

ZH_OBERGERICHT LE180050 vom 8. Februar 2019

ZH Obergericht, 2019-02-08, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE180050

FR: ZH_OBERGERICHT LE180050 du 8 février 2019

IT: ZH_OBERGERICHT LE180050 del 8 febbraio 2019

Erwägungen

E. 1

Die Parteien sind seit dem tt. Juli 2009 verheiratet (Urk. 5/4 S. 1). Aus ihrer Ehe gingen die Töchter C._____, geboren am tt.mm.2009, und D._____, geboren am tt.mm.2011, hervor (Urk. 5/4 S. 4).

E. 1.1

Die Entscheidgebür für das Berufungsverfahren ist gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 2 lit. b der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) auf Fr. 3'000.– festzusetzen.

E. 1.2

Im Berufungsverfahren umstritten waren einzig die Unterhaltsbeiträge. Der Gesuchsgegner verlangte anstelle der von der Vorinstanz festgesetzten Unterhaltsbeiträge von gesamthaft Fr. 160'530.– (vgl. Urk. 19 E. III/7.1.3) die Verpflichtung zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen von gesamthaft Fr. 108'023.– (Fr. 3'857.– x 3 Monate) + [Fr. 3'843.– x 9 Monate] + [Fr. 2'585.– x 5 Monate] + [Fr. 2'745.– x 13 Monate] + Fr. 268 x 3 Monate + [Fr. 243.– x 9 Monate] + [Fr. 628.– x 5 Monate] + [Fr. 548.– x 13 Monate]; vgl. Urk. 18 S. 1 f.). Die Gesuchstellerin beantragte die Abweisung der Berufung und Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils. Zugesprochen werden Unterhaltsbeiträge von gesamthaft rund Fr. 154'500.– (vgl. oben E. III/11.4). Damit unterliegt der Gesuchsgegner im Berufungsverfahren zu rund 90 %, weshalb es sich rechtfertigt, ihm die Prozesskosten vollumfänglich aufzuerlegen.

E. 1.3

Ausgangsgemäss ist der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin eine volle Parteientschädigung zu bezahlen. Diese ist in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 3, § 11 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 und 2 der AnwGebV auf Fr. 2'800.– zuzüglich 7.7 % MwSt. (vgl. Ur. 27 S. 2), mithin auf Fr. 3'016.– festzusetzen. Da die Parteientschädigung – wie sogleich zu zeigen sein wird – beim Gesuchsgegner voraussichtlich nicht einbringlich sein wird, ist sie Rechtsanwältin Dr. Y._____ direkt aus der Gerichtskasse auszurichten, wobei der Anspruch mit der Zahlung auf den Kanton übergeht (Art. 122 Abs. 2 ZPO).

- 54 - 2. Unentgeltliche Rechtspflege

E. 1.4

Schliesslich errechnete die Vorinstanz den persönlichen Unterhalt der Gesuchstellerin, indem sie in den Phasen, in welchen ein Überschuss resultierte (Phase 1, 3 und 4), vom Einkommen des Gesuchsgegners dessen eigenen Bedarf zuzüglich Überschussanteil sowie die an die Kinder zu leistenden Unterhaltsbeiträge (bestehend aus Bar- und Betreuungsunterhalt) abzog. In der Phase 2, in welcher gemäss vorinstanzlicher Rechnung

ein Manko resultierte, wurde demgegenüber unter Berücksichtigung der "Leistungsfähigkeiten der Parteien" (Einkommen abzüglich Notbedarf und Kinderunterhaltsbeiträge beim Gesuchsgegner resp. Lebenshaltungskosten abzüglich Notbedarf bei der Gesuchstellerin) der persönliche Unterhaltsanspruch der Gesuchstellerin ermittelt (Urk. 19 E. III/ 4.5.4/e).

E. 1.5

Gestützt auf diese Erwägungen verpflichtete die Vorinstanz den Gesuchsgegner zur Leistung der im Urteil bezifferten Kinder- und Ehegattenunterhaltsbeiträge (vgl. Urk. 19 E. III/4.5.4/f sowie Dispositiv-Ziffern 6 und 7, S. 54 ff.).

- 13 - 2. Rügen des Gesuchsgegners Hinsichtlich dieser Unterhaltsberechnung beanstandet der Gesuchsgegner zunächst, dass die Vorinstanz bei der Berechnung seines Bedarfs in der Phase 2 gewisse Auslageposten zu Unrecht nicht oder nicht vollständig berücksichtigt habe (Urk. 18 Rz 6 ff.). Ausserdem macht er diesbezüglich – unter Einreichung eines neuen Arbeitsvertrages (Urk. 21/1) – geltend, sein Lohn sowie gewisse Bedarfspositionen hätten sich aufgrund seines Stellenwechsels verändert (Urk. 18 Rz 15 ff.). Sodann ist der Gesuchsgegner der Ansicht, die Vorinstanz habe auf Seiten der Gesuchstellerin – und entsprechend auch im Barbedarf der Kinder – zu hohe Wohnkosten berücksichtigt (vgl. Urk. 18 Rz 23 und Rz 30 ff.). Schliesslich beanstandet er im Bedarf der Gesuchstellerin die Positionen Krankenkasse und Mobilität (Urk. 18 Rz 24 ff.). 3. Einkommen des Gesuchsgegners

E. 2

Mit Eingabe vom 17. Januar 2018 machte die Gesuchstellerin bei der Vorinstanz unter Einreichung eines gemeinsamen Scheidungsbegehrens der Parteien ein Scheidungsverfahren anhängig. Gleichzeitig stellte sie ein Begehren um Anordnung vorsorglicher Massnahmen (Urk. 5/1, Urk. 5/3). Nachdem die Gesuchstellerin an der vorinstanzlichen Anhörung vom 11. April 2018 ihren Scheidungswillen widerrufen hatte, beantragten beide Parteien übereinstimmend, dass anstelle des Scheidungsverfahrens mit vorsorglichen Massnahmen ein Eheschutzverfahren durchzuführen sei (vgl. Prot. I S. 3 im Verfahren FE180018-K, Urk. 5). Der weitere Prozessverlauf vor Vorinstanz kann dem erstinstanzlichen Urteil entnommen werden (Urk. 19 S. 4). Am 6. August 2018 erliess die Vorinstanz die eingangs wiedergegebenen Entscheide (Verfügung und Urteil, Urk. 19).

E. 2.1

Beide Parteien ersuchen um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands für das Berufungsverfahren (Urk. 18 S. 3; Urk. 27 S. 2).

E. 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). Für die Beurteilung der Frage, ob eine Partei als mittellos im Sinne von Art. 117 lit. ZPO zu betrachten ist, sind ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse zu berücksichtigen, und zwar im Zeitpunkt der Gesuchsstellung (Mohs, OFK-ZPO, ZPO 117 N 5).

E. 2.3

Nachdem der Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren keine Gerichtskosten auferlegt werden (vgl. oben E. IV/1.2), ist ihr Gesuch gegenstandslos und abzuschreiben, soweit es sich auf die Befreiung von den Gerichtskosten (Art. 118 Abs. 1 lit. b ZPO) bezieht. Demgegenüber ist – angesichts des Umstandes, dass auch dem Gesuchsgegner die unentgeltliche Rechtspflege zu gewährt ist (vgl. dazu nachstehende Ziff. 2.4) – über das Gesuch um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO) zu entscheiden (vgl. Urteil 5A_407/2014 vom 7. Juli 2014, E. 2.2. mit weiteren Hinweisen; OGer ZH RT150116 vom 11.11.2015, E. II/C/2). Diesbezüglich ist aufgrund der Angaben der Gesuchstellerin davon auszugehen, dass sie im Zeitpunkt der Gesuchstellung arbeitslos war bzw. nach wie vor ist und aufgrund ihrer Aussteuerung abgesehen von den Unterhaltsbeiträgen des Gesuchsgegners über keine Einkünfte verfügt (Urk. 27 Rz 39). Dem Effektivitätsgrundsatz folgend, d.h. unter Ausklammerung des hypothetischen Einkommens ab 1. Januar 2019, ist die Gesuchstellerin mit den zuzusprechenden Betreuungs- und Ehegattenunterhaltsbeiträgen ab Januar 2019 nicht mehr in der Lage, ihren Notbedarf zu decken (vgl. dazu oben E. III/7.1 und E. III/7.6). Unter Berücksichtigung der eingereichten Unterlagen (Urk. 29/6-9) ist zudem glaubhaft, dass die Gesuchstellerin verschuldet ist und

- 55 - über keine liquiden Mittel verfügt. Mit Bezug auf die eheliche Liegenschaft, welche im hälftigen Miteigentum der Parteien steht, erscheint des Weiteren glaubhaft, dass die Beschaffung liquider Mittel durch Erhöhung der Hypothek – wie beide Parteien vorbringen (Urk. 18 Rz 52; Urk. 27 Rz 40) – aktuell angesichts der engen finanziellen Verhältnisse nicht möglich ist. Insgesamt ist die Mittellosigkeit der Gesuchstellerin damit zu bejahen. Ihr im Berufungsverfahren gestelltes Rechtsgehren war sodann keineswegs aussichtslos, und die rechtsunkundige Gesuchstellerin war für die sachgerechte Wahrung ihrer Rechte (auch) vor Berufungsinstanz auf anwaltlichen Beistand angewiesen. Damit sind die Voraussetzungen für eine unentgeltliche Rechtsverteidigung erfüllt, und der Gesuchstellerin ist für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtsverteidigung zu bewilligen und in der Person von Rechtsanwältin Dr. iur. Y. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen. Im Mehrumfang ist ihr Gesuch als gegenstandslos abzuschreiben.

E. 2.4

Dem Gesuchsgegner verbleibt nach Deckung seines Bedarfs sowie nach Abzug der zu leistenden Unterhaltsbeiträge ab Januar 2019 ein Überschuss von rund Fr. 615.– (Fr. 8'753.– [Einkommen, vgl. oben E. III/3.4] - Fr. 4'094.– [Bedarf, vgl. oben E. III/4.8] - Fr. 4'044.– [Total Unterhaltsbeiträge, vgl. oben E. III/8.6]; ohne Berücksichtigung einer Erweiterung des Grundbetrags oder etwa der glaubhaft gemachten Steuerausstände). Wie der Gesuchsgegner zu Recht vorbringt (Urk. 18 Rz 50), ist es ihm damit nicht möglich, innert nützlicher Frist neben den Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Fr. 2'500.– Gerichtsgebühr, Fr. 753.90 Parteientschädigung sowie eigene Anwaltskosten) auch noch diejenigen des Berufungsverfahrens (Fr. 3'000.– Gerichtsgebühr, Fr. 3'016.– Parteientschädigung, vgl. oben E. IV/1, sowie eigene Anwaltskosten) zu begleichen. Dass der Gesuchsgegner über keine nennenswerte liquide Mittel verfügt, geht zudem aus den eingereichten Kontoauszügen (Urk. 214; Urk. 21/6) sowie aus den im Recht liegenden Steuererklärungen (Urk. 5/12/4; Urk. 12/5-6) hervor. Hinsichtlich der ehelichen Liegenschaft kann auf das bereits Ausgeführte verwiesen werden (vgl. vorstehende Ziff.

2.3). Demnach ist auch der Gesuchsgegner mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO. Seine Rechtsmittelanträge sind nicht als aussichtslos im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO zu betrachten (dazu BGE 138 III 217 E.

- 56 - 2.2.4), und eine anwaltliche Verbeiständung des rechtsunkundigen Gesuchsgegners erscheint zur Wahrung seiner Rechte notwendig, zumal auch die Gesuchstellerin anwaltlich vertreten ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Dem Gesuchsgegner ist deshalb für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und in der Person von Rechtsanwalt Dr. iur. X._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Es wird beschlossen:

E. 3

Gegen das vorinstanzliche Urteil erhob der Gesuchsgegner am 20. August 2018 rechtzeitig (vgl. Urk. 17) Berufung mit den vorne zitierten Berufungsanträgen (Urk. 18). Sodann reichte er mit Noveneingabe vom 22. August 2018 neue Unterlagen ins Recht (Urk. 23, Urk. 24/1-2). Daraufhin wurde der Gesuchstellerin mit Verfügung vom 4. September 2018 Frist angesetzt, die Berufung zu beantworten und zu den Noven Stellung zu nehmen (Urk. 25). Mit Eingabe vom 24. September 2018 erstattete die Gesuchstellerin fristgerecht ihre Berufungsantwort (Urk. 27). Sodann nahm sie innert erstreckter Frist (vgl. Urk. 26) zur Noveneingabe des Gesuchsgegners Stellung (Urk. 30). Die Doppel der Berufungsantwortschrift und der Novenstellungnahme wurden dem Gesuchsgegner zur Kenntnis zugestellt (Urk. 31). Weitere Eingaben der Parteien folgten nicht.

- 9 -

E. 3.1

Der Gesuchsgegner ist der Ansicht, sein Gehalt habe sich seit seinem Stellenwechsel nicht wesentlich geändert. Er verdiene heute Fr. 9'200.– brutto pro Monat zuzüglich 13. Monatslohn. Unter Berücksichtigung der Sozialabgaben sowie unter Einrechnung des 13. Monatslohns sei mit einem Nettolohn von rund Fr. 8'450.– pro Monat zu rechnen. Die Vorinstanz habe dem Gesuchsgegner demgegenüber gestützt auf den Lohnausweis 2017 rund Fr. 8'600.– pro Monat angerechnet (Urk. 18 Rz 16).

E. 3.2

Die Gesuchstellerin macht mit Bezug auf die neue Arbeitsstelle des Gesuchsgegners zunächst geltend, der neue Arbeitsvertrag datiere vom 25. Januar 2018 und sehe als Vertragsbeginn den 1. April 2018 vor. Da vor Vorinstanz die Hauptverhandlung am 11. April 2018 sowie deren Fortsetzung am 16. Mai 2018 stattgefunden habe, handle es sich dabei – entgegen der Darstellung des Gesuchsgegners – nicht um ein echtes Novum (Urk. 27 Rz 14). In der Sache bestreitet die Gesuchstellerin, dass der Gesuchsgegner bei seiner neuen Arbeitgeberin, der H._____ AG, weniger verdiene als bei seiner früheren Arbeitgeberin, der I._____ AG. So sei bereits das Bruttoeinkommen bei der H._____ AG Fr. 200.– höher. Ausserdem erhalte der Gesuchsgegner gemäss Arbeitsver-

- 14 - trag mit der H._____ AG einen 13. Monatslohn und eine Gewinnbeteiligung sowie eine Spesenpauschale von monatlich Fr. 750.– für die Nutzung des Privatfahrzeugs (Urk. 27 Rz 18). Der Gesuchsgegner habe die Umstände betreffend Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit der I._____ AG offenzulegen. Ausserdem seien sämtliche Lohnabrechnungen seit März 2018 sowie sämtliche vertraglichen Abreden zwischen dem Gesuchsgegner und der H._____ AG samt Nebenabreden wie Spesen-, Dienst-, Bonus- und

Mitarbeiterbeteiligungsreglemente zu edieren (Urk. 27 Rz 19).

E. 3.3

Wie bereits einleitend ausgeführt, sind Noven im Geltungsbereich der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime nach Art. 296 Abs. 1 ZPO unbeschränkt zulässig. Vorliegend sind mitunter Kinderunterhaltsbeiträge zu beurteilen. Diesbezüglich ist grundsätzlich auf die tatsächlichen Verhältnisse abzustellen. Entsprechend sind die Veränderungen beim Einkommen des Gesuchsgegners unabhängig von der Frage zu berücksichtigen, ob es sich dabei um echte oder unechte Noven handelt.

E. 3.4

Gemäss Arbeitsvertrag vom 25. Januar 2018 ist der Gesuchsgegner seit dem 1. April 2018 zu 100 % bei der H._____ AG als System- und Projektingenieur tätig. Dabei erzielt er ein monatliches Bruttoeinkommen von Fr. 9'200.– zuzüglich 13. Monatslohn, welcher im Eintrittsjahr pro rata temporis ausbezahlt wird (Urk. 21/1). Aus der im Recht liegenden Lohnabrechnung des Monats Juli 2018 geht ferner hervor, dass der Nettolohn des Gesuchsgegners – einschliesslich Familienzulagen und Pauschalspesen – Fr. 9'269.90 beträgt (Urk. 24/1). Nach Abzug der Familienzulagen von gesamthaft monatlich Fr. 440.– und der Autospesen von Fr. 750.– pro Monat, welche auf der Bedarfsseite zu berücksichtigen sind (vgl. unten E. III/4.4), sowie unter Einbezug des 13. Monatslohns beträgt das aktuelle monatliche Nettoeinkommen des Gesuchsgegners somit Fr. 8'753.–. Da der Arbeitsvertrag – abgesehen von der Gewinnbeteiligung (vgl. dazu nachfolgende Ziff. 3.5) – keine variablen Lohnbestandteile vorsieht, kann ohne Weiteres auf die eingereichte Lohnabrechnung abgestellt werden. Unter diesen Umständen erübrigt sich die von der Gesuchstellerin beantragte Edition weiterer Lohnabrechnungen.

- 15 -

E. 3.5

Als weiteren Lohnbestandteil sieht der Arbeitsvertrag vom 25. Januar 2018 eine Gewinnbeteiligung von jährlich 10 % des Reingewinns vor, welche an alle Mitarbeiter zu gleichen Teilen ausgeschüttet werde, sofern sich der Mitarbeiter am 1. Januar des Folgejahres in ungekündigter Stellung befinde. Dabei wird gemäss Vertragswortlaut für die Berechnung des Anteils pro Mitarbeiter das Arbeitspensum und das Eintrittsdatum pro rata berücksichtigt (Urk. 21/1). Effektiv bezahlte Provisionen, Gratifikationen, Boni sowie Gewinnbeteiligungen gehören zum laufenden Familieneinkommen und sind grundsätzlich in die Unterhaltsberechnung mit einzubeziehen (vgl. OGer ZH LE170049 vom 22. November 2017, E. III/B/3.2.2; OGer ZH LC150019 vom 27. November 2015, E. III/1b; BGer 5A_686/2010 vom 6. Dezember 2010, E. 2.3). Dabei sind in der Höhe oder Häufigkeit stark variierende Bonuszahlungen bei der Einkommensberechnung entweder mit einem durchschnittlichen Wert zu berücksichtigen oder aber vom Einkommen auszuklammern, wobei der unterhaltspflichtige Ehegatte zu verpflichten ist, sich beim anderen Ehegatten unaufgefordert über den jeweils ausbezahlten Bonus auszuweisen und ihm nach Auszahlung einen festgesetzten Anteil zu überweisen (OG ZH LY170028 vom 15. Januar 2018, E. III/2.2.4). Vorliegend ist der Gesuchsgegner erst seit dem 1. April 2018 bei der H._____ AG angestellt. Ein Abstellen auf Durchschnittswerte der letzten Jahre kommt damit von vornherein nicht in Frage. Da Anteile am Geschäftsergebnis erst auszurichten sind, wenn dieses festgestellt ist, und die Zahlen des letzten Geschäftsjahres in der Regel erst anfangs Jahr ermittelt werden können, ist davon auszugehen, dass dem

Gesuchsgegner derzeit die Höhe seiner Gewinnbeteiligung für das Jahr 2018 noch nicht bekannt ist. Insofern ist eine anteilmässige, d.h. auf den Monat umgerechnete Einrechnung der Gewinnbeteiligung vorliegend nicht möglich. Stattdessen ist der Gewinnbeteiligungsanspruch vom Einkommen des Gesuchsgegners auszuklammern und die Gewinnbeteiligung erst bei deren Auszahlung von Amtes wegen auch auf die Kinder aufzuteilen. Dabei rechtfertigt es sich, entsprechend dem von der Vorinstanz bei der Aufteilung des Überschusses angewandten Prinzip "grosse Köpfe - kleine Köpfe" den beiden Töchtern je einen Sechstel der Gewinnbeteiligung zuzuteilen. Demgemäss ist der Gesuchs-

- 16 - gegner zu verpflichten, sich bei der Gesuchstellerin jährlich bis spätestens am 30. Juni unaufgefordert über die von seiner Arbeitgeberin im vorangehenden Jahr ausbezahlte Gewinnbeteiligung auszuweisen und ihr gleichzeitig insgesamt 1/3 davon (Anteile der Kinder) zu überweisen.

E. 3.6

Bei dieser Ausgangslage sind hinsichtlich der neuen Anstellung des Gesuchsgegners – entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin – keine weiteren Beweisabnahmen nötig. Auch die Umstände der Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit der I. _____ AG sind nicht näher zu beleuchten, zumal sich die Einkommenssituation des Gesuchsgegners mit seiner neuen Anstellung – wie gesehen – verbessert hat.

E. 4

Bedarf des Gesuchsgegners

E. 4.1

Die Vorinstanz ging auf Seiten des Gesuchsgegners von folgenden Bedarfspositionen aus (Urk. 19 E. III/4.5.3/k): Grundbetrag Fr. 1'200.00 Wohnkosten (inkl. Garage) Fr. 1'565.00 Krankenkasse (KVG) Fr. 241.40 Krankenkasse (VVG) Fr. 45.65 Selbstbehalt/Franchise Fr. 50.00 Kommunikation inkl. Billag Fr. 150.00 Hausrat- und Haftpflichtversicherung Fr. 19.50 Mobilität bis März 2018 Fr. 0.00 ab April 2018 Fr. 330.00 Auswärtige Verpflegung Fr. 105.00 Steuern Fr. 300.00 Total bis 31. März 2018 Fr. 3'676.55 Total ab 1. April 2018 Fr. 4'006.55

E. 4.2

Selbstbehalt/Franchise

E. 4.2.1

Der Gesuchsgegner beanstandet, dass ihm lediglich Fr. 50.– für den Selbstbehalt und die Franchise angerechnet worden seien, obwohl er für das Jahr 2017 ungedeckte Gesundheitskosten von Fr. 1'087.– geltend gemacht und belegt habe. Da der Beleg für das letzte Jahr genüge und keine Aufstellung über mehrere Jahre vorzulegen sei, sei ihm für die belegten Auslagen ein Betrag von Fr. 90.–

- 17 - pro Monat zuzugestehen. So habe der Gesuchsgegner denn auch in der Parteibefragung ausgesagt, dass er immer noch regelmässig zum Arzt und in die Therapie gehe (Urk. 18 Rz 7).

E. 4.2.2

Dem hält die Gesuchstellerin im Wesentlichen entgegen, die hohen Gesundheitskosten im Jahr 2017 seien die Folge eines Unfalls im Jahr 2016. Der Gesuchsgegner habe nicht dargelegt, dass Kosten im gleichen oder ähnlichen Umfang auch in Zukunft anfielen. Einmalige Kosten seien nicht im Bedarf zu berücksichtigen. Vielmehr sei praxisgemäss auf den Durchschnitt mehrerer Jahre abzustellen. Da der Gesuchsgegner keine Belege für Krankheitskosten aus früheren Jahren eingereicht und diesbezüglich keine Ausführungen gemacht habe, sei anzunehmen, dass damals keine nennenswerten Kosten entstanden seien. Indem die Vorinstanz die Gesundheitskosten des Jahres 2017 von monatlich Fr. 90.– auf zwei Jahre verteilt bzw. mit Rücksicht auf die Gleichbehandlung der Parteien auf monatlich Fr. 50.– aufgerundet habe, sei das Recht richtig angewandt worden.

E. 4.2.3

Vorinstanzlich liess der Gesuchsgegner zur Begründung der geltend gemachten Gesundheitskosten ausführen, er habe – im Gegensatz zur Gesuchstellerin, welche nicht krank sei – immer wieder Gelenkschmerzen und müsse deshalb regelmässig zum Arzt, dies bereits seit Jahren (Urk. 3 Rückseite von S. 8). In der Parteibefragung gab er diesbezüglich auf Nachfrage hin an, die chronischen Schmerzen seien eine Folge seines Unfalls; er müsse deswegen regelmässig zum Arzt. Auf die Frage, was für Behandlungen oder notwendige Untersuchungen in Zukunft anstünden, gab er lediglich an, er hoffe, dass es wieder besser werde. Der Unfall habe sich im Jahr 2016 ereignet. Zu Beginn sei die Behandlung mit Physio- und Ergotherapie sehr intensiv gewesen. Es seien weitere Schmerzen entstanden und er habe wieder zum Arzt gehen müssen (Prot. I S. 15 f.). Die Gesuchstellerin vertrat bereits vor Vorinstanz die Auffassung, der Gesuchsgegner habe nicht glaubhaft gemacht, dass ihm weiterhin regelmässige ungedeckte Gesundheitskosten von Fr. 90.– pro Monat entstünden (Urk. 11 Rz 17).

- 18 -

E. 4.2.4

Unbestrittenermassen sind vorliegend lediglich die ungedeckten Gesundheitskosten des Jahres 2017 belegt (vgl. Urk. 5/12/7 S. 2). Konkrete Hinweise dafür, dass der Gesuchsgegner auch im Jahr 2018 seine Franchise ausgeschöpft hat bzw. diese auch in Zukunft ausschöpfen wird, bestehen keine. So hat der Gesuchsgegner weder Arztrechnungen noch Abrechnungsbelege der Krankenkasse vorgelegt, welche anhaltende Behandlungs- oder Therapiekosten ausweisen würden. Auch aus der Parteibefragung vor Vorinstanz hat sich nicht zweifelsfrei ergeben, dass aufgrund des Unfalls weiterhin Kosten in demselben Ausmass wie im Jahr 2017 anfallen. Es erscheint daher nicht glaubhaft, dass dem Gesuchsgegner im Jahr 2018 ungedeckte Gesundheitskosten von rund Fr. 1'080.– angefallen sind. Unter diesen Umständen ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz dem Gesuchsgegner hierfür denselben Betrag wie der Gesuchstellerin angerechnet hat. Es bleibt daher beim vorinstanzlich berücksichtigten Betrag von Fr. 50.– pro Monat.

E. 4.3

Kommunikation inkl. Billag Die Vorinstanz berücksichtigte für Radio, Telefon, Fernsehen und Internet inklusive Billaggebühren einen gerichtsblichen Pauschalbetrag von Fr. 150.– pro Monat (Urk. 19 E. III/4.5.3/f). Demgegenüber ist der Gesuchsgegner gemäss Bedarfsaufstellung in seiner Berufungsschrift offenbar der Ansicht, neben den monatlichen Fr. 150.– für Kommunikationskosten sei ein weiterer Betrag von Fr. 38.– pro Monat für die Billaggebühren zu berücksichtigen (Urk. 18 Rz 21). Allerdings führt der Gesuchsgegner

diesbezüglich in keiner Weise aus, weshalb der vor- instanzlich angerechnete Betrag nicht angemessen sein soll. Da er damit den ge- setzlichen Begründungsanforderungen nicht genügt, erübrigen sich weitere Aus- führungen dazu. Für die Kommunikation inkl. Billag bzw. zukünftig Serafe anzu- rechnen sind somit Fr. 150.– pro Monat.

E. 4.4

Mobilität

E. 4.4.1

Der Gesuchsgegner macht geltend, er fahre seit seinem Stellenwech- sel jeden Tag mit seinem Fahrzeug von G._____ nach J._____. Dabei lege er pro Arbeitstag eine Strecke von insgesamt 110 Kilometer zurück, was monatlich rund

- 19 - 2'420 Kilometer ausmache. Die effektiven berufsbedingten Auslagen würden sich damit bei einem Ansatz von 50 Rappen pro Kilometer auf monatlich Fr. 1'200.– belaufen. Entsprechend sei in seinem Bedarf ab 1. April 2018 der Maximalbetrag gemäss Kreisschreiben von Fr. 600.– pro Monat einzusetzen (Urk. 18 Rz 18). Im Rahmen seiner Noveneingabe vom 22. August 2018 bringt der Gesuchsgegner sodann mit Verweis auf die in seiner Lohnabrechnung aufgeführten Autospesen vor, dass diesen Spesen effektive Auslagen gegenüberstünden, zumal er sein Privatfahrzeug für geschäftliche Fahrten nutze und ihm hierfür Kosten (Benzin, Abwertung, Service etc.) entstünden. Sein Fahrzeug habe Jahrgang 2002 und be- reits 220'000 Kilometer, so dass er bei einem Ausfall dieses Fahrzeugs die Spe- senentschädigung für einen Leasingwagen einsetzen müsste (Urk. 23).

E. 4.4.2

Die Gesuchstellerin ist der Ansicht, auch ab April 2018 seien dem Gesuchsgegner keine Mobilitätskosten anzurechnen, da er von seiner neuen Ar- beitgeberin eine Spesenpauschale von monatlich Fr. 750.– für die Nutzung seines Privatfahrzeugs erhalte. Der Arbeitsweg – monatlich 2'420 Kilometer – verursache Benzinkosten von rund Fr. 310.– pro Monat (8 Liter für 100 Kilometer, 1 Liter à Fr. 1.60). Das "alte Privatauto", das der Gesuchsgegner gemäss eigenen Anga- ben benütze, sei bereits amortisiert. Entsprechend reiche die Autopauschale bei Weitem aus, um die Kosten des Fahrzeugs (Versicherung, Gebühren, Reparatu- ren) und des Arbeitswegs zu tilgen (Urk. 27 Rz 21). Ferner sei auch nicht zutref- fend, dass der Gesuchsgegner die Fahrzeugentschädigung benötige, um das Benzin für geschäftliche Fahrten zu bezahlen. Vielmehr werde dieses gemäss Ar- beitsvertrag zusätzlich nach Aufwand und Belegen vergütet. Auch aus diesem Grund reiche die Fahrzeugentschädigung aus, um damit die Kosten für den Ar- beitsweg zu bezahlen (Urk. 30 S. 2).

E. 4.4.3

Die pauschale Fahrzeugentschädigung von Fr. 750.–, welche der Ge- suchsgegner gemäss Arbeitsvertrag und Lohnabrechnung monatlich ausbezahlt erhält, ist für die Nutzung des Privatfahrzeuges für geschäftliche Fahrten vorge- sehen (vgl. Urk. 21/1, Urk. 24/1). Im Arbeitsvertrag wird hierzu erläutert, dass der Betrag von Fr. 750.– pro Monat den Mietkosten eines Fremdfahrzeuges entspre- che und Benzinkosten zusätzlich nach Aufwand und Belegen vergütet würden

- 20 - (Urk. 24/1). Effektiv fallen dem Gesuchsgegner aktuell allerdings keine Kosten für ein Miet- resp. Leasingfahrzeug an, da er gemäss eigenen Angaben sowohl für den Arbeitsweg als auch für Geschäftsfahrten sein eigenes Fahrzeug verwendet. Da auf die

tatsächlichen Verhältnisse abzustellen ist, kommt die Berücksichtigung hypothetischer Leasingkosten, welche bei einem Ausfall des Privatfahrzeugs in Zukunft womöglich anfallen könnten, vorliegend nicht in Frage. Zudem weist die Gesuchstellerin zu Recht darauf hin, dass der Gesuchsgegner aus der Senentschädigung auch keine Benzinkosten für Geschäftsfahrten zu decken hat, zumal diese gemäss Vertrag zusätzlich nach Aufwand entschädigt werden. Demgemäss stehen den Pauschalspesen lediglich im Umfang der Positionen Fahrzeugversicherung, Verkehrsabgaben und Serviceleistungen effektive Kosten gegenüber. Die diesbezüglichen Kosten werden vom Gesuchsgegner nicht beziffert. Schätzungsweise ist mit einem Gesamtbetrag von Fr. 200.– pro Monat zu rechnen. Der Differenzbetrag von Fr. 550.– steht dem Gesuchsgegner damit zur Deckung seiner Arbeitswegkosten zur Verfügung. Unbestrittenermassen legt der Gesuchsgegner für seinen Arbeitsweg monatlich rund 2'420 Kilometer zurück. Wie die Gesuchstellerin zu Recht vorbringt, ist davon auszugehen, dass dies Benzinkosten von weniger als Fr. 550.– pro Monat verursacht. Dem Gesuchsgegner sind damit auch ab 1. April 2018 keine Mobilitätskosten anzurechnen.

E. 4.5

Auswärtige Verpflegung

E. 4.5.1

Die Vorinstanz rechnete dem Gesuchsteller für auswärtige Verpflegung monatlich Fr. 105.– an. Dabei erwog sie, dass die Mahlzeiten des Gesuchsgegners wohl durch den Arbeitgeber verbilligt würden, da er sich in einer Kantine verpflegen könne und ein Mittagessen gemäss seinen glaubhaften Ausführungen täglich Fr. 5.– mehr als die vorgesehenen Fr. 10.– pro Tag koste (Urk. 19 E. III/4.5.3/f).

E. 4.5.2

Der Gesuchsgegner macht berufungsweise geltend, an seinem neuen Arbeitsplatz gebe es keine Kantine und damit keine Möglichkeit für verbilligte Verpflegung. Im Gegensatz zur vorherigen Stelle habe er nun keinen wesentlichen Kundenkontakt mehr, womit es auch keine Kundenessen mehr gebe. Da er sich

- 21 - jeden Tag im Restaurant verköstigen müsse, seien für die auswärtige Verpflegung Fr. 220.– pro Monat in seinem Bedarf zu berücksichtigen (Urk. 18 Rz 20).

E. 4.5.3

Die Gesuchstellerin bestreitet, dass der Gesuchsgegner bei der H._____ AG keinen Kundenkontakt mehr habe. Die H._____ AG nehme ihre Anlagen beim Kunden in Betrieb und betreue diese. Aufgabe des Gesuchsgegners sei es immer (auch bei der I._____ AG) gewesen, Projekte vor Ort zu betreuen. Es sei davon auszugehen, dass seine jetzige Arbeitstätigkeit weiterhin mit vielen Geschäftsreisen verbunden sei, zumal er gemäss Vertrag Reisespesen erhalte. Auch die hohe monatliche Autopauschale würde keinen Sinn machen, wenn der Gesuchsgegner immer am Arbeitsort J._____ wäre. Zwar sei nicht ausgeschlossen, dass der Gesuchsgegner gewisse Arbeitstage am Arbeitsort in J._____ verbringe. Allerdings habe der Gesuchsgegner die Aufteilung der Arbeitstätigkeit vor Ort und auswärts nicht dargetan, womit davon auszugehen sei, dass er keine Mehrkosten für auswärtige Verpflegung habe. Auch sei nicht glaubhaft, dass ein grösseres KMU wie die H._____ AG über keine Kantine verfüge (Urk. 27 Rz 22).

E. 4.5.4

Gemäss Ziff. III/3.2 des Kreisschreibens der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich betreffend Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009 (nachfolgend Kreisschreiben) werden Kosten für auswärtige Verpflegung bei Nachweis von Mehrauslagen mit Fr. 5.– bis Fr. 15.– pro Hauptmahlzeit berücksichtigt. Da der Arbeitsvertrag im Gegensatz zu den für Geschäftsfahrten und Reisekosten vorgesehenen Spesen keine Entschädigung für Kundenessen oder dergleichen vorsieht (vgl. Urk. 21/1), ist zwar glaubhaft, dass der Gesuchsgegner die Kosten für das Mittagessen im Restaurant nicht mehr der Arbeitgeberin verrechnen kann. Nichtsdestotrotz blieben die vom Gesuchsgegner behaupteten Mehrauslagen von Fr. 220.– pro Monat unbelegt. So liegen diesbezüglich weder entsprechende Quittungen noch eine Bestätigung der Arbeitgeberin darüber vor, dass die H._____ AG über keine Kantine verfüge. Da die Gesuchstellerin Letzteres wie auch die Mehrauslagen an sich bestreitet, ist davon auszugehen, dass sich der Gesuchsgegner weiterhin in einer Kantine verbilligt verpflegen kann, weshalb lediglich die bisherigen Mehrkosten von Fr. 105.– pro Monat anzurechnen sind.

- 22 -

E. 4.6

Steuern/Schuldentilgung

E. 4.6.1

Die Vorinstanz rechnete dem Gesuchsgegner für die laufenden Steuern einen Betrag von Fr. 300.– pro Monat an. Die vom Gesuchsgegner geltend gemachten Positionen "Schuldentilgung Mutter" und "Schuldentilgung gemeinsame Steuern 2016" im Gesamtbetrag von Fr. 270.– pro Monat fanden demgegenüber keinen Eingang in die Bedarfsberechnung. Dabei erwog die Vorinstanz, dass Schulden gegenüber Dritten – auch gegenüber dem Fiskus – der familienrechtlichen Unterhaltspflicht nachgehen würden und insbesondere bei knappen finanziellen Verhältnissen nicht im Bedarf zu berücksichtigen seien. Im Übrigen habe der Gesuchsgegner nicht belegt, dass er die geltend gemachten Schulden effektiv bezahle (Urk. 19 E. III/4.5.3/j).

E. 4.6.2

Berufungsweise macht der Gesuchsgegner im Wesentlichen geltend, der auf Fr. 270.– pro Monat bezifferte Betrag für die Tilgung der (aktenkundigen) Steuerschuld für das Steuerjahr 2017 (recte: 2016) sei angemessen. So gehe aus der Ratenzahlungsvereinbarung vom 25. April 2018 hervor, dass noch Fr. 4'432.– offen seien, was bei einer rund 1.5-jährigen Dauer der Abzahlung Fr. 270.– pro Monat ausmache. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung seien gemeinsame Steuerschulden im Bedarf aufzunehmen, wenn kein Mankofall vorliege, da beide Ehegatten dafür haften und folglich von der Abzahlung profitieren würden (mit Verweis auf BGE 127 III 289 E. 2a/bb; BGer 5A_1029/2015 vom 1. Juni 2016, E. 3.3.1.3; 5A_780/2015 vom 10. Mai 2016, E. 2.7). Bei korrekter Berechnung der Existenzminima resultiere im gegebenen Fall kein Manko. Ferner werde der sehr pflichtbewusste Gesuchsgegner die gemeinsamen Steuern bezahlen, wenn ihm diese im Bedarf berücksichtigt würden. Er akzeptiere auch eine entsprechende Verpflichtung. Damit seien ab 1. Januar 2019 monatlich Fr. 270.– im Bedarf aufzunehmen (Urk. 18 Rz 12-14).

E. 4.6.3

Die Gesuchstellerin stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, die Steuerschulden seien vom Gesuchsgegner aus seinem Überschussanteil zu bezahlen. So handle es sich dabei nämlich nicht um gemeinsame Schulden. Vielmehr würden diese vorwiegend auf dem Einkommen des Gesuchsgegners grün-

- 23 - den, womit der Gesuchsgegner eine eigene Schuld geltend mache (Urk. 27 Rz 12).

E. 4.6.4

Entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin handelt es sich bei Steuerschulden aus der Zeit der gemeinsamen Besteuerung um gemeinsame Schulden, zumal die Ehegatten dafür solidarisch haften. Die Frage, wer in welchem Umfang für gemeinsame Schulden aufzukommen hat, beschlägt das Güterrecht und ist damit nicht im Eheschutzverfahren zu klären. Im Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass der Gesuchsgegner die Voraussetzungen für die Berücksichtigung von Steuerschulden im Existenzminimum unvollständig wiedergibt. So werden gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts Schulden, welche die Ehegatten für den gemeinsamen Lebensunterhalt aufgenommen hatten oder für welche sie solidarisch haften, im Falle eines Überschusses nur dann berücksichtigt, wenn sie regelmässig abbezahlt werden resp. bereits vor der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts regelmässig abbezahlt wurden (BGer 5A_780/2015 vom 10. Mai 2016, E. 2.7; 5A_131/2007 vom 8. Juni 2007, E. 2.2; 5A_452/2010 vom 23. August 2010, E. 3.2; 5A_141/2014 vom 28. April 2014, E. 3.1; 5A_816/2014 vom 3. März 2015, E. 4.2). Nachweise für regelmässige Abzahlungen fehlen vorliegend. Zudem wird aus den Vorbringen des Gesuchsgegners – er werde die gemeinsame Steuerschuld abbezahlen, sofern sie in seinem Bedarf berücksichtigt würde – denn auch deutlich, dass die Ratenzahlungen gemäss Vereinbarung vom 25. April 2018 (Urk. 13/2) bis anhin noch nicht geleistet wurden. Unter diesen Umständen kommt eine Berücksichtigung von Abzahlungsraten im Existenzminimum des Gesuchsgegners nicht in Frage. Entsprechend hat die Vorinstanz zu Recht lediglich die laufenden Steuern von Fr. 300.– pro Monat angerechnet.

E. 4.7

Amortisation Hypothek

E. 4.7.1

Schliesslich ist der Gesuchsgegner der Ansicht, die Vorinstanz habe es zu Unrecht abgelehnt, in seinem Bedarf die Amortisation von monatlich Fr. 500.– zu berücksichtigen. So habe er bereits vorinstanzlich geltend gemacht, dass er die jährliche Amortisation von Fr. 5'500.– tragen müsse. Überdies liege ein Vertrag mit der Bank bei den Akten. Es bestehe somit eine Verpflichtung. Ferner sei unbestritten, dass die Amortisationszahlungen während des Zusammenle-

- 24 - bens der Parteien geleistet worden seien. Bei einer korrekten Bedarfsberechnung resultiere – sogar unter Einbezug der Amortisationszahlung von Fr. 500.– pro Monat – ein Überschuss und kein Manko. Selbst die Vorinstanz komme zum Schluss, dass ab 1. Januar 2019 ein Überschuss von monatlich Fr. 1'569.– resultiere. Entsprechend seien die Voraussetzungen erfüllt, um die Amortisation zu berücksichtigen. In der Phase vom 1. April 2018 bis 31. Dezember 2018 sei hierfür – zur Verhinderung einer Mankosituation – ein reduzierter Betrag von monatlich Fr. 300.– einzusetzen. In der übrigen Zeit sei der volle Betrag von Fr. 500.– pro Monat im Bedarf des Gesuchsgegners anzurechnen. Da keine

Gütertrennung an- geordnet worden sei, sei der Faktor der "Vermögensbildung" nicht relevant. Viel- mehr würden beide Parteien von der Reduktion der Hypothek profitieren. Die Ge- suchstellerin habe sich bis anhin geweigert, die Wohnkosten selber zu bezahlen, obwohl sie die Mittel dazu gehabt hätte. Entsprechend sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, die Amortisation zu bezahlen, womit diese auch in seinem Bedarf zu berücksichtigen sei (Urk. 18 Rz 8-11).

E. 4.7.2

Die Gesuchstellerin macht in diesem Zusammenhang zunächst gel- tend, es sei nicht glaubhaft, dass eine "Amortisationspflicht" im Betrag von jährlich Fr. 5'500.– bestehe. Im Rahmenvertrag zwischen den Parteien und der K. _____ AG vom 11./15. Juli 2013 sei vereinbart worden, dass pro Jahr bis auf weiteres Fr. 5'500.– zu amortisieren seien. Gemäss den Steuererklärungen 2015, 2016 und 2017 habe der Gesuchsgegner jährlich Fr. 5'000.– auf sein Vorsorgekonto 3a einbezahlt. Dieses Vorsorgekonto sei zugunsten der Hypothekenbank verpfändet worden. Somit habe der Gesuchsgegner seit Jahren weniger bezahlt, als im Rahmenvertrag vorgesehen worden sei. Es liege demnach offenbar keine ver- bindliche Verpflichtung der Parteien (mehr) vor, jährlich Fr. 5'500.– zu amortisie- ren. Aufgrund der Umstände sei naheliegend, dass die Amortisationspflicht abge- ändert worden sei. Auch könne nicht ausgeschlossen werden, dass die Amortisa- tionspflicht aufgehoben oder sistiert worden sei oder werden könne. Im Rahmen- vertrag sei die Möglichkeit der Änderung des Amortisationsbetrages vorgesehen (Urk. 27 Rz 3).

- 25 - Weiter bringt die Gesuchstellerin zusammengefasst vor, die Amortisations- zahlung könne nicht berücksichtigt werden, weil dies in allen Phasen zu einer Mankosituation führen würde. Der effektiv geleistete Vorsorgebeitrag des Ge- suchsgegners habe in den Jahren 2015-2017 jährlich Fr. 5'000.– bzw. monatlich Fr. 417.– betragen. Der Einbezug dieses Betrages im Bedarf führe in den Phasen 1 und 2 automatisch zu einem (grösseren) Manko. In den Phasen 3 und 4 habe die Vorinstanz einen Überschuss von Fr. 1'569.35 bzw. Fr. 1'369.35 festgestellt. Dieser Überschuss habe seine Ursache darin, dass der Gesuchstellerin ein hypo- thetisches Einkommen angerechnet worden sei. Dass die Vorinstanz der Ge- suchstellerin bereits ab dem Schuleintritt des jüngsten Kindes eine Teilzeiter- werbstätigkeit von 50 % zugemutet habe, sei mit Blick auf die Praxis in den ein- zelnen Kantonen nicht sachgerecht. Vielmehr sei für die Gesuchstellerin nur ein Arbeitspensum von 35 % zumutbar. Sodann sei auch die Übergangsfrist zur Auf- nahme einer Erwerbstätigkeit von der Vorinstanz zu kurz bemessen worden. Da die Gesuchstellerin ihre Ausbildung im kaufmännischen Bereich erst im Februar bzw. März 2019 abschliessen könne, sei erst ab 1. Juni 2019 mit einem hypothe- tischen Einkommen zu rechnen. Dieses Einkommen sei – entgegen der Ansicht der Vorinstanz – nicht gestützt auf die abstrakten Lohnstrukturhebungen, son- dern ausgehend vom tatsächlichen Erwerb der Gesuchstellerin im Jahr 2015 zu ermitteln. Zu rechnen sei somit – bei einem Pensum von 35 % – mit netto Fr. 1'225.– pro Monat. Dieses hypothetische Einkommen sei erst ab 1. Juni 2019 anzurechnen, womit die vorinstanzliche Phase 3 (1. Januar bis 31. Juli 2019) weg falle. Unter Berücksichtigung der dargelegten Einkommensverhältnisse der Gesuchstellerin resultiere ab 1. Juni 2019 ein monatlicher Überschuss von Fr. 694.35 (anstatt der vorinstanzlich angenommenen Fr. 1'369.35). Da den Par- teien die unentgeltliche Rechtspflege unter Hinweis auf den angeblich genügen- den monatlichen Freibetrag verweigert worden sei, bestehe kein Raum, eine (freiwillige) Amortisationszahlung zu berücksichtigen. Mit der indirekten Amortisa- tion werde im

Übrigen nicht die Hypothek reduziert, sondern das Vorsorgeguthaben des Gesuchsgegners vermehrt (Urk. 27 Rz 4-10). Zuletzt bestreitet die Gesuchstellerin, dass sie sich bis anhin geweigert habe, die Wohnkosten selbst zu bezahlen, obwohl sie die Mittel dazu gehabt habe.

- 26 - Vielmehr würden die vom Gesuchsgegner ausbezahlten Unterhaltsbeiträge von monatlich Fr. 2'000.– bzw. Fr. 2'300.– offenkundig nicht einmal ausreichen, um die Grundbeträge und die Krankenkassenprämien für die Gesuchstellerin und die zwei Töchter zu bezahlen (Urk. 27 Rz 11).

E. 4.7.3

Bei der Amortisation von Grundpfandschulden handelt es sich um Vermögensbildung; sie ist deshalb bei der Berechnung der Unterhaltsbeiträge im Bedarf nicht zu berücksichtigen. Eine Anrechnung kommt ausnahmsweise nur dann in Betracht, wenn der Schuldner gesetzlich oder vertraglich zur Amortisation verpflichtet ist und es die finanziellen Verhältnisse zulassen (BGE 127 III 289 E. 2.7; BGer 5A_747/2012 vom 2. April 2013, E. 5.3; 5A_780/2015 vom 10. Mai 2016, E. 2.7; OGer ZH LY150032 vom 15.09.2015, E. 8.1.3; OGer ZH LE150007 vom 01.09.2015, E. III./B.5.2; OG ZH LE160014 vom 04.11.2016, E. III/3.7.4; ZK- Bräm, Art. 163 ZGB N 118A; Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Aufl., N 02.44; Philipp Maier, Die konkrete Berechnung von Unterhaltsansprüchen im Familienrecht, dargestellt anhand der Praxis der Zürcher Gerichte seit Inkraftsetzung der neuen ZPO, in: FamPra.ch 2014, S. 302, 322 f.). Mit dem Rahmenvertrag vom 11./15. Juli 2013, welcher von beiden Parteien unterzeichnet wurde und "bis auf weiteres" Amortisationen von Fr. 5'500.– pro Jahr vorsieht (vgl. Urk. 12/3 S. 4), wurde glaubhaft gemacht, dass die Parteien eine vertragliche Verpflichtung zur Leistung von indirekten Amortisationszahlungen eingegangen sind. Vor Vorinstanz wurde denn auch von Seiten der Gesuchstellerin vorgebracht, dass die Amortisation tatsächlich geschuldet und diesbezüglich ein "Aufschub" nicht möglich sei (Prot. I S. 20). Im Weiteren ist unbestritten und belegt, dass der Gesuchsgegner in den Jahren 2015-2017 jährlich Fr. 5'000.– auf sein Vorsorgekonto 3a überwies, welches zugunsten der Hypothekenbank verpfändet ist (Urk. 5/12/4, Urk. 12/4-6). Damit entspricht die indirekte Amortisation im Umfang von Fr. 5'000.– pro Jahr resp. von Fr. 417.– pro Monat aktenkundig der bisherigen Lebenshaltung der Parteien. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass die eheliche Wohnung an der E.____-Strasse ... in F.____ im Miteigentum der Parteien steht (Urk. 2/33). Da keine Gütertrennung angeordnet wurde (Urk. 19 Dispositiv-Ziffer 9), profitieren beide Ehegatten davon, wenn der Gesuchsgegner

- 27 - durch Einzahlung der bisherigen Säule 3a-Beiträge weiterhin indirekt die Hypothek amortisiert. Zudem kommt die Amortisation der Gesuchstellerin, welche die eheliche Wohnung zusammen mit den Kindern bewohnt, auch deshalb zugute, weil dadurch die Aufrechterhaltung des Kredits gesichert ist. Wie noch zu zeigen sein wird (vgl. unten E. III/7.1), erlauben im Übrigen auch die finanziellen Verhältnisse der Parteien eine Berücksichtigung der Amortisationszahlung von Fr. 417.– pro Monat. So resultiert in keiner Phase ein Manko. Soweit die Gesuchstellerin die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens im Umfang von Fr. 1'900.– ab 1. Januar 2019 beanstandet, kann ihr nicht gefolgt werden. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass gemäss neuester bundesgerichtlicher Rechtsprechung dem hauptbetreuenden Elternteil – im Sinne einer Richtlinie – bereits ab der Einschulung des jüngsten Kindes eine Erwerbstätigkeit im Umfang von 50 % zuzumuten ist (BGer 5A_384/2018 vom 21. September 2018, E. 4.7, zur

amtlichen Publikation bestimmt). Insofern erweist sich vorliegend – die jüngere Tochter besucht seit August 2018 bereits die Pri- marschule – weder das Pensum von 50 % noch der Zeitpunkt der Anrechnung ei- nes hypothetischen Einkommens als unangemessen. Entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin (vgl. Urk. 27 Rz 6) ist es ihr keineswegs erst nach dem Abschluss ihrer Zusatzausbildung im Februar/März 2019 möglich, sich zu bewerben. Ihre Chancen auf dem Stellenmarkt sind angesichts ihrer abgeschlossenen Berufs- ausbildung als Hotelfachfrau und der ausreichenden Berufserfahrung intakt. Ge- genteiliges wurde weder vor Vorinstanz noch im Berufungsverfahren überzeu- gend dargelegt, geschweige denn – etwa durch Vorlage erfolgloser Suchbemü- hungen – belegt. Da ihr für den Abschluss der Zusatzausbildung im kaufmänni- schen Bereich nur noch ein letztes Modul fehlt, ist im Übrigen – wie die Vorinstanz zu Recht festhielt (Urk. 19 E. III/4.2.3/d) – auch nicht ausgeschlossen, dass die Gesuchstellerin bereits vor Abschluss der Zusatzausbildung im kaufmännischen Bereich (möglicherweise in der Hotel- oder Gastgewerbebranche) eine administ- rative Anstellung finden kann, welche keine Schichtarbeit erfordert. Auch unter diesem Gesichtspunkt erweist sich die von der Vorinstanz eingeräumte Über- gangsfrist von vier bis fünf Monaten nicht als zu kurz. Im Übrigen ist auch die vor- instanzliche Berechnung des hypothetischen Einkommens der Gesuchstellerin

- 28 - nicht zu beanstanden. So erscheint es aufgrund der beinahe abgeschlossenen Zusatzausbildung im kaufmännischen Bereich durchaus gerechtfertigt, das hypo- thetische Einkommen unter Einbezug der Angaben gemäss Lohnstrukturere- bung und nicht bloss gestützt auf die Lohnhöhe ihrer letzten Anstellung bei der L. _____ AG zu berechnen. Nach dem Gesagten rechtfertigt es sich vorliegend, Amortisationszahlungen von Fr. 417.– pro Monat im erweiterten (familienrechtlichen) Grundbedarf zu be- rücksichtigen. Grundsätzlich wird der Amortisationsbetrag im Bedarf derjenigen Partei an- gerechnet, welche die Liegenschaft bewohnt (vgl. Philipp Maier, Aspekte bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen im Familienrecht, Zur Praxis der erst- und zweitinstanzlichen Gerichte des Kantons Zürich, in: AJP 2007, S. 1223, 1233). Da die Amortisation vorliegend indirekt über das Vorsorgekonto des Gesuchsgegners erfolgt und es bis anhin unbestrittenermassen stets der Gesuchsgegner war, wel- cher die Beiträge leistete, erscheint es aus praktischen Gründen sinnvoll, die Zah- lungen auf Seiten des Gesuchsgegners zu berücksichtigen. Gleichzeitig hat der Gesuchsgegner für die weitere Dauer des Getrenntlebens weiterhin jährlich Fr. 5'000.– indirekt – durch Einzahlung entsprechender Beiträge auf sein zuguns- ten der Hypothekenbank verpfändetes 3a-Vorsorgekonto – zu amortisieren.

E. 4.8

Da die übrigen Bedarfspositionen des Gesuchsgegners im Beru- fungsverfahren von keiner Partei beanstandet werden und sich diese überdies als angemessen erweisen, erübrigen sich weitere Ausführungen dazu. Insgesamt ist damit auf Seiten des Gesuchsgegners von folgendem Bedarf auszugehen:

- 29 - Grundbetrag Fr. 1'200.00 Wohnkosten (inkl. Garage) Fr. 1'565.00 Krankenkasse (KVG) Fr. 241.40 Krankenkasse (VVG) Fr. 45.65 Selbstbehalt/Franchise Fr. 50.00 Kommunikation inkl. Billag Fr. 150.00 Hausrat- und Haftpflichtversicherung Fr. 19.50 Mobilität Fr. 0.00 auswärtige Verpflegung Fr. 105.00 Steuern Fr. 300.00 Amortisation Hypothek Fr. 417.00 Total Fr. 4'093.55

E. 5

Einkommen der Gesuchstellerin Wie bereits ausgeführt (vgl. oben E. III/4.7.3), erweisen sich die von der Gesuchstellerin vorgebrachten Einwände gegen das von der Vorinstanz angenommene hypothetische Nettoeinkommen für ein 50 %-Pensum im Betrag von Fr. 1'900.– pro Monat als unbegründet. Entsprechend ist auf Seiten der Gesuchstellerin bis 31. Dezember 2018 mit keinem Einkommen und ab 1. Januar 2019 mit Fr. 1'900.– netto pro Monat zu rechnen.

E. 6

Bedarf der Gesuchstellerin

E. 6.1

Die Vorinstanz ging auf Seiten der Gesuchstellerin von folgenden Bedarfspositionen aus (Urk. 19 E. III/4.5.1):

- 30 - Grundbetrag Fr. 1'350.00 Wohnkosten (Hypothekarzins, Neben- und Verwaltungskosten, Unterhaltskosten) bis 31. Dezember 2018 Fr. 823.20 ab 1. Januar 2019 (Reduktion Vermietung Parkplatz) Fr. 673.20 Krankenkasse (KVG) Fr. 349.40 Krankenkasse (VVG) Fr. 43.60 Selbstbehalt/Franchise Fr. 49.40 Kommunikation inkl. Billag Fr. 150.00 Hausrat- und Haftpflichtversicherung Fr. 43.90 Mobilität Fr. 185.50 Auswärtige Verpflegung bis 31. Dezember 2018 Fr. 0.00 ab 1. Januar 2019 Fr. 105.00 Steuern Fr. 300.00 Total bis 31. Dezember 2018 Fr. 3'295.– Total ab 1. Januar 2019 Fr. 3'250.–

E. 6.2

Wohnkosten

E. 6.2.1

Die Vorinstanz bezifferte die gesamten Wohnkosten der ehelichen Wohnung und Stockwerkeigentumsliegenschaft an der E._____-Strasse ... in F._____, in welcher die Gesuchstellerin gemeinsam mit den Kindern wohnt, auf Fr. 1'646.35 pro Monat. Dieser Betrag setze sich zusammen aus belegten Hypothekarzinsen von monatlich Fr. 820.75 (mit Verweis auf Urk. 2/9), aus Neben- und Verwaltungskosten von monatlich Fr. 525.60 (mit Verweis auf Urk. 12/5/14 [recte: Urk. 5/12/14] und Urk. 13/1) sowie aus einem Pauschalbetrag von Fr. 300.– pro Monat für die Unterhaltskosten der Liegenschaft. Von den gesamten Wohnkosten wies die Vorinstanz die Hälfte, mithin Fr. 823.20, der Gesuchstellerin und die andere Hälfte den Kindern zu (Urk. 19 E. III/4.5.1/b und E. III/4.5.2/b). Ferner ging die Vorinstanz davon aus, dass die Gesuchstellerin den Parkplatz der ehelichen Wohnung, welcher nunmehr freistehe, per 1. Januar 2019 vermieten könne. Dabei sei der monatliche Mietzins auf Fr. 150.– festzusetzen. Entsprechend seien die Wohnkosten der Gesuchstellerin per 1. Januar 2019 in diesem Umfang zu reduzieren (Urk. 19 E. III/4.5.1/c).

E. 6.2.2

Unbestritten blieb die Berücksichtigung des Hypothekarzinses in der Höhe von Fr. 820.75 pro Monat. Allerdings wehrt sich der Gesuchsgegner mit seiner Berufung gegen den zusätzlich für "Nebenkosten" aufgerechneten Pauschalbetrag von Fr. 300.– pro Monat. So würden für solche Kosten jegliche Bele-

- 31 - ge fehlen. Ausserdem komme für die "Nebenkosten (Heizöl etc.)" die Stockwerkeigentümergeinschaft auf. Die von der Vorinstanz berücksichtigten Nebenkosten

würden sich insgesamt auf Fr. 825.– belaufen, was sogar in sehr guten finanziellen Verhältnissen ein absurd hoher Betrag sei. Der "hypothetische (mithin fiktive) Betrag" von Fr. 300.– für "zusätzliche Unterhaltskosten" sei geradezu willkürlich eingesetzt worden, ohne dass dieser je substantiiert, geschweige denn belegt worden sei. Gekürzt um die unbelegten und inexistenten Fr. 300.– würden sich die Wohnkosten effektiv auf Fr. 1'346.– (Hypothekarzinsen und Zahlungen der Nebenkosten an die Verwaltung) belaufen (Urk. 18 Rz 23). Entsprechend seien im Bedarf der Gesuchstellerin bis 31. Dezember 2018 Wohnkosten von Fr. 673.– pro Monat sowie ab 1. Januar 2019 solche von Fr. 523.– zu berücksichtigen (Urk. 18 Rz 29).

E. 6.2.3

Die Gesuchstellerin hält demgegenüber dafür, dass der von der Vorinstanz berücksichtigte Betrag für die Unterhaltskosten richtig und insbesondere nicht willkürlich veranschlagt worden sei. Beim Stockwerkeigentum werde praxisgemäss mit Nebenkosten von 0.7 % gerechnet. Dies reiche vorliegend offenkundig nicht, wären bei einem mutmasslichen Wert der Liegenschaft von Fr. 900'000.– doch nur gerade die Neben- und Verwaltungskosten der Stockwerkeigentümergeinschaft von monatlich Fr. 525.60 gedeckt. Der Unterhalt der Eigentumswohnung (inklusive Garten mit Sonderrecht) obliege alleine dem Stockwerkeigentümer resp. den Parteien. Belege über tatsächliche Kosten seien im Eheschutzverfahren nicht vorzulegen. Im Übrigen habe die Gesuchstellerin die Unterhaltskosten in der Verhandlung vom 16. Mai 2018 glaubhaft dargelegt. Mangels Vorliegens entsprechender Rechnungen habe sie sich damals nicht ausweisen können. Mittlerweile seien Rechnungen für Unterhaltskosten eingegangen. Namentlich gehe es um Gartenarbeiten für den grossen Umschwung (Wiesensbord), für dessen Pflege die Parteien kraft Sonderrechts zuständig seien. Gemäss Rechnungen der M._____ AG vom 16. und 28. Mai 2018 würden sich die Kosten auf total Fr. 896.20 belaufen (Urk. 27 Rz 23 f. mit Verweis auf Urk. 29/5).

E. 6.2.4

Bei selbstbewohntem Wohneigentum setzen sich die Wohnkosten aus den Hypothekarzinsen (grundsätzlich ohne Amortisation, vgl. hierzu oben

- 32 - E. III/4.7.3) und den Unterhaltskosten, wie sie sonst als Nebenkosten in einem Mietverhältnis geschuldet sind, zusammen. Hilfsweise ist von einem durchschnittlichen Unterhaltsaufwand von 20 % des Eigenmietwertes auszugehen. Praxisgemäss werden die jährlichen Nebenkosten eines Einfamilienhauses mit 1 % und diejenigen von Stockwerkeigentum mit 0.7 % des Werts der Liegenschaft veranschlagt (vgl. Six, Eheschutz, 2. Aufl., Bern 2014, Rz 2.94; Philipp Maier, Die konkrete Berechnung von Unterhaltsansprüchen im Familienrecht, dargestellt anhand der Praxis der Zürcher Gerichte seit Inkraftsetzung der neuen ZPO, in: FamPra.ch 2014, S. 322). Die tatsächlich anfallenden Nebenkosten können auch konkret bestimmt werden. Dies ist jedoch insbesondere in Bezug auf noch nicht absehbare, zukünftig nötig werdende Reparaturen und Unterhaltsarbeiten nicht einfach. Nicht angehen kann jedenfalls, dass zunächst die konkreten Nebenkosten in den Bedarf eingesetzt und hernach noch zusätzlich 1 % oder 0.7 % des Liegenschaftswerts als jährlicher Unterhaltsaufwand berücksichtigt werden (vgl. OG ZH LE150008 vom 26. Oktober 2015, E. III/2.1, S. 9). Zusätzlich zu berücksichtigen sind allerdings die Kosten für Heizenergie (Philipp Maier, a.a.O.). Wie der Gesuchsgegner zu Recht vorbringt, hat die Vorinstanz vorliegend eine unzulässige Mischrechnung

vorgenommen, indem sie neben den in den Neben- und Verwaltungskostenabrechnungen der Stockwerkeigentümergeinschaft ausgewiesenen Akontobeträgen von gesamthaft Fr. 6'307.15 für das Jahr 2018 (entsprechend Fr. 525.60 pro Monat, vgl. Urk. 5/12/14, Urk. 13/1) einen weiteren Pauschalbetrag von Fr. 300.– pro Monat berücksichtigte. Da es sich bei den belegten Kosten lediglich um Akontobeträge handelt und diese im Übrigen den Unterhalt an der zu Sonderrecht ausgeschiedenen Wohnung samt Garten – wie kleinere Reparaturen (Waschmaschine, etc.) und Unterhaltsarbeiten (Gärtner, Sanitär, etc.) – unberücksichtigt lassen, können die gesamten tatsächlich anfallenden Nebenkosten vorliegend nicht konkret bestimmt werden. Daran vermögen auch die im Berufungsverfahren nachgereichten Rechnungen bzw. Zahlungserinnerungen der M.____ AG (Urk. 29/5) nichts zu ändern, zumal diese gemäss Ausführungen der Gesuchstellerin lediglich Gartenarbeiten betreffen und zudem unklar blieb, für welchem Zeitraum diese Kosten anfielen. Entsprechend ist für die gesamten Unterhaltskosten eine Pauschale einzusetzen. Bei der ehelichen Lie-

- 33 - genschaft handelt es sich um eine 4.5-Zimmer-Wohnung, welche sich im Erdgeschoss eines zu Stockwerkeigentum aufgeteilten Mehrfamilienhaus befindet und zu welcher ein Keller und ein Tiefgaragenparkplatz gehören (Urk. 12/7). In der Liegenschaftsbewertung vom 31. August 2015 wird festgehalten, die Wohnung befinde sich in einem sehr guten Zustand und könne als neuwertig bezeichnet werden (Urk. 12/7). Dass in nächster Zeit mit eigentlichen Renovationsarbeiten zu rechnen ist, wurde denn auch von keiner Partei behauptet. Es ist somit von einem eher tiefen Unterhaltsaufwand für die Liegenschaft auszugehen. Der für Stockwerkeigentumsliegenschaften vorgesehene Ansatz von 0.7 % des Verkehrswerts der Liegenschaft erweist sich demnach vorliegend als angemessen. Ausgehend von dem in der Liegenschaftsbewertung aus dem Jahre 2015 festgehaltenen Verkehrswert von Fr. 850'000.– ist damit mit einer Pauschale von jährlich rund Fr. 6'000.– bzw. monatlich rund Fr. 500.– zu rechnen. Zu diesem Betrag hinzuzuschlagen sind alsdann die Kosten für Heizenergie. Diese werden von keiner Partei beziffert. Gemäss der im Recht liegenden Neben- und Verwaltungskostenabrechnungen der Stockwerkeigentümergeinschaft wurden dafür im Jahr 2018 Akontobeträge von insgesamt ca. Fr. 480.– in Rechnung gestellt (Urk. 5/12/14, Urk. 13/1), weshalb es sich rechtfertigt, die Heizenergiekosten mit Fr. 40.– pro Monat zu veranschlagen. Zusammenfassend belaufen sich die Wohnkosten für die eheliche Wohnung auf insgesamt rund Fr. 1'361.– (Fr. 820.75 Hypothekarzins, Fr. 500.– Unterhaltskosten, Fr. 40.– Heizenergiekosten). Entsprechend der vorinstanzlichen Aufteilung zwischen Gesuchstellerin und Kindern sind diese zur Hälfte, mithin im Betrag von Fr. 680.50 im Bedarf der Gesuchstellerin anzurechnen.

E. 6.2.5

Entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin (vgl. Urk. 27 Rz 25) ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Wohnkosten der Gesuchstellerin ab 1. Januar 2019 um Fr. 150.– pro Monat reduzierte. Die Behauptung der Gesuchstellerin, wonach im fraglichen Wohnquartier in F.____ keine Nachfrage nach einem Parkplatz bestehe, ist nicht glaubhaft. Selbst wenn Besucher auf der Strasse gebührenfrei parkieren dürften (vgl. Urk 27 Rz 25), ist glaubhaft, dass jemand aus der Nachbarschaft Interesse an einem (zweiten) Parkplatz in der Tiefgarage an

- 34 - der E.____-Strasse ... in F.____ hat. Mithin ist der Wohnkostenanteil der Gesuchstellerin ab 1. Januar 2019 um Fr. 150.– auf Fr. 530.50 zu reduzieren.

E. 6.3

Krankenkasse

E. 6.3.1

Die Vorinstanz rechnete der Gesuchstellerin monatliche Krankenkassenprämien von Fr. 349.40 für die Grundversicherung (KVG) und von Fr. 43.60 für die Zusatzversicherung (VVG) an. Dabei erwog sie, dass diese Beträge aus- gewiesen seien und die Gesuchstellerin – entgegen der Ansicht des Gesuchs- gegners – glaubhaft dargelegt habe, dass sie persönlich keine Prämienverbilli- gung erhalte (Urk. 19 E. III/4.5.1/e).

E. 6.3.2

Auch im Berufungsverfahren stellt sich der Gesuchsgegner hinsicht- lich der Kosten der Grundversicherung auf den Standpunkt, es sei unzutreffend, dass keine individuelle Prämienverbilligung (IPV) ausbezahlt werde. So sei noto- risch, dass Personen mit einem Jahreseinkommen unter Fr. 49'000.– IPV erhalten würden. Gemäss Website der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich hät- ten insbesondere Alleinerziehende mit einem steuerbaren Gesamteinkommen bis Fr. 37'600.– und einem steuerbaren Gesamtvermögen bis Fr. 300'000.– Anspruch auf IPV. Da die Gesuchstellerin in der ersten Phase bzw. im Jahr 2018 kein Ein- kommen von Fr. 37'700.– erziele, erhalte sie eine Prämienverbilligung. Entspre- chend werde "unpräjudiziell" von leicht gekürzten Krankenkassenkosten von Fr. 300.– ausgegangen (Urk. 18 Rz 24 f.).

E. 6.3.3

Diese Vorbringen des Gesuchsgegners sind unbegründet, zumal der Gesuchsgegner dabei ausser Acht lässt, dass auch Unterhaltsbeiträge zum steu- erbaren Einkommen gehören. Dass die Gesuchstellerin unter Berücksichtigung der zuzusprechenden Unterhaltsbeiträge (vgl. dazu unten E. III/7.6) über ein steuerbares Gesamteinkommen innerhalb der vom Regierungsrat festgelegten Grenzen (vgl. dazu SVA-Merkblatt Individuelle Prämienverbilligung 2018, abrufbar unter <https://www.svazurich.ch/internet/de/home/produkte/praemienverbilligung.html>, zuletzt besucht am 15. Januar 2019) verfügt, ist nicht ersichtlich. Entspre- chend sind die ausgewiesenen Krankenkassenkosten in keiner Phase zu kürzen.

- 35 -

E. 6.4

Mobilität

E. 6.4.1

Hinsichtlich der Mobilitätskosten erachtete es die Vorinstanz als ge- rechtfertigt, der Gesuchstellerin die Kosten eines ZVV-Netzpasses für alle Zonen im Kanton Zürich im Betrag von Fr. 185.50 pro Monat zu berücksichtigen, und zwar unabhängig davon, ob die Gesuchstellerin eine Erwerbstätigkeit ausübe oder nicht. So bringe die Gesuchstellerin zu Recht vor, dass sie grundsätzlich auf die Benutzung der öffentlichen Verkehrsmittel angewiesen sei. Nicht zusätzlich zu berücksichtigen seien demgegenüber die Kosten des Halbtaxabonnements (Urk. 19 E. 4.5.1/j).

E. 6.4.2

Der Gesuchsgegner vertrat bereits vor Vorinstanz die Ansicht, der Gesuchstellerin seien erst ab Aufnahme einer Erwerbstätigkeit Mobilitätskosten anzurechnen. Gelegentliche

Fahrten mit den Kindern oder für Jobinterviews seien aus dem Grundbetrag zu bezahlen (Urk. 3 S. 9; Prot. I S. 30). Im Berufungsverfahren macht er wiederum geltend, angesichts der knappen Verhältnisse sei solange kein Betrag für den Transport zuzugestehen, bis die Gesuchstellerin einer Arbeit nachgehe. Gemäss Kreisschreiben und bundesgerichtlicher Rechtsprechung würden unter "Mobilität" nämlich nur Auslagen im Zusammenhang mit der Arbeitsausübung fallen. Da der Gesuchstellerin erst ab 1. Januar 2019 berufsbedingte Auslagen entstünden, habe sie ihre "ÖV-Kosten" bis 31. Dezember 2018 aus dem Überschuss zu bezahlen (Urk. 18 Rz 26-28).

E. 6.4.3

Die Gesuchstellerin hält dafür, dass auch Personen ohne Erwerbstätigkeit auf eine gewisse Mobilität angewiesen seien, zumal es nicht möglich und zumutbar sei, den Alltag zu Fuss zu bewältigen. Die Gesuchstellerin sei zur Erledigung von Existenzuellem (Einkäufe, Arzttermine insbesondere auch für die Kinder, Stellensuche, Weiterbildung, etc.) auf die öffentlichen Verkehrsmittel angewiesen, weil sie im Gegensatz zum Gesuchsgegner über kein Auto verfüge und der Gesuchsgegner ihre Vespa nicht herausgebe. Kosten für Mobilität, insbesondere solche im Zusammenhang mit der Arbeitssuche, würden zum betriebsrechtlichen Existenzminimum gehören (Urk. 27 Rz 28). Vor Vorinstanz verlangte die Gesuchstellerin die Berücksichtigung von monatlich Fr. 200.90 für Mobilitätskosten, wobei sich dieser Betrag aus den Kosten für ein Jahresabonnement des - 36 - ZVV (F.____/G.____/Zürich) in der Höhe von Fr. 185.50 pro Monat und für das Halbtaxabonnement von Fr. 15.40 pro Monat zusammensetze (Urk. 1 S. 7, Urk. 11 S. 8).

E. 6.4.4

Im Rahmen der Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums werden lediglich unumgängliche Berufsauslagen berücksichtigt, wozu namentlich die effektiven Ausgaben öffentlicher Verkehrsmittel für Fahrten zum Arbeitsplatz gehören (Kreisschreiben Ziff. II/3.4a). Für die Unterhaltsberechnung im Eheschutzverfahren ist das betriebsrechtliche Existenzminimum – sofern ein Überschuss verbleibt – um zusätzliche Auslagen zu einem familienrechtlichen Grundbedarf zu erweitern. Zu denken ist dabei an elementare Bedürfnisse, etwa an die Grundfähigkeiten, sich gesund zu erhalten, sich fortzubewegen und sich informieren zu können. Es können also namentlich neben Kommunikationskosten auch Auslagen für die Benützung eines öffentlichen Verkehrsmittels berücksichtigt werden (FamKomm Scheidung/Vetterli Art. 176 N 35). Da gemäss vorliegender Berechnung in allen Phasen ein Überschuss verbleibt (vgl. dazu unten E. III/7.1), ist im Ergebnis nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz bereits für die Zeit, in welcher der Gesuchstellerin noch kein Erwerbseinkommen angerechnet wurde, Mobilitätskosten berücksichtigte. Allerdings erscheint der Betrag von Fr. 185.50 pro Monat resp. die Berücksichtigung der Kosten eines ZVV-Abonnements für alle Zonen im Kanton Zürich für die Zeit vor dem 1. Januar 2019 vorliegend nicht angemessen. So hat die Gesuchstellerin denn auch vor Vorinstanz weder dargelegt noch belegt, dass sie tatsächlich über ein solches Abonnement verfügt (vgl. Urk. 1 S. 7, Urk. 11 S. 8, Prot. I S. 9). Zur Erledigung alltäglicher Besorgungen ist die Gesuchstellerin jedenfalls nicht zwingend auf öffentliche Verkehrsmittel angewiesen, zumal sich in Gehdistanz zu ihrem Wohnort eine Coop-Filiale befindet (vgl. Routenplaner Google-Maps, abrufbar unter www.google.ch/maps). Auch ist weder glaubhaft noch angebracht, dass die Gesuchstellerin für die Wahrnehmung einzelner Arztbesuche und Bewerbungsgespräche ein

Jahresabonnement für alle ZVV-Zonen löst. Die Kosten eines Einzelbilletts (Hin- und Rückweg mit Halbtax) für die Strecke F.____-G.____ betragen Fr. 6.80, diejenigen für die Strecke F.____-Zürich Fr. 15.– und die Kosten eines Halbtaxabonnements Fr. 15.40 pro Monat. Unter Berücksichtigung dieser Preise rechtfertigt es sich, der Gesuchstel-

- 37 - lerin bis 31. Dezember 2018 Mobilitätskosten von Fr. 100.– pro Monat anzurechnen. Ab dem 1. Januar 2019 sind demgegenüber die vom Gesuchsgegner zugestandenenen Kosten von Fr. 185.50 pro Monat zu berücksichtigen.

E. 6.5

Die übrigen Bedarfspositionen der Gesuchstellerin wurden im Berufungsverfahren von keiner Partei beanstandet und erweisen sich überdies als angemessen. Insgesamt ist damit von folgendem Bedarf der Gesuchstellerin auszugehen: bis 31.12.2018 ab 1.1.2019
Grundbetrag Fr. 1'350.00 Fr. 1350.00 Wohnkosten (Hypothekarzins, Nebenkosten) Fr. 680.50 Fr. 530.50
Krankenkasse (KVG) Fr. 349.40 Fr. 349.40 Krankenkasse (VVG) Fr. 43.60 Fr. 43.60 Selbstbehalt/Franchise Fr. 49.40 Fr. 49.40
Kommunikation inkl. Billag Fr. 150.00 Fr. 150.00 Hausrat- und Haftpflichtversicherung Fr. 43.90 Fr. 43.90
Mobilität Fr. 100.00 Fr. 185.50 auswärtige Verpflegung Fr. 0.00 Fr. 105.00 Steuern Fr. 300.00 Fr. 300.00 Total Fr. 3'066.80 Fr. 3'107.30

E. 7

Barbedarf der Kinder

E. 7.1

Da sich die Wohnkosten für die eheliche Wohnung auf insgesamt rund Fr. 1'361.– belaufen (vgl. oben E. III/6.2.4), sind auch die Wohnkostenanteile der Kinder anzupassen. Praxisgemäss werden bei zwei Kindern in einem Haushalt jedem Kind 1/4 der gesamten Wohnkosten zugewiesen. Entsprechend beträgt der Wohnkostenanteil vorliegend Fr. 340.25 je Kind.

E. 7.2

Hinsichtlich der übrigen Bedarfspositionen der Kinder kann auf die zutreffenden und unbestritten gebliebenen Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 19 E. III/4.5.2). Zusammenfassend ist damit von folgenden Barbedarfen der Kinder auszugehen:

- 38 - Barbedarf C.____: bis 31.12.2018 1.1.2019 - ab 1.8.2019 31.7.2019 Grundbetrag Fr. 400.00 Fr. 400.00 Fr. 600.00 Wohnkostenanteil Fr. 340.25 Fr. 340.25 Fr. 340.25
Krankenkasse Fr. 113.80 Fr. 113.80 Fr. 113.80 (KVG + VVG) Selbstbehalt/Franchise Fr. 5.40 Fr. 5.40 Fr. 5.40 Fremdbetreuungskosten Fr. 0.00 Fr. 134.00 Fr. 134.00 Total Fr. 859.45 Fr. 993.45 Fr. 1'193.45
Barbedarf D.____: bis 31.12.2018 ab 1.1.2019 Grundbetrag Fr. 400.00 Fr. 400.00 Wohnkostenanteil Fr. 340.25 Fr. 340.25 Krankenkasse Fr. 108.80 Fr. 108.80 (KVG + VVG) Selbstbehalt/Franchise Fr. 28.90 Fr. 28.90 Fremdbetreuungskosten Fr. 0.00 Fr. 174.00 Total Fr. 877.95 Fr. 1'051.95

E. 8

Unterhaltsberechnung

E. 8.1

Grundlagen Zusammenfassend ergeben sich folgende, für die Unterhaltsberechnung massgebende Grundlagen: Phase 1 Phase 2 Phase 3 Phase 4 1.9.2017 - 1.4.2018 - 1.1.2019 -

ab 1.8.2019 31.3.2018 31.12.2018 31.7.2019 Einkommen Fr. 0.00 Fr. 0.00 Fr. 1'900.00 Fr. 1'900.00
Gesuchstellerin Einkommen Fr. 8'674.00 Fr. 8'753.00 Fr. 8'753.00 Fr. 8'753.00
Gesuchsgegner Einkommen Fr. 200.00 Fr. 220.00 Fr. 220.00 Fr. 220.00 C. _____
Einkommen Fr. 200.00 Fr. 220.00 Fr. 220.00 Fr. 220.00 D. _____ Total: Fr. 9'074.00 Fr.
9'193.00 Fr. 11'093.00 Fr. 11'093.00

- 39 - Bedarf Fr. 3'066.80 Fr. 3'066.80 Fr. 3'107.30 Fr. 3'107.30 Gesuchstellerin Bedarf Fr.
4'093.55 Fr. 4'093.55 Fr. 4'093.55 Fr. 4'093.55 Gesuchsgegner Bedarf Fr. 859.45 Fr. 859.45
Fr. 993.45 Fr. 1'193.45 C. _____ Bedarf Fr. 877.95 Fr. 877.95 Fr. 1'051.95 Fr. 1'051.95
D. _____ Total: Fr. 8'897.75 Fr. 8'897.75 Fr. 9'246.25 Fr. 9'446.25 Überschuss Fr. 176.25
Fr. 295.25 Fr. 1'846.75 Fr. 1'646.75

E. 8.2

Überschussverteilung Der Überschuss in den einzelnen Phasen ist entsprechend dem von der Vorinstanz angewandten Prinzip "grosse Köpfe - kleine Köpfe" den Parteien zu je einem Drittel und den beiden Töchtern zu je einem Sechstel zuzuteilen. Entsprechend ergibt sich folgendes Bild: Phase 1 (1. September 2017 - 31. März 2018): Überschussanteil Gesuchstellerin / Gesuchsgegner: Fr. 58.75 Überschussanteil je Tochter: Fr. 29.35 Phase 2 (1. April 2018 - 31. Dezember 2018): Überschussanteil Gesuchstellerin / Gesuchsgegner: Fr. 98.40 Überschussanteil je Tochter: Fr. 49.20 Phase 3 (1. Januar 2019 - 31. Juli 2019): Überschussanteil Gesuchstellerin / Gesuchsgegner: Fr. 615.60 Überschussanteil je Tochter: Fr. 307.80 Phase 4 (ab 1. August 2019): Überschussanteil Gesuchstellerin / Gesuchsgegner: Fr. 548.90 Überschussanteil je Tochter: Fr. 274.50

- 40 -

E. 8.3

Barunterhalt Töchter Der Barunterhalt der beiden Töchter ergibt sich aus ihrem Barbedarf inkl. Überschussanteil abzüglich der Familienzulagen. Es ergeben sich somit folgende Barunterhaltsansprüche der beiden Töchter: C. _____ Phase 1 Phase 2 Phase 3 Phase 4
1.9.2017 - 1.4.2018 - 1.1.2019 - ab 1.8.2019 31.3.2018 31.12.2018 31.7.2019 Bedarf Fr.
859.45 Fr. 859.45 Fr. 993.45 Fr. 1'193.45 + Überschussanteil Fr. 29.35 Fr. 49.20 Fr. 307.80
Fr. 274.50 ./ Familienzulagen Fr. 200.- Fr. 220.- Fr. 220.- Fr. 220.- Barunterhalt Fr.
688.80 Fr. 688.65 Fr. 1'081.25 Fr. 1'247.95 D. _____ Phase 1 Phase 2 Phase 3 Phase 4
1.9.2017 - 1.4.2018 - 1.1.2019 - ab 1.8.2019 31.3.2018 31.12.2018 31.7.2019 Bedarf Fr.
877.95 Fr. 877.95 Fr. 1'051.95 Fr. 1'051.95 + Überschussanteil Fr. 29.35 Fr. 49.20 Fr.
307.80 Fr. 274.50 ./ Familienzulagen Fr. 200.- Fr. 220.- Fr. 220.- Fr. 220.- Barunterhalt
Fr. 707.30 Fr. 707.15 Fr. 1'139.75 Fr. 1'106.45

E. 8.4

Betreuungsunterhalt Entsprechend dem Vorgehen der Vorinstanz (vgl. Urk. 19 E. III/4.5.4/d) sind zur Berechnung der für die Festsetzung des Betreuungsunterhalts massgebenden Lebenshaltungskosten der Gesuchstellerin die erweiterten Bedarfspositionen (Zusatzversicherung vollumfänglich, d.h. im Betrag von Fr. 43.60 und Steuern im Umfang von Fr. 200.-) zu reduzieren. Die Gesuchstellerin hat demnach folgende Lebenshaltungskosten:

- 41 - Phase 1 Phase 2 Phase 3 Phase 4 1.9.2017 - 1.4.2018 - 1.1.2019 - ab 1.8.2019
31.3.2018 31.12.2018 31.7.2019 Bedarf Fr. 3'066.80 Fr. 3'066.80 Fr. 3'107.30 Fr. 3'107.30
Gesuchstellerin Abzug Fr. 243.60 Fr. 243.60 Fr. 243.60 Fr. 243.60 (VVG / Steuern)

Lebenshaltungs- Fr. 2'823.20 Fr. 2'823.20 Fr. 2'863.70 Fr. 2'863.70 kosten Den
Lebenshaltungskosten der Gesuchstellerin ist ihr Einkommen gegen- überzustellen und so
den betreuungsbedingten Nachteil zu ermitteln, welcher durch den vom Gesuchsgegner zu
leistenden Betreuungsunterhalt auszugleichen ist, wobei es sich vorliegend rechtfertigt, den
Betreuungsunterhalt gleichmässig auf die beiden Töchter zu verteilen: Phase 1 Phase 2
Phase 3 Phase 4 1.9.2017 - 1.4.2018 - 1.1.2019 - ab 1.8.2019 31.3.2018 31.12.2018
31.7.2019 Lebenshaltungs- Fr. 2'823.20 Fr. 2'823.20 Fr. 2'863.70 Fr. 2'863.70 kosten
Einkommen Fr. 0.– Fr. 0.– Fr. 1'900.– Fr. 1'900.– Betreuungsunterhalt Fr. 2'823.20 Fr.
2'823.20 Fr. 963.70 Fr. 963.70 insgesamt Betreuungsunterhalt Fr. 1'411.60 Fr. 1'411.60 Fr.
481.85 Fr. 481.85 je Tochter

E. 8.5

Persönlicher Unterhalt Gesuchstellerin Zur Errechnung des persönlichen
Unterhaltsanspruchs der Gesuchstellerin sind vom Einkommen des Gesuchsgegners sein
eigener Bedarf unter Hinzuzäh- lung seines Überschussanteils sowie die an die Kinder zu
leistenden Unterhalts- beiträge abzuziehen. Was verbleibt, ist der Gesuchstellerin als
persönlicher Un- terhalt zuzusprechen:

- 42 - Phase 1 Phase 2 Phase 3 Phase 4 1.9.2017 - 1.4.2018 - 1.1.2019 - ab 1.8.2019
31.3.2018 31.12.2018 31.7.2019 Einkommen Fr. 8'674.– Fr. 8'753.– Fr. 8'753.– Fr. 8'753.–
Gesuchsgegner ./ Bedarf Fr. 4'093.55 Fr. 4'093.55 Fr. 4'093.55 Fr. 4'093.55 Gesuchsgegner
./ Überschussanteil Ge- Fr. 58.75 Fr. 98.40 Fr. 615.60 Fr. 548.90 suchsgegner ./
Kinderunterhalts- Fr. 4'219.30 Fr. 4'219.00 Fr. 3'184.65 Fr. 3'318.10 beiträge Unterhalt Fr.
302.40 Fr. 342.05 Fr. 859.20 Fr. 792.45 Gesuchstellerin

E. 8.6

Insgesamt sind damit folgende monatliche Unterhaltsbeiträge zuzüg- lich Familienzulagen
geschuldet (sämtliche Beträge gerundet): Phase 1 (1. September 2017 bis 31. März 2018):
C. ____: Barunterhalt: Fr. 689.– Betreuungsunterhalt: Fr. 1'412.– D. ____ Barunterhalt:
Fr. 707.– Betreuungsunterhalt: Fr. 1'412.– Persönlicher Unterhalt Gesuchstellerin: Fr. 302.–
Total: Fr. 4'522.– Phase 2 (1. April 2018 bis 31. Dezember 2018): C. ____: Barunterhalt:
Fr. 689.– Betreuungsunterhalt: Fr. 1'412.– D. ____ Barunterhalt: Fr. 707.–
Betreuungsunterhalt: Fr. 1'412.– Persönlicher Unterhalt Gesuchstellerin: Fr. 342.– Total: Fr.
4'562.–

- 43 - Phase 3 (1. Januar 2019 bis 31. Juli 2019): C. ____: Barunterhalt: Fr. 1'081.–
Betreuungsunterhalt: Fr. 482.– D. ____ Barunterhalt: Fr. 1'140.– Betreuungsunterhalt: Fr.
482.– Persönlicher Unterhalt Gesuchstellerin: Fr. 859.– Total: Fr. 4'044.– Phase 4 (ab 1.
August 2019 für die weitere Dauer des Getrenntlebens): C. ____: Barunterhalt: Fr. 1'248.–
Betreuungsunterhalt: Fr. 482.– D. ____ Barunterhalt: Fr. 1'106.– Betreuungsunterhalt: Fr.
482.– Persönlicher Unterhalt Gesuchstellerin: Fr. 792.– Total: Fr. 4'110.–

E. 9

Rückwirkender Unterhalt / Anrechnung geleisteter Zahlungen

E. 9.1

Die Vorinstanz verpflichtete den Gesuchsgegner – entsprechend dem Antrag der
Gesuchstellerin (vgl. Urk. 1 S. 1, Urk. 11 S. 1) – zur Leistung von rückwirkenden
Unterhaltsbeiträgen ab 1. September 2017 und hielt im Urteilsdis- positiv fest, dass der
Gesuchsgegner für die Zeit vom 1. September 2017 bis 28. Februar 2018 bereits

Unterhaltsbeiträge von insgesamt Fr. 10'300.– bezahlt habe (Urk. 19 Dispositiv-Ziffern 6-8). Sie erwog dabei im Wesentlichen, dass eine rückwirkende Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen nur dann ausgeschlossen sei, wenn sich die Ehegatten nach Aufhebung des gemeinsamen Haushalts mündlich oder schriftlich über die während des Getrenntlebens zu leistenden Unterhaltsbeiträge geeinigt hätten. Vorliegend habe der Gesuchsgegner das Zustandekommen einer solchen mündlichen Vereinbarung der Parteien mit dem von ihm verfassten E-Mail vom 17. Juli 2017 nicht nachgewiesen. Dass sich die Gesuchstellerin nicht ausdrücklich gegen die Höhe der vom Gesuchsgegner nachweislich überwiesenen Geldbeträge ausgesprochen habe, reiche zudem auch nicht aus, um eine konkludente Vereinbarung anzunehmen. Entsprechend seien die Unterhaltsbei-

- 44 - träge rückwirkend per 1. September 2017 festzusetzen und die bereits erbrachten Unterhaltsleistungen entsprechend anzurechnen. Durch den von der Gesuchstellerin eingereichten Kontoauszug ihres Privatkontos bei der Postfinance für die Zeit vom 1. September 2017 bis zum 15. März 2018 seien Zahlungen im Umfang von Fr. 8'950.– nachgewiesen. Weitere Zahlungsbelege habe der Gesuchsgegner nicht eingereicht. Da die Gesuchstellerin allerdings anerkenne, dass der Gesuchsgegner im Zeitraum 27. Oktober 2017 bis 27. Februar 2018 Unterhaltszahlungen von insgesamt Fr. 10'300.– geleistet habe, sei dieser Betrag vorzumerken (Urk. 19 E. 4.6).

E. 9.2

Der Gesuchsgegner hält auch im Berufungsverfahren dafür, dass er mit der Gesuchstellerin eine mündliche Vereinbarung über die zu leistenden Unterhaltsbeiträge getroffen habe. Die Gesuchstellerin habe die Beträge "anstandslos" entgegengenommen. Sie mache nicht einmal geltend, dass sie vor Dezember 2017 überhaupt dagegen opponiert habe. Die mündliche Vereinbarung sei durch das Verhalten der Parteien bestätigt. Unter diesen Umständen liege zumindest ein konkludenter Vertrag vor. Eine "über längere Zeit etablierte Praxis von Unterhaltsüberweisungen" werde gemäss obergerichtlicher Rechtsprechung als konkludente Unterhaltsvereinbarung qualifiziert. Entsprechend sei die Vorinstanz zu Unrecht davon ausgegangen, dass das vorbehaltlose Entgegennehmen von Zahlungen für eine konkludente Vereinbarung nicht ausreiche. Der Unterhaltsbeginn sei somit auf 17. Januar 2018 festzusetzen. Selbst wenn als Unterhaltsbeginn der 1. September 2017 festzulegen wäre, hätte die Vorinstanz im Dispositiv nicht feststellen dürfen, wie viel Unterhalt bezahlt worden sei. So habe vorliegend keine Partei den Antrag gestellt, dass Zahlungen des Gesuchsgegners seit der Trennung am 1. September 2018 (recte: 2017) betragsmässig festzustellen seien. Indem die Vorinstanz den gesamthaften Unterhalt (Kindes- und Ehegattenunterhalt) im Dispositiv aufgeführt habe, habe sie die Dispositionsmaxime nach Art. 58 Abs. 1 ZPO verletzt. Namentlich die Zahlung des persönlichen Unterhalts seit 1. September 2017 habe nicht "ungefragt festgestellt werden" können. Mangels eines Antrages und angesichts von Art. 58 ZPO habe der Gesuchsgegner auch nicht damit rechnen müssen, dass seine effektiven Zahlungen substantiiert aufge-

- 45 - führt und belegt sein müssten. Die Feststellung, dass bloss Fr. 10'300.– bezahlt worden seien, sei "grundlos" erfolgt (Urk. 18 Rz 36-41).

E. 9.3

Haben sich die Parteien während des Getrenntlebens bereits auf Unterhaltszahlungen geeinigt, kann betreffend den Zeitraum, für welchen ein vertraglicher Unterhaltsanspruch besteht, grundsätzlich eine rückwirkende richterliche Festsetzung von Unterhaltszahlungen

nicht verlangt werden (ZR 104 Nr. 58, E. 4). Beweispflichtig für das Vorliegen einer aussergerichtlichen Vereinbarung ist derjenige Ehegatte, der sich darauf beruft, um eine Rückwirkung der Unterhaltsbeiträge zu verhindern (Art. 8 ZGB). Haben sich die Ehegatten für die Zeit des Getrenntlebens (noch) nicht auf Unterhaltszahlungen geeinigt, muss sich der mutmassliche Unterhaltsschuldner der möglicherweise rückwirkenden richterlichen Festsetzung von Beiträgen bewusst sein. Er hat diesen Umstand dementsprechend bei seinen finanziellen Dispositionen miteinzubeziehen. Haben sich die Parteien hingegen im Rahmen der Privatautonomie aussergerichtlich auf eine Zahlungsverpflichtung geeinigt, muss sich sowohl der verpflichtete als auch der berechtigte Ehegatte in guten Treuen auf deren Bestand verlassen können, sofern sich die Höhe der Zahlung nicht offensichtlich als rechtsmissbräuchlich erweist und solange die Parteien keine anderslautende Regelung treffen oder ein Ehegatte den Eheschutz- oder Scheidungsrichter anruft (ZR 104 Nr. 58, E. 4).

E. 9.4

Vorliegend bestritt die Gesuchstellerin bereits vor Vorinstanz den Bestand einer aussergerichtlichen Vereinbarung; die Parteien hätten sich nie über die Höhe der Unterhaltsbeiträge geeinigt (Urk. 11 S. 4). Angesprochen auf die vom Gesuchsgegner behauptete Vereinbarung gab die Gesuchstellerin im Rahmen der persönlichen Befragung an, der Gesuchsgegner sei einmal mit einem Brief zu ihr gekommen und habe "alles" aufgelistet. Sie habe "es" aber nicht unterschrieben, weil sie damals noch Geld vom RAV bekommen und der Gesuchsgegner die Gelder vom RAV in die Zahlungen einberechnet habe. Da sie gewusst habe, dass sie ausgesteuert werde, habe sie diese Vereinbarung nicht unterschrieben (Prot. I S. 10). Ferner machte die Gesuchstellerin vor Vorinstanz geltend, die Behauptung, wonach sie sich nie über die Höhe der geleisteten Unterhaltsbeiträge beklagt habe, erscheine geradezu zynisch, zumal der Unterhaltsbei-

- 46 - trag von insgesamt Fr. 2'000.– pro Monat nicht einmal die Grundbeträge der Gesuchstellerin und der Kinder decke und sie damit nicht einmal die Krankenkassenprämien der Kinder habe bezahlen können (Urk. 11 S. 4). Im Rahmen ihrer Berufungsantwort hält die Gesuchstellerin schliesslich fest, dass sie die Zahlungen des Gesuchsgegners nicht vorbehaltlos entgegengenommen habe. Vielmehr habe sie dem Gesuchsgegner wiederholt mitgeteilt, dass seine Zahlungen nicht reichen und dass sie beispielsweise die Krankenkassenprämien für sich und die Kinder nicht bezahlen könne (Urk. 27 Rz 32).

E. 9.5

Da der Bestand einer mündlichen oder stillschweigenden Vereinbarung damit bestritten ist, hat der Gesuchsgegner die Parteivereinbarung bzw. den konkludenten Verzicht der Gesuchstellerin auf einen Teilbetrag ihres Unterhaltsanspruchs glaubhaft zu machen. Dies gelingt ihm nicht, zumal regelmässige und über längere Zeit unwidersprochen entgegengenommene Zahlungen im behaupteten Umfang von Fr. 3'900.– pro Monat (vgl. Urk. 3 S. 3) nicht belegt wurden. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die von der Gesuchstellerin anerkannten Zahlungen objektiv auch als Akonto-Zahlungen an den im Grundsatz unbestrittenen Unterhaltsanspruch verstanden werden können. Insgesamt hat die Vorinstanz zu Recht keine verbindliche Vereinbarung der Parteien über die Höhe des Unterhaltes angenommen, die einer rückwirkenden Neufestsetzung der Unterhaltsbeiträge durch das Gericht entgegenstehen würde.

E. 9.6

Auch soweit der Gesuchsgegner vorbringt, es wäre der Vorinstanz unter Geltung der Dispositionsmaxime verwehrt gewesen, im Dispositiv festzuhalten, wie viel Unterhalt bereits geleistet wurde, kann ihm nicht gefolgt werden. Wie die Vorinstanz zu Recht festhielt, sind bei einer rückwirkenden Verpflichtung zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen die tatsächlich bereits erbrachten Unterhaltsleistungen zu berücksichtigen bzw. anzurechnen (ZK-Bräm, Art. 163 ZGB N 150; BK- Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 173 ZGB N 23; ZR 107 Nr. 60). Das Eheschutzgericht darf den Unterhaltsschuldner nicht zur Zahlung einer zur Zeit der Festsetzung der Unterhaltsbeiträge bereits erfüllten Schuld verpflichten, da ein allfälliger Anspruch des Unterhaltsgläubigers im Umfang der bereits erfolgten Leistung untergegangen ist. Wird der Unterhaltsschuldner unter Vorbehalt von bereits begli-

- 47 - chenen Unterhaltsleistungen zu rückwirkenden Unterhaltszahlungen verpflichtet, ohne dass aus dem Eheschutzurteil hervorgeht, welche Unterhaltszahlungen bereits geleistet wurden, kann mangels einer klaren Zahlungsverpflichtung gestützt auf dieses Urteil in einem allfälligen Vollstreckungsverfahren keine definitive Rechtsöffnung erteilt werden. So hat der Vollstreckungsrichter davon auszugehen, dass die gerichtlich bezifferte Verpflichtung zur Zeit ihrer Festsetzung bestanden hat und dass dabei sämtliche Einwendungen gegen diese Verpflichtung berücksichtigt und bereinigt worden sind. Somit hat er Behauptungen betreffend die Tilgung einer auf einem vollstreckbaren gerichtlichen Urteil beruhenden Forderung nur soweit zu beachten, als die Schuld seit Erlass des Urteils getilgt worden ist (Art. 81 Abs. 1 SchKG). Sämtliche vor Erlass des Eheschutzurteils behaupteten Tilgungen sind demgegenüber vom Eheschutzrichter zu berücksichtigen. Wenn somit ein Unterhaltsschuldner behauptet, der Unterhaltsgläubigerin seit der Trennung der Ehegatten bereits Unterhaltsleistungen bezahlt zu haben, dann ist es notwendig, dass der Eheschutzrichter über die Beträge entscheidet, die an die ausstehende Schuld angerechnet werden können, und zwar gestützt auf die Behauptungen und die im Verfahren offerierten Beweise (ZR 107 Nr. 60, E. II.2.4; BGE 135 III 315 E. 2.5; BGE 138 III 583 E. 6.1.1). Demgemäss musste der Gesuchsgegner vorliegend aufgrund des gesuchstellerischen Antrages auf Leistung rückwirkender Unterhaltsbeiträge und der von ihm behaupteten Unterhaltszahlungen damit rechnen, dass er Letztere substantiiert zu behaupten und zu belegen hat. 9.7.1 Hinsichtlich des Umfangs der vorinstanzlich angerechneten Zahlungen macht der Gesuchsgegner schliesslich geltend, die Vorinstanz habe sich diesbezüglich einzig auf die eingereichten Bankkontobelege der Gesuchstellerin gestützt. Sie habe damit seine Vorbringen übersehen, wonach er nebst den "Bankkontoüberweisungen" auch die gesamten Wohnkosten (d.h. monatlich Fr. 1'346.– mit den Nebenkosten) bezahlt habe. Dies sei insofern glaubhaft, weil er es auch in seiner Parteiaussage unter Wahrheitspflicht ausgesagt habe und weil es der Lebenswirklichkeit entspreche. Als Miteigentümer habe er denn auch ein Interesse daran, dass die Wohnkosten bezahlt würden, ansonsten die Pfändung oder zumindest die Betreuung gegen ihn persönlich drohe. Vorliegend habe

- 48 - die Bank oder die Verwaltung aber weder Mahnungen geschickt noch Betreibungen initiiert, geschweige denn den Hypothekarkredit gekündigt. Aus dem im Berufungsverfahren eingereichten Bankkontoauszug sei im Übrigen ersichtlich, dass er mit seinen Überweisungen vom 29. September 2017 und vom 3. Januar 2018 im Gesamtbetrag von Fr. 4'566.– sämtliche Hypothekarzinsen im Zeitraum vom 1. September 2017 bis 28. Februar 2018 bezahlt habe. Zudem seien weitere "einzelne Überweisungen" zu berücksichtigen. Diese seien durch die Bankkontobelege bzw. den "online-Excel-Auszug"

des Gesuchsgegners belegt und würden insgesamt (inklusive Hypothekarzinsen, aber ohne Zahlungen an die Steuern) Fr. 23'712.– betragen, nämlich je Fr. 3'900.– in den Monaten September, Oktober und Dezember 2017, Fr. 4'200.– im November 2017, Fr. 4'016.– im Januar 2018 und Fr. 3'796.– im Februar 2018. Schliesslich seien die Geldbeträge hinzuzurechnen, welche der Gesuchsgegner der Gesuchstellerin in der fraglichen Periode in bar übergeben haben, nämlich Fr. 1'000.– am 23. Dezember 2017 und "erneut Fr. 1'000.–". Somit habe der Gesuchsgegner insgesamt deutlich mehr bezahlt (Fr. 23'712.– plus Fr. 2'000.– in bar, entsprechend Fr. 25'712.–), als vorinstanzlich angenommen (Urk. 18 Rz 42-48). 9.7.2 Im vorinstanzlichen Verfahren behauptete der Gesuchsgegner, er habe Zahlungen von Fr. 3'900.– pro Monat geleistet (vgl. Urk. 3 S. 3). In diesem Zusammenhang verwies er auf sein E-Mail vom 17. Juli 2017, in welchem er festhielt, der Gesuchstellerin und den Kindern monatlich Fr. 3'900.– zu bezahlen, nämlich monatlich Fr. 1'000.– durch Übernahme der Hypothekarzinsen, monatlich Fr. 500.– durch Bezahlung der Amortisation, monatlich Fr. 400.– durch Übernahme der Verwaltungs- und Nebenkosten und monatlich Fr. 2'000.– durch Überweisung an die Gesuchstellerin (vgl. Urk. 4/1). Zudem reichte der Gesuchsgegner vor Vorinstanz eine selbst erstellte Tabelle ins Recht, in welcher Zahlungen von monatlich Fr. 3'900.– in den Monaten September, Oktober und Dezember 2017 und von Fr. 4'200.– im November 2017 aufgeführt sind (Urk. 4/2). Im Rahmen der persönlichen Befragung gab er an, er habe seit April 2017 jeweils Fr. 3'900.– bezahlt (Prot. I S. 18).

- 49 - 9.7.3 Die Gesuchstellerin machte vor Vorinstanz geltend, die Unterhaltszahlungen des Gesuchsgegners seien dem Auszug aus ihrem Konto bei der Postfinance zu entnehmen (mit Verweis auf Urk. 2/7). Vereinzelt habe der Gesuchsgegner auch Barzahlungen geleistet. Anerkannt würden die Unterhaltszahlungen des Gesuchsgegners von Fr. 2'000.– am 27. Oktober 2017, von Fr. 2'000.– am 29. November 2017, von Fr. 300.– am 11. Dezember 2017, die Barzahlungen von jeweils Fr. 1'000.– am 22. Dezember 2017 und am 29. Dezember 2017 sowie die Überweisungen von je Fr. 2'000.– am 30. Januar 2018 und am 27. Februar 2018 (Urk. 1 S. 11). Die in den Listen des Gesuchsgegners aufgeführten Zahlungen bestritt die Gesuchstellerin (Prot. I S. 22). Angesprochen auf die behaupteten Zahlungen von monatlich Fr. 3'900.– gab sie in der persönlichen Befragung vom

E. 11

April 2018 an, sie wisse nicht, was der Gesuchsgegner bezahle. Sie wisse, dass er ihr zwischen Fr. 1'900.– und Fr. 2'000.– gebe. Auf die Frage, ob er auch die Hypothek bezahle, antwortete die Gesuchstellerin, dass er ihr nie aufgelistet habe, was er bezahle (Prot. I S. 10). 9.7.4 Durch den von der Gesuchstellerin eingereichten Kontoauszug ihres Privatkontos bei der Postfinance sind für die Zeit vom 1. September 2017 bis zum

E. 11.1

Trifft die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO).

E. 11.2

Die Vorinstanz setzte die Gerichtsgebühr unangefochten auf Fr. 2'500.– und die Parteientschädigung unangefochten auf Fr. 3'500.– fest. Hinsichtlich der Verteilung der Prozesskosten erwog sie, dass der Gesuchsgegner in Bezug auf die Unterhaltsfrage zu rund 80 % unterliege. Hinsichtlich der übrigen Belange sei demgegenüber von einem hälftigen Obsiegen beider Parteien auszugehen. Insgesamt rechtfertige es sich somit, die

Gerichtskosten zu 3/5 dem Gesuchsgegner und zu 2/5 der Gesuchstellerin aufzuerlegen und den Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin eine auf 1/5 reduzierte Parteientschädigung von Fr. 753.90 (inkl. 7.7. % MwSt.) zu bezahlen (Urk. 19 E. III/7).

E. 11.3

Der Gesuchsgegner ist der Ansicht, dass sich bei Gutheissung seiner Berufungsanträge eine hälftige Kostenverteilung rechtfertigt (Urk. 1 Rz 49).

E. 11.4

In Bezug auf den Unterhaltsstreit ist zu berücksichtigen, dass die Gesuchstellerin im vorinstanzlichen Verfahren Unterhaltsbeiträge von gesamthaft Fr. 175'104.– verlangte und der Gesuchsgegner solche von insgesamt Fr. 85'145.– anerkannte (vgl. Urk. 1 S. 11; Urk. 3. S. 1; Urk. 19 E. II/7.1.3). Zugesprochen werden der Gesuchstellerin gesamthaft rund Fr. 154'500.– ([Fr. 4'522.– x 7 Monate] + [Fr. 4'562.– x 9 Monate] + [Fr. 4'044.– x 7 Monate] + [Fr. 4'110.– x 13 Monate]; vgl. oben E. III/8.6). Demgemäss unterliegt der Gesuchsgegner in der Unterhaltsfrage – wie bereits die Vorinstanz annahm – zu rund 80 %. Hinsichtlich der nicht vermögensrechtlichen Kinderbelange rechtfertigt sich demgegenüber unabhängig vom Verfahrensausgang eine hälftige Kostenaufgabe (Art. 107 Abs. 1

- 53 - lit. c ZPO; ZR 84 Nr. 41). Insgesamt ist die vorinstanzliche Kostenverteilung im Verhältnis 3/5 (Gesuchsgegner) zu 2/5 (Gesuchstellerin) sowie die Zusprechung einer auf 1/5 reduzierten Parteientschädigung zu Gunsten der Gesuchstellerin damit zu bestätigen.
IV. 1. Entscheidgebühren und Parteientschädigung

E. 15

März 2018 Zahlungen des Gesuchsgegners im Umfang von Fr. 8'950.– nachgewiesen (Urk. 2/7). Diese Zahlungen wurden von der Gesuchstellerin im Umfang von Fr. 8'300.– anerkannt (vgl. Urk. 1 S. 11). Einzig die Überweisung vom 9. Oktober 2017 im Betrag von Fr. 650.– wird von der Gesuchstellerin nicht anerkannt. Da diese mit dem Kontoauszug jedoch belegt ist (Urk. 2/7 S. 4), gilt es auch den Betrag von Fr. 650.– anzurechnen. Zu berücksichtigen sind ferner die von der Gesuchstellerin anerkannten Barzahlungen von insgesamt Fr. 2'000.–, welche bereits vorinstanzlich angerechnet wurden (vgl. Urk. 1 S. 11, Urk. 19 E. III/4.6.4 und E. III/4.6.6). Angesichts der vorstehend zitierten Angaben der Gesuchstellerin anlässlich der Verhandlung vom 11. April 2018 ist sodann glaubhaft, dass der Gesuchsgegner der Gesuchstellerin auch für März und April 2018 jeweils Fr. 2'000.– pro Monat bezahlte, womit weitere Fr. 4'000.– anzurechnen sind. Die vom Gesuchsgegner behauptete Tilgung durch Bezahlung der Hypothekenzinsen, Neben-/Verwaltungskosten und Amortisation für die eheliche Wohnung

- 50 - blieb im vorinstanzlichen Verfahren unbelegt, zumal die vom Gesuchsgegner eingereichte Tabelle eine reine Parteibehauptung darstellt, welche von der Gesuchstellerin bestritten wurde. Im Berufungsverfahren legt der Gesuchsgegner in diesem Zusammenhang einen Auszug aus seinem Konto bei der acrevis Bank AG und einen Ausdruck aus seinem Postfinance-Konto ins Recht (Urk. 21/4, Urk. 21/6). Entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin (vgl. Urk. 27 Rz 34) sind diese Belege im Berufungsverfahren zu berücksichtigen, da es vorliegend mitunter um die Tilgung von Kinderunterhaltsbeiträgen geht und Noven im Geltungsreich der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime nach Art. 296 Abs. 1 ZPO unbeschränkt zulässig sind. Aus dem Kontoauszug der acrevis Bank AG ist ersichtlich, dass der Gesuchsgegner in den Monaten

September 2017 bis Juli 2018 Zahlungen von gesamthaft Fr. 9'104.– an die K._____ AG – d.h. an die Hypothekbank der Parteien (vgl. Urk. 12/3) – leistete (Urk. 21/4). Des Weiteren sind durch den Ausdruck des Postfinance-Kontos Zahlungen für Neben- und Verwaltungskosten an die Stockwerkeigentümergeinschaft E._____-Strasse ... im Gesamtbetrag von Fr. 3'446.60 belegt (Urk. 21/6; Zahlungen vom 27. Oktober 2017, vom 29. November 2017 und vom 27. Dezember 2017). Da die Hypothekzinsen sowie Verwaltungs- und Nebenkosten der ehelichen Liegenschaft im Bedarf der Gesuchstellerin und der Kinder angerechnet werden (vgl. oben E. III/6.2 und E. III/7.1), sind diese – soweit sie vom Gesuchsgegner nachweislich übernommen wurden – als erbrachte Unterhaltsleistungen zu berücksichtigen. Anzurechnen sind damit Fr. 9'104.– für die geleisteten Hypothekzinsen und Fr. 3'446.60 für die geleisteten Neben- und Verwaltungskosten. Unberücksichtigt zu bleiben haben demgegenüber die geltend gemachten Zahlungen für die Amortisation der ehelichen Liegenschaft, zumal diese Position im Bedarf des Gesuchsgegners berücksichtigt wird und entsprechend auch zusätzlich zu den zu leistenden Unterhaltsbeiträgen von ihm zu bezahlen sind (vgl. oben E. III/4.7.3). Weitere Zahlungen wurden vom Gesuchsgegner weder substantiiert behauptet noch belegt. Nach dem Gesagten sind damit insgesamt Fr. 27'500.60 als tatsächlich erbrachte Unterhaltsleistungen anzurechnen.

- 51 - 10. Zusammenfassung 10.1 Wie die vorstehenden Erwägungen zeigen, sind im Zeitraum 1. September 2017 bis 31. Dezember 2018 (Phase 1 und Phase 2) gesamthaft Unterhaltsbeiträge von Fr. 72'712.– ([Fr. 4'522.– x 7 Monate] + [Fr. 4'562.– x 9 Monate]) und Familienzulagen von insgesamt Fr. 6'760.– ([Fr. 400.– x 7 Monate] + [Fr. 440.– x 9 Monate]), mithin ein Gesamtbetrag von Fr. 79'472.– geschuldet. Hiervon abzuziehen sind die bereits geleisteten Unterhaltsbeiträge von Fr. 27'500.60. Entsprechend ist der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin für den Zeitraum 1. September 2017 bis 31. Dezember 2018 rückwirkende Kinder- und Ehegattenunterhaltsbeiträge sowie Familienzulagen von insgesamt Fr. 51'971.40 zu bezahlen. 10.2 Des Weiteren ist der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin monatlich im Voraus zahlbare Unterhaltsbeiträge zuzüglich Familienzulagen wie folgt zu bezahlen: ab 1. Januar 2019 bis 31. Juli 2019 (Phase 3): C._____: Barunterhalt: Fr. 1'081.– Betreuungsunterhalt: Fr. 482.– D._____ Barunterhalt: Fr. 1'140.– Betreuungsunterhalt: Fr. 482.– Persönlicher Unterhalt Gesuchstellerin: Fr. 859.– Total: Fr. 4'044.– ab 1. August 2019 für die weitere Dauer des Getrenntlebens (Phase 4): C._____: Barunterhalt: Fr. 1'248.– Betreuungsunterhalt: Fr. 482.– D._____ Barunterhalt: Fr. 1'106.– Betreuungsunterhalt: Fr. 482.– Persönlicher Unterhalt Gesuchstellerin: Fr. 792.– Total: Fr. 4'110.–

- 52 - 10.3 Zudem ist der Gesuchsgegner zu verpflichten, sich bei der Gesuchstellerin jährlich bis spätestens am 30. Juni unaufgefordert über die von seiner Arbeitgeberin im vorangehenden Jahr ausbezahlte Gewinnbeteiligung auszuweisen und ihr gleichzeitig insgesamt 1/3 davon (Anteile der Kinder) zu überweisen. 11. Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens

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