vorbringen der anwesenden Gesuchstellerin, welche als unbestritten zu gelten hatten, allerdings unter Vorbehalt von Art. 153 ZPO (Abklärungen von Amtes wegen) und Art. 272 ZPO (eingeschränkte Untersuchungsmaxime). Eine Rückweisung des Verfahrens zur Vervollständigung des Sachverhalts würde sich daher - selbst wenn auf den Hauptantrag einzutreten wäre - erübrigen.

## **B: Eventualanträge**

1. Aufgrund des zu Recht gefällten Säumnisurteils ist der Gesuchsgegner im Berufungsverfahren mit seinen (erstmaligen) Vorbringen nur insoweit zu hören, als es sich dabei um echte Noven im Sinne von Art. 317 Abs. 1 lit. a und b ZPO handelt, d.h. Tatsachen und Beweismittel, welche ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz hätten vorgebracht werden können. Dies gilt insbesondere auch bei Kinderbelangen (vgl. BGE 138 III 626 f. E. 2.2). Unechte Noven, die bei zumutbarer Sorgfalt bereits vor erster Instanz hätten geltend gemacht werden können, können einzig dann berücksichtigt werden, wenn gerügt wird, die Vorinstanz habe eine bestimmte Tatsache in Verletzung der Untersuchungsmaxime nicht beachtet (vgl. *OGer ZH LE150070 vom 01.06.2016, E. B.4*).

### 2. Kinderbelange

2.1 In prozessualer Hinsicht moniert der Gesuchsgegner, es wäre die Anordnung einer Vertretung des Kindes zu prüfen gewesen (Urk. 30 S. 6). Dieser Auffassung ist nicht zu folgen. Die Bestellung einer Kindesvertretung ist u.a. dann zu prüfen, wenn die Eltern bezüglich der Obhut oder Sorge oder wichtiger Fragen

des persönlichen Verkehrs unterschiedliche Anträge stellen (Art. 299 Abs. 2 lit. a ZPO). Der Gesuchsgegner hat keine Anträge gestellt, weshalb von vornherein keine unterschiedlichen Anträge vorgelegen haben. Auch wird eine Vertretungsbedürftigkeit weder substantiiert geltend gemacht, noch sind Anhaltspunkte dafür ersichtlich.

2.2 Weiter wird unter Verweis auf Art. 297 Abs. 1 ZPO gerügt, der Gesuchsgegner als Vater des Kindes wäre anzuhören gewesen (Urk. 30 S. 6). Da das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen habe, rechtfertige die einmalige Säumnis des Gesuchsgegners gerade nicht, einfach jeden Antrag der Gesuchstellerin "durchzuwinken". Dies gelte umso mehr, als die Vorinstanz ungewöhnlich weit gehende Anträge bezüglich der Kinderbelange zu beurteilen gehabt habe. In der Regel werde im Rahmen eines Eheschutzverfahrens nur das Obhutsrecht übertragen und der Entscheid auf diesen geringen Eingriff in die Eltern-Kind-Beziehung beschränkt, sofern das Kindeswohl nicht etwas anderes erfordere. Von dieser Regel zur Wahrung der Subsidiarität und Verhältnismässigkeit sei die Vorinstanz ohne objektiven sachlichen Grund abgewichen (Urk. 30 S. 6).

Die Anhörung der Eltern im Sinne von Art. 297 Abs. 1 ZPO ist Teil der Sachverhaltsfeststellung. Sie ist Ausdruck des Unmittelbarkeitsprinzips und daher im Rahmen einer mündlichen Verhandlung durch das Gericht selber vorzunehmen. Art. 297 Abs. 1 ZPO ist zwingender Natur und ergänzt Art. 273 Abs. 2 ZPO und Art. 278 ZPO, wonach die Parteien zum persönlichen Erscheinen verpflichtet sind (BSK ZPO-Steck, Art. 297 N 10 ff.). Die Vorinstanz hat die Parteien ordnungsgemäss zur Hauptverhandlung vorgeladen. Das Prozessrecht sieht vor, dass bei Unterbleiben einer Prozesshandlung oder Nichterscheinen zu einem Termin das Verfahren ohne die versäumte Handlung weitergeführt wird, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt (Art. 147 Abs. 2 ZPO). Der Gesuchsgegner hat es mit seinem Nichterscheinen selbst zu vertreten, dass keine Anhörung stattfinden konnte. Auch wäre es seine Pflicht gewesen, sich im Vorfeld über den allfälligen Inhalt eines Eheschutzbegehrens zu erkundigen, zumal die Parteien bereits einmal ein Scheidungsbegehren anhängig gemacht hatten. Gemäss ständiger Rechtsprechung ist die Pflicht, sich zu erkundigen, für einen in der Schweiz le-

benden Ausländer, welcher die (deutsche) Amtssprache nicht beherrscht, ohne weiteres zu bejahen (ZR 84 Nr. 63).

2.3 Der Gesuchsgegner beanstandet ferner, die Vorinstanz habe nicht nur keine Beweiserhebungen getätigt, sondern auch die inhaltlich ungenügenden und unbelagten Behauptungen keiner kritischen Prüfung unterzogen (Urk. 30 S. 7). Selbst die Befragung der Gesuchstellerin sei ohne Hinweis auf die Wahrheitspflicht gemäss Art. 191 Abs. 2 ZPO durchgeführt worden. Die Gesuchstellerin habe keine einzige Person auch nur bezeichnen können, die Beweis über die behaupteten Tatsachen abgeben könnte. Doch statt die Gesuchstellerin nach Beweismitteln zu fragen, geschweige denn nachzuforschen, habe die Vorinstanz auf die unwidersprochenen Behauptungen abgestellt (Urk. 30 S. 7 f.).

Im summarischen Verfahren ist der Beweis zwar grundsätzlich durch Urkunden zu erbringen (Art. 254 Abs. 1 ZPO). Andere Beweismittel sind gemäss Art. 254 Abs. 2 ZPO jedoch zulässig, wenn sie das Verfahren nicht wesentlich verzögern (lit. a), es der Verfahrenszweck erfordert (lit. b) oder das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat (lit. c). Im Eheschutzverfahren stellt das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 272 ZPO) bzw. erforscht ihn in Kinderbelangen (Art. 296 Abs. 1 ZPO), weshalb die Beweismittelbeschränkung nicht gilt.

Die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime verpflichtet das Gericht, von sich aus alle Elemente in Betracht zu ziehen, die entscheidungswesentlich sind, und unabhängig von den Anträgen der Parteien Beweise zu erheben. Diese Pflicht ist indes nicht ohne Grenzen und entbindet die Parteien nicht von einer aktiven Mitwirkung am Verfahren. Die Sammlung des entscheidungsrelevanten Prozessstoffes obliegt vielmehr auch im Anwendungsbereich der Untersuchungsmaxime primär den Parteien, welche nach der bundesgerichtlichen Praxis gehalten sind, Hinweise zum Sachverhalt zu geben und Beweise zu bezeichnen (BGer 5A\_485/2012 vom 11. September 2012, E. 5, BGE 128 III 411 E. 3.2.1). Der Untersuchungsgrundsatz ändert auch nichts an der formellen Beweislast (Art. 8 ZGB), welche die Folgen der Beweislosigkeit einer bestimmten Tatsache regelt (BGer 5A\_59/2016 vom 1. Juni 2016, E. 4.4). Da der Gesuchsgegner vor Vorinstanz säumig war, ist

er seiner Behauptungs- und Substantiierungslast unwiderrufflich nicht nachgekommen. Mit anderen Worten hat der Gesuchsgegner die Vorbringen der Gegenpartei nicht bestritten. Gegenstand des Beweises sind jedoch rechtserhebliche, streitige Tatsachen (Art. 150 ZPO). Mangels substantiierter Behauptungen des Gesuchsgegners war kein Beweisverfahren und somit auch keine Parteibefragung im Sinne von Art. 191 ZPO durchzuführen.

### 3. Elterliche Sorge / Obhut

3.1 Die Vorinstanz teilte die elterliche Sorge antragsgemäss der Gesuchstellerin zu. Diese hatte ausgeführt, dass sich der Gesuchsgegner während der gesamten Schwangerschaft und auch danach weder für sie noch das Kind interessiert habe. Ca. im vierten Schwangerschaftsmonat habe er sie in den Bauch gestossen und unmissverständlich zu verstehen gegeben, dass er das Kind nicht wolle und sie auch nicht unterstützen würde. Zwischen ihr und dem Gesuchsgegner bestehe gar keine Kommunikation bezüglich C.\_\_\_\_\_, was das Treffen von Entscheidungen unmöglich mache. Darüber hinaus befürchte sie, der Gesuchsgegner könnte C.\_\_\_\_\_ ohne ihr Wissen in den Kosovo zu seiner Familie bringen (Urk. 15 S. 4). Die Vorinstanz hielt dafür, zwischen den Parteien bestehe keinerlei Kommunikation, was C.\_\_\_\_\_ anbelange. Die fehlende Kontaktaufnahme mit C.\_\_\_\_\_ illustriere das ausgeprägte Desinteresse des Gesuchsgegners gegenüber seinem Sohn. Es sei deshalb davon auszugehen, dass er zukünftig in Situationen, in denen seine Kooperation dringend notwendig wäre, dasselbe Desinteresse an den Tag legen werde und die Gesuchstellerin in wichtigen Fragen blockieren würde, was seinerseits die Gefährdung des Kindeswohls zur Folge hätte. Aus dem Unvermögen des Gesuchsgegners, sich konstruktiv und kooperativ zu verhalten, folge, dass er nicht in der Lage sein werde, Entscheidungen im ausschliesslichen Interesse von C.\_\_\_\_\_ zu treffen. Daher sei C.\_\_\_\_\_ für die Dauer des Getrenntlebens antragsgemäss unter die alleinige elterliche Sorge der Gesuchstellerin zu stellen. Die alleinige Zuteilung trage auch der Befürchtung Rechnung, der Gesuchsgegner könnte C.\_\_\_\_\_ in den Kosovo mitnehmen (Urk. 31 S. 5 f.).

3.2 Der Gesuchsgegner macht geltend, der Entzug der elterlichen Sorge verletze die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismässigkeit. Als mildeste

Massnahme gelte die Weisung. Die elterliche Sorge zu entziehen sei demgegenüber ultima ratio und deren sachlich unbegründete Anordnung sei rechtsfehlerhaft. Abgesehen davon, dass die angebliche Kindeswohlgefährdung im Sinne von Art. 307 Abs. 1 ZGB gar nicht festgestellt worden sei, sei der Entzug der elterlichen Sorge auch keine Massnahme, das Kindeswohl zu wahren. Wenn sich der Gesuchsgegner nicht um das Kind kümmere und keine Kommunikation zwischen den Parteien bestehe, würde sich dies auch mit dem Entzug der elterlichen Sorge nicht bessern und genauso wenig würde sich damit eine Entführung ins Ausland verhindern lassen (Urk. 30 S. 8).

3.3 Nach der am 1. Juli 2014 in Kraft getretenen "Sorgerechtsnovelle" steht das Sorgerecht den Eltern unabhängig von ihrem Zivilstand grundsätzlich gemeinsam zu (vgl. Art. 296 Abs. 2 ZGB). Wird in einem eherechtlichen Verfahren einem Elternteil die elterliche Sorge alleine zugeteilt, wird diese dem anderen entzogen. In der Lehre diskutiert wird die Frage, ob ein solcher Entzug nur unter den Voraussetzungen von Art. 311 f. ZGB möglich ist oder weniger hohe Anforderungen gelten (ZKE 2015 S. 226, 237 ff. sowie S. 447, 456 ff.; BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, Art. 298 N 14).

Das Bundesgericht hält dazu fest, dass für die Alleinzuteilung der elterlichen Sorge gemäss Art. 298 ff. ZGB nicht die gleichen Voraussetzungen wie für den auf Art. 311 ZGB gestützten Entzug des Sorgerechts gelten dürfen. Vielmehr könne beispielsweise auch ein schwerwiegender elterlicher Dauerkonflikt oder die anhaltende Kommunikationsunfähigkeit eine Alleinzuteilung des Sorgerechts gebieten, wenn sich der Mangel negativ auf das Kindeswohl auswirke und von einer Alleinzuteilung eine Verbesserung erwartet werden könne. Das gemeinsame Sorgerecht werde zur inhaltlosen Hülse, wenn ein Zusammenwirken nicht möglich sei, und es liege in aller Regel nicht im Kindeswohl, wenn die Kindesschutzbehörde oder gar ein Richter andauernd die Entscheidungen treffen müsse, für welche es bei gemeinsamer Sorge der elterlichen Einigung bedürfe. Erforderlich sei aber in jedem Fall eine Erheblichkeit und Chronizität des Konflikts oder der gestörten Kommunikation. Punktuelle Auseinandersetzungen oder Meinungsverschiedenheiten, wie sie in allen Familien vorkommen und insbesondere mit einer Trennung

oder Scheidung einhergehen könnten, könnten angesichts des mit der Gesetzesnovelle klarerweise angestrebten Paradigmenwechsels nicht Anlass für eine Alleinzuteilung des elterlichen Sorgerechts sein. Sei ein Konflikt zwar schwerwiegend, erscheine er aber singulär, sei im Sinn der Subsidiarität zu prüfen, ob nicht ein richterlicher Entscheid über einzelne Inhalte des Sorgerechts bzw. eine richterliche Alleinzuteilung spezifischer Entscheidungsbefugnisse in den betreffenden Angelegenheiten (beispielsweise über die religiöse Erziehung, in schulischen Belangen oder in Bezug auf das in Art. 298 Abs. 2 und Art. 298d Abs. 2 ZGB genannte Aufenthaltsbestimmungsrecht) ausreiche, um Abhilfe zu schaffen. Die Alleinzuteilung des elterlichen Sorgerechts müsse eine eng begrenzte Ausnahme bleiben (BGE 141 III 472 E. 4.6 f.).

3.4 Die Vorinstanz wirft dem Gesuchsgegner in erster Linie ein Desinteresse am Kind und mangelnde Kooperationsfähigkeit und fehlende Kommunikation vor. Die Parteien haben sich im Januar 2016 getrennt. C.\_\_\_\_\_ kam am tt.mm.2016 auf die Welt und zwei Monate später fand die Hauptverhandlung statt. Das Verhältnis zwischen den Parteien ist unbestrittenermassen belastet. Das Vorgehen des Gesuchsgegners, der sich während der Schwangerschaft nicht um die Gesuchstellerin gekümmert, ihr gar einen Stoss in den Bauch verabreicht haben soll, was er nicht explizit bestreitet (Urk. 30 S. 9), und sich erst während laufender Rechtsmittelfrist bei der Gesuchstellerin gemeldet und einen Besuch vereinbart hat, zeigt deutlich, dass er sich bis anhin nicht ernsthaft um das (werdende) Kind gekümmert hat. Die Behauptung des Gesuchsgegners, es sei die Gesuchstellerin, welche Kontakte verweigert habe, und als er sie nach der Geburt des Kindes im Spital habe besuchen wollen, sei er fortgeschickt worden (Urk. 30 S. 9), ist prozessual verspätet und nicht zu hören. Zwar betrifft der Konflikt vorderhand die Paarebene und nicht die Eltern-Kind-Beziehung. Dies verdeutlicht insbesondere ein Schreiben an das Migrationsamt, mit dem die Gesuchstellerin um Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung des Gesuchsgegners ersucht (Urk. 6/3/1). Dennoch ist dem Einwand des Gesuchsgegners, die Gesuchstellerin nenne keine konkrete Situation, bei welcher die fehlende Kommunikation eine Entscheidung betreffend des Sohn unmöglich gemacht habe (Urk. 30 S. 8), entgegenzuhalten, dass die Zeit der Elternschaft im Zeitpunkt der Hauptverhandlung ausgesprochen

kurz war. Eine Gefährdung des Kindeswohls ist grundsätzlich anzunehmen, wenn nach den Umständen die ernstliche Möglichkeit einer Beeinträchtigung des körperlichen oder geistigen Wohls des Kindes vorauszusehen ist, wobei es nicht erforderlich ist, dass sich diese Möglichkeit bereits verwirklicht hat (Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts, 5. Aufl., Bern 1999, N 27.14). Aktenkundig ist jedenfalls, dass der Gesuchsgegner den (unbegründeten) Entscheid am 11. August 2016 entgegennahm (Urk. 23) und gleichwohl bis zum Oktober zuwartete, um sich für ein erstes Besuchsrecht zu melden (Urk. 39 S. 9). Die nachgebrachte Erklärung in der Stellungnahme zur Berufungsantwort, er habe vorher keine vollstreckbare Handhabe gehabt (Urk. 47 S. 6), ist prozessual verspätet und vermag nicht zu überzeugen. Die Auffassung der Vorinstanz, dass der Gesuchsgegner (inskünftig) dasselbe Desinteresse an den Tag legen werde und die Gesuchstellerin in wichtigen Fragen blockieren würde, was die Gefährdung des Kindeswohls zur Folge haben könnte (Urk. 31 S. 6), ist nachvollziehbar. Immerhin wird das bisherige teilnahmslose Verhalten bestätigt durch den Umstand, dass der Gesuchsgegner zur Verhandlung betreffend Eheschutzmassnahmen mit einer mehr als fadenscheinigen Begründung unentschuldigt nicht erschienen ist (vgl. Urk. 47 S. 3 f.). Seine Behauptung, er sei im Übrigen davon ausgegangen, es werde nur seine im Grundsatz nie in Abrede gestellte Unterhaltspflicht für das Kind beziffert (Urk. 47 S. 4), ist nicht glaubhaft.

3.5 Die Vorinstanz führte weiter ins Feld, mit der Zuteilung der alleinigen elterlichen Sorge an die Gesuchstellerin werde deren Befürchtung Rechnung getragen, der Gesuchsgegner könnte C.\_\_\_\_\_ in den Kosovo mitnehmen (Urk. 31 S. 6 f.). Der Gesuchsgegner wendet ein, dass sich damit eine Entführung ins Ausland nicht verhindern liesse (Urk. 30 S. 7). Damit stellt er zumindest nicht in Abrede, sich entsprechend geäußert zu haben; er kritisiert einzig, die Gesuchstellerin habe keine Beweismittel genannt (Urk. 30 S. 8 f.). Das Verbringen des Sohnes in das Heimatland des Gesuchsgegners würde eine schwerwiegende Kindeswohlgefährdung bedeuten, würde C.\_\_\_\_\_ doch aus dem gewohnten Umfeld und insbesondere der Mutter entrissen. Wenn der Gesuchsgegner moniert, das angebliche totale Desinteresse erscheine nicht vereinbar mit seiner angeblichen Drohung, den Sohn entführen zu wollen (Urk. 30 S. 8 f.), ist zu entgegnen, dass sowohl das



Desinteresse als die angebliche Drohung offenkundig dem Kindeswohl abträglich wären. Der Gesuchsgegner hat sich jedenfalls nicht konkret geäussert und sich auch nicht überzeugt gezeigt, dass C.\_\_\_\_\_ in der Schweiz bei der Gesuchstellerin besser aufgehoben sei als im Kosovo. Die elterliche Sorge bestimmt die Vertretungsmacht der Eltern für das minderjährige Kind (Art. 304 Abs. 1 ZGB) bzw. für ein handlungsunfähiges Kind handelt seine gesetzliche Vertretung (Art. 67 ZPO). Weiter schliesst die elterliche Sorge das Recht ein, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen (Art. 301a Abs. 1 ZGB). Insofern gewährleistet die angefochtene Regelung, dass nur die Gesuchstellerin Reisepapiere für C.\_\_\_\_\_ beantragen und über den Aufenthaltsort von C.\_\_\_\_\_ bestimmen kann.

3.6 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der vorinstanzliche Entscheid zu bestätigen ist. Auch die Zuteilung der Obhut an die Gesuchstellerin erscheint sachgerecht. Es liegen keine objektiven Anhaltspunkte vor, die dagegen sprechen (vgl. Urk. 8, 9). Zwar macht der Gesuchsgegner verspätet geltend, die Gesuchsgegnerin habe unter Depressionen gelitten (Urk. 30 S. 11, Urk. 47 S. 5). Allerdings anerkennt auch er ausdrücklich, dass die Obhut über C.\_\_\_\_\_ der Gesuchstellerin zugeteilt werden solle (Urk. 30 S. 11, Urk. 47 S. 5). Die Berufung gegen Dispositiv-Ziffer 2 des angefochtenen Urteils ist daher abzuweisen.

#### 4. Besuchsrecht

4.1 Die Vorinstanz gewährte dem Gesuchsgegner ein monatliches Besuchsrecht von zwei Stunden, in Begleitung der Gesuchstellerin. Sie verwies auf das Alter von C.\_\_\_\_\_ und den Umstand, dass bisher keine Kontakte stattgefunden hätten und keine Bindung habe aufgebaut werden können. Um C.\_\_\_\_\_ ein Gefühl von Sicherheit und Vertrautheit zu vermitteln, erscheine es angemessen, die Besuche in Begleitung der Gesuchstellerin stattfinden zu lassen, welche entsprechend dem Arbeitsplan der Gesuchstellerin in gegenseitiger Absprache festzulegen seien (Urk. 31 S. 2).

4.2 Der Gesuchsgegner begehrt ein sog. gerichtsübliches Besuchsrecht inklusive Ferienbesuchsrecht gemäss dem eingangs zitierten Antrag. Er macht geltend, mit der vorinstanzlichen Regelung werde er von der fast wöchentlich voranschrei-

tenden Entwicklung ausgeschlossen und es würde C.\_\_\_\_\_ verunmöglicht, ein Vertrauensverhältnis zum Vater aufzubauen. Mit dem beantragten Besuchsrecht werde die auf Dauer tragfähige Beziehung zwischen Sohn und Vater erhalten. Eine Überforderung des Gesuchsgegners sei in keiner Weise auch nur glaubhaft gemacht. Er habe ein tragfähiges Sozialnetz an seinem Wohnort, so würden auch die Familien seines Cousins und seiner Cousine oder seines Onkels in E.\_\_\_\_\_ leben. Soweit er bei der Betreuung des Sohnes noch Unterstützung bedürfe, fände er sie in seiner Familie. Die Vorinstanz übersehe auch, dass sie der Gesuchstellerin eine Fremdbetreuung durch eine unbekannte Drittperson während ihrer Arbeitszeit von 21 Stunden pro Woche zugutehalte (Urk. 30 S. 12 f.).

4.3 Eltern, denen die elterliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und das unmündige Kind haben gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr (Art. 273 Abs. 1 ZGB). Der persönliche Verkehr dient in erster Linie dem Interesse des Kindes. Oberste Richtschnur für die Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs ist das Kindeswohl, das anhand der Umstände des konkreten Einzelfalles zu beurteilen ist (BGE 131 III 209 E. 5). Die Häufigkeit und Dauer richten sich vor allem nach dem Alter des Kindes, es kann auf die vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden (Urk. 31 S. 8). Im Einzelnen wird das Besuchsrecht nach richterlichem Ermessen festgesetzt (Art. 4 ZGB).

In der Regel haben die Besuche in der eigenen Umgebung des besuchsberechtigten Elternteils stattzufinden. Die Wohnung der Inhaberin oder des Inhabers der elterlichen Sorge bzw. Obhut ist wegen möglicher Loyalitätskonflikte für das Kind grundsätzlich ungeeignet. Anderes kann namentlich bei Säuglingen gelten, welche kontinuierlicher Pflege bedürfen. Bei diesen sollte der Besuchsort – wenn möglich und den Beteiligten zumutbar – die vertraute Umgebung des Kindes, mithin dessen Aufenthaltsort, sein (vgl. Bächler/Wirz, FamKomm Scheidung, Art. 273 N 25; BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, Art. 273 N 17).

4.4 C.\_\_\_\_\_ ist rund ... Monate alt. Hauptbezugsperson ist die Gesuchstellerin. Der Gesuchsgegner nahm das unbegründete Urteil am 11. August 2016 entgegen und verlangte mit Schreiben vom 18. August 2016 eine Begründung (Urk. 23, 24). Dennoch erfolgte ein erster Besuch wie ausgeführt erst am 1. November 2016

(Urk. 39 S. 9). Ob und wann ein weiterer Besuch im Dezember 2016 stattfand, blieb in der Rechtsschrift unklar (vgl. Urk. 47 S. 6). Einstweilen geht es somit darum, eine gewisse Beziehung zwischen dem Gesuchsgegner und C.\_\_\_\_\_ überhaupt erst aufzubauen. Bei einem mehrmals in der Woche stattfindenden Besuchsrecht, wie in der Berufung beantragt, könnte bei C.\_\_\_\_\_ einerseits eine emotionale Überforderung eintreten. Andererseits wäre aber nicht nur die Praktikabilität, sondern insbesondere die Ernsthaftigkeit des Begehrens anzuzweifeln, widerspricht es doch klar dem bis anhin gezeigten Interesse des Gesuchsgegners an seinem Sohn. Auch lässt sich das für während der Woche "(Montag bis Freitag) von 15 Uhr bis 17 Uhr" beantragte Besuchsrecht nicht vereinbaren mit dem an die Vorinstanz gerichteten Vorwurf, die auf 13.45 Uhr angesetzte Eheschutzverhandlung habe für ihn zufolge Nachtarbeit "quasi mitten in der Nacht" stattgefunden (Urk. 47 S. 3). Sodann sind die Vorbringen, wonach der Gesuchsgegner ein gutes soziales Netz und Familienangehörige an seinem Wohnort habe, die ihn in der Betreuung unterstützen könnten, prozessual verspätet und nicht zu hören. Indes spricht nichts dagegen, das Besuchsrecht etwas auszudehnen und die Besuche in zweiwöchentlichen Abständen durchzuführen, da bei Kleinkindern der Abstand zwischen den Besuchen zwei Wochen nicht überschreiten sollte (BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, Art. 273 N 14). Insofern ist der vorinstanzliche Entscheid zu korrigieren.

## 5. Unterhalt bis Ende Dezember 2016

5.1 Die Vorinstanz sprach einen Kinderunterhaltsbeitrag von Fr. 950.– zu. Für die Gesuchstellerin errechnete sie vier Phasen und sprach einen Unterhaltbeitrag zwischen Fr. 186.– bis Fr. 700.– ab 1. Februar 2016 zu.

## 5.2 Einkommen Gesuchstellerin

Die Vorinstanz bezifferte das Einkommen der Gesuchstellerin wie folgt:

01.02.2016 - tt.mm.2016	Fr. 3'140.–
tt.mm.2016 - 31.08.2016	Fr. 3'040.40
ab 01.09.2016	Fr. 1'696.–

Diese Beträge blieben unangefochten (Urk. 30 S. 17).

### 5.3 Bedarf Gesuchstellerin

Der Bedarf der Gesuchstellerin (mit C.\_\_\_\_\_) wurde wie folgt festgesetzt:

01.02.2016 - tt.mm.2016	Fr. 2'899.–
tt.mm.2016 - 31.08.2016	Fr. 3'205.–
ab 01.09.2016	Fr. 5'284.–

#### a) Grundbetrag Gesuchstellerin

Die Vorinstanz billigte den Grundbetrag für eine alleinstehende Person (mit Kind) zu (Urk. 30 S. 14). Der Gesuchsgegner moniert, die Gesuchstellerin habe selber ausgeführt, bei einem Cousin zu wohnen, weshalb der Grundbetrag entsprechend dem Kreisschreiben für die erste und zweite Phase um Fr. 100.– zu reduzieren sei. Dieser Auffassung ist zu folgen. Demzufolge ist bis tt.mm.2016 ein Grundbetrag von Fr. 1'100.–, und ab tt.mm. bis 31. August 2016 ein solcher von Fr. 1'250.– anzurechnen.

#### b) Schulden

Die Vorinstanz anerkannte eheliche Schulden, welche für das Mietzinsdepot, die Einrichtung der ehelichen Wohnung sowie die Kosten der Wohnung (recte der Hochzeit) eingegangen worden seien, und sie nahm einen Betrag von Fr. 619.– in den Bedarf auf (Urk. 30 S. 18). Der Gesuchsgegner bestreitet dies. Aus den Akten ergäbe sich nämlich, dass die Gesuchstellerin den Kredit aufgenommen habe, um zwei vorbestandene Kredite abzulösen. Bezeichnenderweise habe die Gesuchstellerin den Kreditvertrag auch nicht eingereicht. Doch selbst wenn der Kredit zur Bezahlung der Hochzeit oder des Mietzinsdepots aufgenommen worden wäre, könne er nicht berücksichtigt werden, da die Gesuchstellerin keinesfalls regelmässig den Betrag von Fr. 618.70 seit 1. August 2015 abbezahlt habe (Urk. 30 S. 14).

In rechtlicher Hinsicht darf als allgemein anerkannt gelten, dass persönliche, nur einen der Ehegatten treffende Schulden gegenüber Dritten der familienrechtlichen Unterhaltspflicht nachgehen und nicht zum Existenzminimum gehören, sondern nach dem Ermessen des Sachgerichts im Rahmen einer allfälligen Überschussaufteilung zu berücksichtigen sind. Zum Bedarf hinzuzurechnen sind somit grundsätzlich nur diejenigen regelmässig abbezahlten Schulden, die die Ehegat-

ten für den gemeinsamen Lebensunterhalt aufgenommen hatten (BGer 5A\_736/2007 vom 20. März 2008, E.4 m.H.a. BGE 127 III 289 E. 2a/bb). Es blieb vor Vorinstanz unbestritten, dass es sich um eheliche Schulden handelt. Die Behauptung, dass der Kredit aufgenommen worden sei, um zwei vorbestandene Kredite abzulösen, erfolgt erstmals im Berufungsverfahren und daher prozessual verspätet. Das Gleiche trifft zu auf den Vorwurf, die Gesuchstellerin bezahle die Raten nicht regelmässig. Die Gesuchstellerin hat vor Vorinstanz einen Beleg für die Schuldentilgung eingereicht und im Übrigen blieb ihre Behauptung unbestritten. Folglich waren die rechtlichen Voraussetzungen für die Aufnahme in den Bedarf erfüllt.

c) Nach dem Gesagten ist der Bedarf der Gesuchstellerin (mit C.\_\_\_\_\_) wie folgt festzusetzen:

01.02.2016 - tt.mm.2016	Fr. 2'799.–
tt.mm.2016 - 31.08.2016	Fr. 3'105.–
ab 01.09.2016	Fr. 5'284.–

#### 5.4 Einkommen Gesuchsgegner

Die Vorinstanz stellte auf die von der Gesuchstellerin beigebrachten Unterlagen ab. Gemäss Arbeitsvertrag betrage der Bruttolohn Fr. 4'800.– plus Anteil 13. Monatslohn und Zulagen für Nacht- und Überstundenarbeit. Für die Monate Februar bis Juni 2016 habe das durchschnittliche Nettoeinkommen Fr. 4'384.37 betragen. Der 13. Monatslohn betrage anteilmässig Fr. 378.65, weshalb von einem Nettoeinkommen von Fr. 4'763.– auszugehen sei (Urk. 31 S. 14).

Der Gesuchsgegner kritisiert, es seien nur Fr. 4'718.– anzurechnen. Die Vorinstanz habe entgegen dem Vertrag den 13. Monatslohn auf dem um die Zuschläge erhöhten Bruttoeinkommen berechnet. Dies widerspreche Art. 13 GAV, welcher festhalte, dass der 13. Monatslohn "ohne Zulagen" ausgerichtet werde (Urk. 30 S. 15).

Der Arbeitsvertrag verweist in Teilen auf den GAV des Bäckereigewerbes (Urk. 13/4). Gemäss Art. 13 Abs. 1 GAV hat der Arbeitnehmende (Ausnahme vorbehalten) Anspruch auf 100 % des durchschnittlichen, vertraglich vereinbarten

Lohnes der letzten 12 Monate, ohne Zulagen. Dem Gesuchsgegner ist daher zu folgen, und es ist das errechnete Einkommen entsprechend zu korrigieren. Das durchschnittliche Nettoeinkommen aus fünf Monaten von Fr 4'384.37 ist daher um Fr. 346.90 [(Fr. 4'800.– - Fr. 637.–) : 12] zu erhöhen und mit Fr. 4'731.– zu veranschlagen.

#### 5.5 Bedarf Gesuchsgegner

Für den Gesuchsgegner errechnete die Vorinstanz einen Bedarf für die Zeit vom 1. Februar 2016 bis 31. März 2017 von Fr. 3'627.– und ab 1. April 2017 von Fr. 3'127.– (Urk. 31 S. 19).

##### a) Miete

Die Vorinstanz erwog, der Gesuchsgegner bewohne derzeit die eheliche Wohnung zu Fr. 1'410.– zuzüglich Fr. 230.– Nebenkosten und belege einen Parkplatz für Fr. 60.–. Berücksichtigt werden könnten allerdings nur diejenigen Wohnkosten, welche den konkreten Verhältnissen angemessen seien. Da dem Gesuchsgegner aufgrund des Alters von C.\_\_\_\_\_ kein Besuchsrecht mit Übernachten einzuräumen sei, sei ab 1. April 2017 eine 1- bis 2-Zimmer-Wohnung ausreichend und mit Fr. 1'200.– inklusive Nebenkosten anzurechnen. Eine Recherche auf Homegate zeige, dass es im Raum E.\_\_\_\_\_ mehrere angemessene 1- bis 2-Zimmer-Wohnungen im Preisbereich von Fr. 1'200.– gäbe (Urk. 31 S. 20 f.). Die Fr. 60.– strich die Vorinstanz ab 1. April 2017 mit der Begründung der Gesuchsgegner sei nicht auf einen Parkplatz angewiesen (Urk. 31 S. 21).

Der Gesuchsgegner moniert, entgegen der Vorinstanz gäbe es keine einzige auf dem Immobilienportal Homegate ausgeschriebene 2-Zimmer-Wohnung. Massgebend sei im Weiteren die bisherige Lebenshaltung sowie die finanzielle Lage der Parteien gleichermassen. Wenn die Vorinstanz der Gesuchstellerin eine 3-Zimmer-Wohnung für angemessen halte, müsse derselbe Berechnungsschlüssel auch für ihn gelten. Insgesamt könne er, der Gesuchsgegner, nicht auf eine 1-Zimmer-Wohnung verwiesen werden. Selbst wenn erst nach einer längeren Übergangszeit Übernachtungen von C.\_\_\_\_\_ bestimmt würden, stehe ihm eine 2-Zimmer-Wohnung zu, welche mit Fr. 1'400.– einzusetzen sei (Urk. 30 S. 17).

Der Gesuchsgegner hat mit seiner Abwesenheit an der Hauptverhandlung darauf verzichtet, zum Antrag der Gesuchstellerin, es seien ihm Fr. 1'200.– an Wohnkosten anzurechnen (Urk. 15 S. 9), Stellung zu nehmen. Wenn er heute verlangt, es seien ihm zumindest Fr 1'400.– zuzubilligen, ist dieses Vorbringen prozessual verspätet. Zwar ist die Internetrecherche in der Tat nicht aktenkundig, es entspricht indessen der Praxis, bei sehr knappen Verhältnissen einer alleinstehenden Person Mietkosten von Fr. 1'200.– zuzubilligen (Philipp Maier, Die konkrete Berechnung von Unterhaltsansprüchen im Familienrecht, dargestellt anhand der Praxis der Zürcher Gerichte seit Inkraftsetzung der neuen ZPO, in: FamPra 2014 S. 302 ff., 321). Da mit der Vorinstanz keine Übernachtungen von C.\_\_\_\_\_ einzuräumen und die finanziellen Verhältnisse eng sind - ab September 2016 resultiert eine Mankosituation - gelten die Mietkosten als angemessen und sind zu bestätigen.

Der vorinstanzliche Entscheid ist sofort vollstreckbar (Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO). Mit anderen Worten konnte der anwaltlich vertretene Gesuchsgegner nicht darauf vertrauen, in der ehelichen Wohnung auch nach dem 1. April 2017 verbleiben zu dürfen. Folglich sind die tieferen Wohnkosten in Übereinstimmung mit der Vorinstanz ab dem 1. April 2017 anzurechnen.

b) Zusammenfassung

Der angefochtene Bedarf des Gesuchsgegners ist daher zu bestätigen.

5.6 Gegenüberstellung Einkommen / Bedarf

	ab 01.02.2016 bis tt.mm.2016	ab tt.mm.2016 bis 31.08.2016	ab 01.09.2016 bis 31.12.2016
(1) Einkommen GSin	Fr. 3'140.-	Fr. 3'040.-	Fr. 1'696.-
(2) Einkommen GGer	Fr. 4'731.-	Fr. 4'731.-	Fr. 4'731.-
(3) Bedarf GSin	Fr. 2'799.-	Fr. 3'105.-	Fr. 5'284.-
(4) Bedarf GGer	Fr. 3'627.-	Fr. 3'627.-	Fr. 3'627.-
(5) Überschuss/Manko	Fr. 1'445.-	Fr. 1'039.-	- Fr. 2'484.-

(6)	Anteil Überschuss	Fr. 723.–	Fr. 693.– 2/3	---
(7)	UHB gesamt	Fr. 382.–	Fr. 758.–	Fr. 1'104.–
(8)	UHB C._____	----	Fr. 760.–	Fr. 950.–
(9)	UHB GSin	Fr. 380.–	---	Fr. 150.–

## 5.7 Unterhaltsbeitrag

### a) Phase 1

Die Vorinstanz sprach einen Unterhaltsbeitrag von Fr. 700.– zu mit dem Argument, der Gesuchsgegner habe sich zum entsprechenden Antrag nicht geäußert. Er erziele einen monatlichen Überschuss von Fr. 1'136.–, weshalb es zulässig sei, die beantragten Fr. 700.– zuzusprechen (Urk. 31 S. 22). Mit diesem Vorgehen verletzt die Vorinstanz den Grundsatz, wonach ein allfälliger Überschuss des Freibetrages unter den Ehegatten hälftig aufzuteilen ist, sofern sich zwei Einpersonenhaushalte gegenüberstehen. Ohne besondere Gründe darf davon nicht abgewichen werden (vgl. BGE 126 III 8 E. 3c). Die Vorinstanz ist ohne erkennbaren Grund von dieser Rechtsprechung abgewichen, was zu korrigieren ist. Der Freibetrag ist in dieser Phase zu teilen. Der Unterhaltsbeitrag ist daher auf gerundet Fr. 380.– festzulegen.

### b) Phase 2

Gemäss der zitierten Rechtsprechung rechtfertigt sich eine Aufteilung nach Hälften nicht, sofern ein Ehegatte für minderjährige Kinder aufzukommen hat (BGE 126 III 8 E. 3c). Praxisgemäss ist bei Kindern der Überschuss in der Regel im Verhältnis von einem zu zwei Dritteln auf die Ehegatten aufzuteilen (Philipp Maier, a.a.O., S. 311). Der Kinderunterhalt ist daher auf Fr. 760.– festzusetzen. Ehegattenunterhalt ist in dieser Phase keiner zuzusprechen.

### c) Phase 3

Das Manko von Fr. 1'865.– hat die Gesuchstellerin als Unterhaltsberechtigte alleine zu tragen (BGE 135 III 66, Regeste). Der Kinderunterhalt ist in Übereinstim-



mung mit der Vorinstanz auf Fr. 950.– zu bemessen, der Ehegattenunterhalt auf gerundet 150.–.

## 6. Unterhalt ab Januar 2017

6.1 Per 1. Januar 2017 sind die neuen Bestimmungen zum Kinderunterhaltsrecht in Kraft getreten. Nach Art. 13c bis SchIT ZGB findet auf Verfahren, die beim Inkrafttreten der Änderung am 1. Januar 2017 rechtshängig sind, das neue Recht Anwendung. Gemäss Art. 285 Abs. 1 und 2 nZGB soll der Unterhaltsbeitrag den Bedürfnissen des Kindes sowie der Lebensstellung und Leistungsfähigkeit der Eltern entsprechen; dabei sind das Vermögen und die Einkünfte des Kindes zu berücksichtigen. Der Unterhaltsbeitrag dient auch der Gewährleistung der Betreuung des Kindes durch die Eltern oder Dritte. "Der Betreuungsunterhalt umfasst grundsätzlich die Lebenshaltungskosten der betreuenden Person, soweit diese aufgrund der Betreuung nicht selber dafür aufkommen kann" (Botschaft S. 554). Weiter sieht das Gesetz in Art. 286 Abs. 1 nZGB neu vor, dass in Fällen, wo es dem Unterhaltsverpflichteten nicht möglich ist, den dem Kind gebührenden Unterhalt (Bar- und Betreuungsunterhalt) zu leisten, ein Manko festzustellen ist.

6.2 Im vorliegenden Fall liegt eine Mankosituation vor (vgl. Erw. II.5.6).

6.3 Zeit 1. Januar 2017 bis 31. März 2017

a) Bei einem Einkommen von Fr. 4'731.– und einem Bedarf von Fr. 3'627.– (vgl. Erw. II.5.6) resultiert eine Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners von gerundet Fr. 1'100.–.

b) Der Barbedarf von C. \_\_\_\_\_ beträgt Fr. 1'395.– (Grundbetrag Fr. 400.–, Wohnkostenanteil Fr. 400.–, Krankenkasse Fr. 95.–, Fremdbetreuung Fr. 500.–), abzüglich Familienzulagen Fr. 200.– = Fr. 1'195.–.

c) Die Lebenshaltungskosten der Gesuchstellerin betragen Fr. 3'370.– (Grundbetrag Fr. 1'350.–, Wohnkostenanteil Fr. 1'200.–, Krankenkasse Fr. 341.–, Versicherungen Fr. 30.–, Kommunikation Fr. 120.–, Mobilität Fr. 110.–, Verpflegung Fr. 119.–, Steueranteil Fr. 100.–). Das Einkommen der Gesuchstellerin beträgt

Fr. 1'696.–. Es resultiert ein Betreuungsunterhalt von Fr. 1'674.– (Fr. 3'370.– ./ Fr. 1'696.–).

d) Der Barbedarf von C. \_\_\_\_\_ beträgt gerundet Fr. 1'190.–, der Betreuungsunterhalt gerundet Fr. 1'670.–. Der Gesuchsgegner ist daher zu verpflichten, der Gesuchstellerin für das Kind einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'100.– zuzüglich Familienzulagen zu bezahlen. Der Barunterhalt ist mit Fr. 90.–, der Betreuungsunterhalt mit Fr. 1'670.– nicht gedeckt.

#### 6.4 Zeit ab 1. April 2017

a) Bei einem Einkommen von Fr. 4'731.– und einem Bedarf von Fr. 3'127.– (vgl. Erw. II.5.6) resultiert eine Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners von gerundet Fr. 1'600.–.

b) Der Barbedarf von C. \_\_\_\_\_ beträgt unverändert Fr. 1'395.–, abzüglich Familienzulagen von Fr. 200.– = Fr. 1'195.–.

c) Die Lebenshaltungskosten der Gesuchstellerin betragen unverändert Fr. 3'370.–. Das Einkommen der Gesuchstellerin beträgt unverändert Fr. 1'696.–. Es resultiert ein Betreuungsunterhalt von (unverändert ) Fr. 1'674.– (Fr. 3'370.– ./ Fr. 1'696.–).

d) Der Barbedarf von C. \_\_\_\_\_ beträgt gerundet Fr. 1'190.–, der Betreuungsunterhalt gerundet Fr. 1'670.–. Der Gesuchsgegner ist daher zu verpflichten, der Gesuchstellerin für das Kind einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'600.– zuzüglich Familienzulagen zu bezahlen, davon Fr. 410.– als Betreuungsunterhalt. Der Betreuungsunterhalt ist im Umfang von Fr. 1'260.– nicht gedeckt.

## 7. Gütertrennung

7.1 Die Gesuchstellerin begründete ihren Antrag auf Gütertrennung im Eheschutz mit dem Umstand, dass sie sich sobald als möglich scheiden lassen wolle und dass der Gesuchsgegner regelmässig vom gemeinsamen Konto der Parteien Geld in den Kosovo überwiesen habe. Die Vorinstanz hielt dafür, dass diese Darstellung unwidersprochen geblieben sei und das einseitige und eigenmächtige

Verfügen über Vermögenswerte die wirtschaftlichen Interessen der Gesuchstellerin gefährde, weshalb die Voraussetzungen der Anordnung der Gütertrennung erfüllt seien (Urk. 31 S. 25).

7.2 Der Gesuchsgegner macht geltend, die Behauptungen der Gesuchstellerin seien unbelegt geblieben und offensichtlich haltlos. Erstens hätten die Parteien nie ein gemeinsames Konto gehabt, zweitens seien die angeblichen Abhebungen unsubstantiiert, drittens sei nicht erstellt, dass der Gesuchsgegner das Geld verschleudert habe und viertens habe er erstmals im Februar 2016 ein Einkommen erzielt, mit dem überhaupt eine relevante Überweisung möglich gewesen wäre. Da die Gütertrennung im Eheschutzverfahren eine ultima ratio Massnahme darstelle, seien die Voraussetzungen für die Anordnung nicht erfüllt (Urk. 30 S. 19).

7.3 Der Gesetzgeber hat vorgesehen, dass innerhalb des Eheschutzverfahrens eine Gütertrennung angeordnet werden kann, wenn es um die Regelung des Getrenntlebens geht (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB). Nach der Rechtsprechung des Obergerichts des Kantons Zürich ist im Eheschutzverfahren die Gütertrennung anzuordnen, wenn eine nur sehr geringe Aussicht auf Wiedervereinigung besteht und darob die ehelichen Bande nur mehr auf dem Papier bestehen, während zwischen den Parteien effektiv keine Schicksalsgemeinschaft bzw. innere Verbundenheit mehr existiert. Immer aber sind die konkreten Umstände des Einzelfalles zu beachten (ZR 104 Nr. 50 m.H.).

7.4 Es ist davon auszugehen, dass bei den Parteien eine nur sehr geringe Aussicht auf Wiedervereinigung besteht. Den Vorbringen des Gesuchsgegners ist entgegenzuhalten, dass das Gericht bei der Frage der Gütertrennung den Sachverhalt nicht von Amtes zu erforschen, sondern lediglich festzustellen hat (Art. 272 ZPO). Der Grundsatz dient hier weniger dem an einer umfassenden Wahrheitsfindung gerichteten öffentlichen Interesse, sondern der Unterstützung der schwächeren Partei (Sutter-Somm/Vontobel, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 272 N 12). Daher sind unwidersprochen gebliebene Behauptungen vom Gericht nicht näher abzuklären, wenn die Gegenpartei keine entsprechenden Einwände erhebt. Noch einmal ist zu betonen, dass der Gesuchsgegner an der Hauptverhandlung unentschuldigt nicht erschienen ist und dieses Versäumnis im

Berufungsverfahren nicht nachholen kann. Folglich sind die Bestreitungen des Gesuchsgegners novenrechtlich verspätet und nicht zu hören. Mit der Vorinstanz ist daher die Anordnung der Gütertrennung zu bestätigen.

## 8. Ermächtigung zur Kündigung der Familienwohnung

8.1 Die Vorinstanz ermächtigte die Gesuchstellerin, die eheliche Wohnung an der D.\_\_\_\_-Strasse ... in E.\_\_\_\_ ohne Zustimmung des Gesuchsgegners zu kündigen (Urk. 31 S. 28). Sie führte aus, die Gesuchstellerin habe dargelegt, dass sie sich um die Einholung der Zustimmung zur Kündigung der ehelichen Wohnung bemüht und der Gesuchsgegner ihr diese Zustimmung offensichtlich verweigert habe. Die finanziellen Mittel würden tatsächlich nicht ausreichen, um die bisherige eheliche Wohnung längerfristig zu finanzieren. Ferner sei nicht ersichtlich, weshalb der Gesuchsgegner mehr als zwei Zimmer benötige. Aufgrund des Alters von C.\_\_\_\_ sei er nicht berechtigt, diesen bei sich übernachten zu lassen, weshalb dieser auch kein eigenes Zimmer in der Wohnung des Gesuchsgegners benötige. Da der Gesuchsgegner seine Zustimmung zur Kündigung der ehelichen Wohnung ohne triftigen Grund verweigert habe, sei der Gesuchstellerin die Ermächtigung zu erteilen (Urk. 31 S. 10 f.).

8.2 Der Gesuchsgegner moniert, der Antrag sei erstmals an der Verhandlung vom 28. Juli 2016 gestellt worden und verletze seinen Gehörsanspruch (Urk. 30 S. 15). Wie unter Buchstabe A. dargelegt, liegt keine Gehörsverletzung vor. Weiter wird geltend gemacht, auch materiell wäre der Entscheid zu korrigieren, denn er verletze Art. 169 ZGB. Hauptsächlicher Zweck der Bestimmung sei nämlich, dass ein Ehegatte nicht den anderen Ehegatten gegen dessen Willen der ehelichen Wohnung beraube. Doch genau das sei das Ansinnen der Gesuchstellerin, welche eigenmächtig und für sich beschlossen habe, die eheliche Wohnung zu verlassen und anderswo zu wohnen. Nun als Folge davon den Gesuchsgegner der ehelichen Wohnung zu berauben und ihm diese gegen seinen Willen zu kündigen, gehe nicht an. Es sei daran erinnert, dass die Parteien wegen der Gesuchstellerin die aktuelle Wohnung in E.\_\_\_\_ bezogen hätten und dies erst per 20. Juli 2015. Bloss ein Jahr später den mietvertraglich nächstmöglichen Auszug des von ihr verlassenen Ehegatten zu verlangen, sei keine korrekte Abwägung

zwischen den Interessen der Parteien. Das Urteil belohne vielmehr das so eigenmächtige wie überstürzte Handeln der Gesuchstellerin, alles Bestehende zu zerstören (Urk. 30 S. 15 f.).

8.3 Gemäss Art. 169 ZGB kann ein Ehegatte nur mit der ausdrücklichen Zustimmung des anderen einen Mietvertrag kündigen, (...). Kann ein Ehegatte diese Zustimmung nicht einholen oder wird sie ihm ohne triftigen Grund verweigert, so kann er das Gericht anrufen. Art. 169 Abs. 2 ZGB stimmt mit Art. 266m Abs. 2 OR überein. Zuständig ist das Eheschutzgericht. Dieses wägt die Interessen der kündigswilligen Partei an der Auflösung des Mietverhältnisses gegenüber denjenigen des anderen Ehegatten an der Beibehaltung desselben ab (Lachat/Thanei, Mietrecht für die Praxis, 8. Aufl., Zürich 2009, S. 512). Die Bestimmungen von Art. 169 Abs. 2 ZGB und Art. 266m Abs. 2 OR dienen dem Schutz vor einer Kündigung des mietenden Ehegatten. Allerdings darf ein Ehegatte die Zustimmung zu einer Verfügung über die Familienwohnung nur aus triftigen Gründen verweigern. Das ergibt sich aus Art. 169 Abs. 2 ZGB. Die Verweigerung muss im wohlverstandenen Interesse der ehelichen Gemeinschaft liegen. Ein Anrufen des Gerichts erscheint mitunter denkbar, wenn ein Wohnungswechsel im Interesse der Familie liegt oder sich zumindest von der wirtschaftlichen Lage der Familie her gesehen aufdrängt (BK-Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 169 N 58 ff.). Die Gesuchstellerin machte vor Vorinstanz finanzielle Gründe geltend. Die trennungsbedingten Mehrkosten seien nicht mehr finanzierbar, sodann könne der Gesuchsgegner als Einzelperson ohne weiteres in eine 2-Zimmer-Wohnung ziehen (Urk. 15 S. 11 f.). Vorliegend sind beide Parteien Vertragspartei des Mietvertrages, weshalb beide Parteien solidarisch für die Miete haften (Art. 166 Abs. 3 ZGB; Art. 143 OR). Die finanziellen Verhältnisse hingegen sind knapp. Demzufolge hat die Gesuchstellerin ein wirtschaftliches Interesse, dass die relativ hohe Miete der Familienwohnung, für welche sie solidarisch haftet, nicht länger bezahlt werden muss.

8.4 Die Vorbringen des Gesuchsgegners sind erstens prozessual verspätet und zweitens ist es für die zu beurteilende Frage nicht entscheidend, aus welchen Gründen die Gesuchstellerin die eheliche Wohnung verlassen hat. Auch das Argument, es seien die Kosten für die "Ummeldung" nach ... sowie zusätzliche Ar-

beitswegkosten ebenso in Betracht zu ziehen (Urk. 30 S. 16), ist verspätet und nicht stichhaltig. Dass die eheliche Wohnung auch längerfristig finanzierbar und sogar günstiger sei, wie der Gesuchsgegner behauptet (Urk. 30 S. 16), widerspricht der allgemeinen Erfahrung, wonach bei Trennungen sog. trennungsbedingte Mehrkosten anfallen. Insgesamt vermögen die Vorbringen des Gesuchsgegners den vorinstanzlichen Entscheid nicht umzustossen.

#### 9. Übrige Dispositiv-Ziffern 1, 4 und 7 (recte 8) des angefochtenen Urteils

Dispositiv-Ziffer 1 beschlägt die Berechtigung zum Getrenntleben, Dispositiv-Ziffer 4 den Rückzug eines Begehrens und Dispositiv-Ziffer 7 (recte 8) die Abholung der Hochzeitsgeschenke. Sie alle sind nur formell, nicht aber materiell angefochten, weshalb sie unverändert ins Erkenntnis aufzunehmen sind.

#### 10. Kosten- und Entschädigungsfolgen

10.1 Die Vorinstanz auferlegte die Kosten dem Gesuchsgegner mit der Begründung, dass die Gesuchstellerin praktisch vollumfänglich obsiege (Urk. 31 S. 36, 29). Der Gesuchsgegner beantragt, die Gerichtskosten der Gesuchstellerin zu drei Vierteln und ihm zu einem Viertel aufzuerlegen. Er macht geltend, betreffend die Kinderbelange wären die Kosten praxisgemäss den Parteien je hälftig aufzuerlegen gewesen. Auch treffe es nicht zu, dass die Gesuchstellerin "praktisch vollumfänglich" obsiegt habe (Urk. 30 S. 20).

10.2 Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Das Gericht kann von den Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen, wenn namentlich eine Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst war (Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO), in familienrechtlichen Verfahren (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO) sowie wenn andere besondere Umstände vorliegen, die eine Verteilung nach dem Ausgang des Verfahrens als unbillig erscheinen lassen (Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO). Bei der Verteilung der Kosten der familienrechtlichen Verfahren wird das Gericht, das von seiner Billigkeitskompetenz Gebrauch macht, unter anderem

auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit abstellen. Es ist aber hervorzuheben, dass auch bei familienrechtlichen Verfahren die Grundnorm Art. 106 ZPO ist: Soweit das Verursacherprinzip sachgerecht ist und keine besonderen Gründe vorliegen, die einen Billigkeitsentscheid nahelegen, ist nach Art. 106 ZPO zu entscheiden (Jenny, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 107 N 12, mit weiteren Hinweisen).

10.3 Was die Kinderbelange anbelangt, war der Standpunkt des abwesenden Gesuchsgegners vor Vorinstanz nicht bekannt, weshalb sich denn auch nicht beurteilen liess, ob er gute Gründe dafür hatte, welche diesbezüglich praxisgemäss eine hälftige Kostenverlegung gerechtfertigt hätten. Ferner ist die Gesuchstellerin mit ihren Anträgen im Wesentlichen durchgedrungen, weshalb der Gesuchsgegner kosten- und entschädigungspflichtig wird. Die Vorinstanz auferlegte die Verfahrenskosten somit zu Recht dem Gesuchsgegner und verpflichtete ihn zur Leistung einer Parteientschädigung von Fr. 5'000.– inklusive Mehrwertsteuer an die Gegenseite, welche betragsmässig unangefochten blieb (Urk. 30 S. 20). Dispositiv-Ziffern 9, 10 und 11 (recte 10, 11 und 12) des angefochtenen Urteils sind damit zu bestätigen.

### III.

1.1 Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 6 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 5 der Gerichtsgebührenverordnung auf CHF 4'000.– festzusetzen. Die volle Parteientschädigung ist gestützt auf § 2 Abs. 1, § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 3, § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf Fr. 3'200.– (zuzüglich 8 % MwSt.) festzulegen.

1.2 Der Gesuchsgegner unterliegt mit dem Hauptbegehren vollumfänglich. Was die Eventualstandpunkte angeht, rechtfertigt es sich, unter Hinweis auf die Rechtsprechung zu den Kinderbelangen (vgl. ZR 84 Nr. 41) die Kosten des Verfahrens - unabhängig vom Ausgang - den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Prozessentschädigungen wettzuschlagen (Art. 107 Abs. 1 lit. b und c ZPO). Betreffend die Unterhaltsbeiträge obsiegt der Gesuchsgegner nur insofern, als die Un-

terhaltsbeiträge für die Gesuchstellerin für das Jahr 2016 etwas gesenkt werden. Das Gleiche gilt für den Kinderunterhalt in der Phase 2 (tt.mm.16-31.08.16). Die Unterhaltsbeiträge nach dem neuen Unterhaltsrecht variieren betragsmässig nur minim vom angefochtenen Entscheid. Insgesamt rechtfertigt es sich, der Gesuchstellerin die Kosten des Berufungsverfahrens zu einem Viertel und dem Gesuchsgegner zu drei Vierteln aufzuerlegen. Dementsprechend ist der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren eine auf die Hälfte reduzierte Prozessentschädigung (zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

1.3 Beiden Parteien ist aufgrund ihrer finanziellen Verhältnisse die beantragte unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen (oben Erw. II. 5. zu Einkommen und Bedarf; Urk. 13/15) und je in der Person der jeweiligen Rechtsvertretung ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen (Art. 117 ZPO). Die Kostenanteile sind einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

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

1. Der Gesuchstellerin wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung gewährt und Rechtsanwältin Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_ als unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
2. Dem Gesuchsgegner wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung gewährt und Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

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

1. Es wird festgestellt, dass die Parteien auf unbestimmte Zeit zum Getrennleben berechtigt sind.



2. Sohn C.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.2016, wird für die Dauer des Getrenntlebens unter die alleinige elterliche Sorge und Obhut der Gesuchstellerin gestellt.
3. Der Gesuchsgegner ist berechtigt und verpflichtet, C.\_\_\_\_\_ auf eigene Kosten jeweils alle zwei Wochen an einem Tag von 15.00 Uhr bis 17.00 Uhr in Begleitung der Gesuchstellerin zu besuchen.

Dieser Besuchstag und der Besuchsort sind entsprechend dem Arbeitsplan der Gesuchstellerin jeweils zwei Wochen im Voraus in gegenseitiger Absprache festzulegen.

In der übrigen Zeit wird C.\_\_\_\_\_ durch die Gesuchstellerin betreut.

4. Der Antrag Ziff. 4 der Gesuchstellerin wird zufolge Rückzugs erledigt abgeschrieben.
5. a) Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, für den Sohn C.\_\_\_\_\_ der Gesuchstellerin monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats zahlbare Unterhaltsbeiträge, zuzüglich allfällige Familien-, Kinder- oder Ausbildungszulagen, wie folgt zu bezahlen:

Fr. 760.– rückwirkend vom tt.mm. bis 31. August 2016;

Fr. 950.– rückwirkend vom 1. September 2016 bis 31. Dezember 2016.

- b) Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, für den Sohn C.\_\_\_\_\_ der Gesuchstellerin monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats zahlbare Unterhaltsbeiträge, zuzüglich allfällige Familien-, Kinder- oder Ausbildungszulagen, wie folgt zu bezahlen:

Fr. 1'100.– vom 1. Januar 2017 bis 31. März 2017;

Fr. 1'600.– ab 1. April 2017, davon Fr. 410.– als Betreuungsunterhalt, für die weitere Dauer des Getrenntlebens.

- c) Zur Deckung des gebührenden Unterhalts von C.\_\_\_\_\_ fehlen monatlich die folgenden Beträge:

1.1.- 31.3.2017 Fr. 1'760.–, davon Fr. 1'670.– Betreuungsunterhalt

ab 1.4.2017 Fr. 1'260.– Betreuungsunterhalt

6. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin monatlich jeweils auf den Ersten eines jeden Monats zahlbare Unterhaltsbeiträge für sie persönlich wie folgt zu bezahlen:

Fr. 380.– rückwirkend vom 1. Februar 2016 bis tt.mm.2016;

Fr. 150.- rückwirkend vom 1. September 2016 bis 31. Dezember 2016.

7. Die Gesuchstellerin wird ermächtigt, die eheliche Wohnung an der D. \_\_\_\_\_ - Strasse ... in E. \_\_\_\_\_ ohne Zustimmung des Gesuchsgegners zu kündigen.
8. Die Gesuchstellerin wird für berechtigt erklärt, die folgenden sich im Haus ihrer Schwiegereltern im Kosovo befindlichen Hochzeitsgeschenke auf Voranmeldung abzuholen respektive mitzunehmen:
- Zwei bis drei komplette Schmucksets in Gold (Armband, Ring, Kette, Ohrringe);
  - Diverse Ringe und Armreife;
  - Drei komplette Trachten (Traditionskleider), wovon eine sehr hochwertig ist;
  - Sechs bis acht Abendkleider.

Diese Gegenstände werden der Gesuchstellerin für die Dauer des Getrenntlebens zur alleinigen Benützung zugewiesen.

9. Zwischen den Parteien wird mit Wirkung ab 28. Juli 2016 die Gütertrennung angeordnet.
10. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 4'200.–; die weiteren Gerichtskosten betragen  
Fr. 150.– Kosten Übersetzung
11. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden dem Gesuchsgegner auferlegt.

12. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das erstinstanzliche Verfahren eine volle Parteientschädigung von Fr. 5'000.– inkl. MWSt zu bezahlen. Diese Entschädigung wird der Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin, Rechtsanwältin Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_, direkt aus der Gerichtskasse ausgerichtet. Der Anspruch auf die voraussichtlich nicht einbringliche Parteientschädigung geht im Umfang von Fr. 5'000.– auf den Kanton Zürich über.
13. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'000.– festgesetzt.
14. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden zu 1/4 der Gesuchstellerin und zu 3/4 dem Gesuchsgegner auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
15. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'728.– zu bezahlen.
16. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Einwohnerkontrolle ... mit Formular "elterliche Sorge", an das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie an die Vorinstanz mit dem Hinweis, dass ihr die Mitteilung per Schreiben an die zuständige KESB obliegt, je gegen Empfangsschein.

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

17. 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 sowie ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 15. März 2017

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Notz

versandt am: jo