

ZH_OBERGERICHT LE190009 vom 31. Mai 2019

ZH Obergericht, 2019-05-31, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE190009

FR: ZH_OBERGERICHT LE190009 du 31 mai 2019

IT: ZH_OBERGERICHT LE190009 del 31 maggio 2019

Erwägungen

E. 1

Die Parteien sind seit dem tt. Dezember 1999 miteinander verheiratet. Aus der Ehe sind die beiden Söhne C._____, geboren am tt.mm.2004, und D._____, geboren am tt.mm.2007, hervorgegangen. Mit Eingabe vom 29. Februar 2016 er- suchte die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (fortan Gesuchstellerin) bei der Vorinstanz um Regelung des Getrenntlebens (Urk. 1). Nach Durchführung des Hauptverfahrens erliess die Vorinstanz am 5. Februar 2019 das eingangs wieder- gegebene Urteil (Urk. 98).

- 7 -

E. 2

Hiergegen erhob die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 18. Februar 2019 (Urk. 97) innert Frist Berufung, wobei sie oben angeführte Anträge stellte. Mit Ver- fügung vom 5. März 2019 wurde dem Gesuchsgegner und Berufungsbeklagten (fortan Gesuchsgegner) Frist zur Erstattung der Berufungsantwort und Stellung- nahme zum Antrag um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages angesetzt (Urk. 102). Diese ging unter dem Datum vom 25. März 2019 innert Frist ein (Urk. 103) und wurde der Gegenseite zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 103 S. 1; Urk. 106). Die Parteien reichten im Rahmen des freiwilligen Replikrechts weitere Eingaben ein (Urk. 107; Urk. 110), welche der Gegenseite jeweils zur Kenntnis gebracht wurde (Urk. 109; Urk. 111/1-2). Mit Verfügung vom 15. Mai 2019 wurde die Prozessbeiständin zur freigestellten Stellungnahme eingeladen (Urk. 113). Sie liess sich innert Frist nicht vernehmen.

E. 2.1

Die Vorinstanz hat im Bedarf der Gesuchstellerin einen Grundbetrag von Fr. 1'200.– und in demjenigen des Gesuchsgegners einen solchen von Fr. 1'350.– berücksichtigt (Urk. 98 S. 16). Darüber hinaus hat sie dem Bedarf der Gesuchstel- lerin 30% der Grundbeträge der Kinder hinzugerechnet (Urk. 98 S. 25 f.). Zur Be- gründung führt sie an, gestützt auf die Rechtsbegehren der Parteien sei von ei- nem Betreuungsumfang der Gesuchstellerin zwischen 30-45% auszugehen. Wei- ter sei glaubhaft, dass der Gesuchsgegner mehrheitlich für Ausgaben der Grund- beträge der Kinder aufkomme. Aus diesem Grund wurden der Gesuchstellerin der Grundbetrag für eine alleinlebende Person zugesprochen und 30% der Kinder- grundbeträge angerechnet, während im Bedarf des Gesuchsgegners der Grund- betrag für einen alleinerziehenden Schuldner ohne Haushaltsgemeinschaft mit erwachsenen Personen berücksichtigt und 70% der Kindergrundbeträge ange- rechnet wurden (Urk. 98 S. 25 f.).

- 10 -

E. 2.2

Die Gesuchstellerin verlangt im Berufungsverfahren, in ihrem Bedarf seien ebenfalls der erhöhte Grundbetrag von Fr. 1'350.– sowie 50% der Kindergrundbeträge zu berücksichtigen. Sie macht zusammengefasst geltend, sie habe vor Vorinstanz glaubhaft dargelegt, dass sie die Kinder in der Vergangenheit zu etwa 65% betreut habe. Dies sei vom Gesuchsgegner nicht substantiiert bestritten worden. Aus welchen Rechtsbegehren die Vorinstanz auf ein tieferes Betreuungspensum der Gesuchstellerin schliesse, erhelle nicht. Die Rechtsbegehren betreffend Obhut und Betreuung seien ohnehin zukunftsgerichtet und würden nichts über das Betreuungspensum in der Vergangenheit aussagen. Eine hälftige Aufteilung der Kindergrundbeträge sei unerlässlich, da auch während ihrer Betreuungszeit nicht unerhebliche Kinderkosten anfielen. Sie kaufe z.B. den grössten Teil der Alltagskleider für die Kinder (Urk. 97 S. 4 ff. und S. 15 f.).

E. 2.3

Der Gesuchsgegner macht zusammengefasst geltend, die Kinder würden zur Hauptsache bei ihm wohnen, weshalb ihm zu Recht der Grundbetrag für eine alleinerziehende Person zugesprochen worden sei. Die Gesuchstellerin sei demgegenüber nicht die Hauptbetreuungsperson, weshalb der von der Vorinstanz veranschlagte Grundbetrag von Fr. 1'200.– korrekt sei. Aufgrund der unregelmässigen Arbeitseinsätze der Gesuchstellerin bestehe kein Betreuungsplan und eine verlässliche und dauerhafte Planung sei nicht möglich. Fest stehe jedenfalls, dass er die Kinder vollständig betreue, wenn die Gesuchstellerin berufsbedingt abwesend sei, was an durchschnittlich zehn Tagen pro Monat der Fall sei. In der restlichen Zeit erfolge eine hälftige Betreuung durch die Parteien. Die Gesuchstellerin selber habe vor Vorinstanz mit Verweis auf die Erkenntnisse der letzten Zeit eine Betreuungszeit von 2.5 Tagen unter der Woche zuzüglich einem Wochenende pro Monat verlangt. Das Rechtsbegehren der Gesuchstellerin habe nach ihrer Auffassung also den gelebten Betreuungsumfang wiedergegeben und umfasse einen Anteil von rund 40% (Urk. 103 S. 4 ff. m.V.a. VI-Pro. S. 42). Ein von der Gesuchstellerin im Berufungsverfahren aufgezeigter zeitweiser grösserer Betreuungsumfang stelle bloss eine Momentaufnahme dar. Mit Blick auf den Betreuungsumfang der Parteien sowie dem Umstand, dass er für die fixen Kosten der Kinder (inkl. den Alltagskleidern) aufkomme, habe die Vorinstanz in der Bedarfsberechnung die richtigen Grundbeträge eingesetzt (Urk. 103 S. 3 ff. und S. 11).

- 11 -

E. 2.4

Wird die Kinderbetreuung durch beide Elternteile ausgeübt, hängt die Frage nach der Aufteilung der Kindergrundbeträge in erster Linie vom konkreten Betreuungsumfang der Parteien ab. Weiter ist danach zu fragen, welcher Elternteil für die aus dem Grundbetrag zu deckenden Auslagen der Kinder (Nahrung, Kleidung, Hygieneartikel, etc.) aufkommt. Gleiches gilt mit Bezug auf die Berücksichtigung des Grundbetrages für eine alleinlebende resp. für eine alleinerziehende Person.

E. 2.4.1

In der Regel kann der Betreuungsumfang aufgrund der im Eheschutzverfahren festgelegten Betreuungszeiten der Eltern bestimmt werden. Vorliegend ist dies nicht möglich, da eine gerichtliche Regelung der Betreuungszeiten im Eheschutzverfahren aufgrund der entfallenen Zuständigkeit nach Anhängigmachung der Scheidungsklage nicht erfolgen konnte. Es ist daher auf die effektiv gelebte Betreuungssituation während des

Getrenntlebens abzustellen. Damit ist klar, dass zur Bestimmung des gelebten Betreuungsumfanges nicht auf die Rechtsbegehren der Parteien abgestellt werden kann, da diese naturgemäss zukunftsgerichtet sind. Vielmehr ist danach zu fragen, wie die Parteien die Kinder seit der Trennung betreut haben. Dass die Kinderbetreuung von beiden Parteien übernommen wurde, ist unbestritten. Uneinigkeit herrscht aber über den konkreten Umfang der geleisteten Betreuung. Einen festen Betreuungsplan gab es aufgrund der unregelmässigen Arbeitszeiten der Gesuchstellerin nicht. Die Gesuchstellerin machte vor Vorinstanz geltend, die Kinder seien seit der Trennung nebst dem Besuch der Tagesschule grundsätzlich von ihr und während ihrer beruflich bedingten Abwesenheit vom Gesuchsgegner betreut worden. Man habe sich jeweils nach Erhalt ihres Einsatzplanes abgesprochen. Dies habe gut funktioniert. Sie sei nicht wochenlang abwesend gewesen, sondern habe meistens bloss eine Auswärtsübernachtung gehabt. Die Kinder seien jeweils drei bis vier Nächte bei einem Elternteil gewesen und hätten dann zum anderen Elternteil gewechselt. Von Mai 2017 bis September 2018 seien die Kinder zu rund 60-65% durch sie betreut worden (Urk. 29 S. 2, Urk. 38 S. 1; Urk. 85 S. 6; VI-Prot. S. 19 f., 83, 91). Der Gesuchsgegner auf der anderen Seite machte geltend, er habe die Kinder während der berufsbedingten Abwesenheit der Gesuchstellerin vollständig und ansonsten etwas mehr als die Hälfte der Zeit betreut. Die Gesuchstellerin sei rund zehn bis zwölf Tage pro Monat auf Flugeinsätzen. Er sei schon immer die Hauptbetreu-

- 12 - ungsperson der Kinder gewesen (Urk. 31 S. 3, 5; Urk. 84 S. 2; VI-Prot. S. 26). Es zeigt sich also, dass beide Parteien davon ausgehen, in der Trennungszeit die Kinderbetreuung zu rund 65% übernommen zu haben. Objektive Beweismittel zur Untermauerung der einen oder anderen Darstellung bestehen nicht. Die von der Gesuchstellerin eingereichten Flugpläne (Urk. 83) zeigen zwar auf, dass die zeitliche Verfügbarkeit für eine Betreuung im Umfang von 65% vorlag. Ob die Gesuchstellerin die gesamte flugfreie Zeit für die Kinderbetreuung genutzt hat, ist daraus aber nicht ersichtlich. Dafür spricht zumindest die Aussage von C. _____ anlässlich der Kinderanhörung vom 21. September 2016, wonach er und sein Bruder D. _____ bei der Mutter leben würden, sofern diese nicht fliege (Urk. 28 S. 5). Auch D. _____ gab zu Protokoll, sie seien seiner Ansicht nach mehr bei der Gesuchstellerin (Urk. 28 S. 5). Entgegen dem Gesuchsgegner (vgl. Urk. 103 S. 5 f.) ist auch dem Rechtsbegehren der Gesuchstellerin vom 18. Oktober 2017 nicht zu entnehmen, dass sie von einem gelebten Betreuungsumfang von bloss 40% ausgeht. Die Gesuchstellerin hat beantragt, sie sei gestützt auf die neuen Erkenntnisse der letzten Zeit für berechtigt zu erklären, die Kinder jeweils von Mittwoch Mittag bis Freitag und zusätzlich an jedem zweiten Wochenende zu betreuen (VI-Prot. S. 42 f.), was einem Betreuungsumfang von rund 50% entspricht. In Würdigung der gesamten Umstände kann bei keiner der Parteien auf einen überwiegenden Betreuungsanteil während der Trennungszeit geschlossen werden. Es ist mithin mangels anderer Angaben davon auszugehen, dass die Parteien die Kinder - wenn auch nicht im Sinne eines regelmässigen Betreuungsplanes, aber über die gesamte zu beurteilende Trennungszeit hinweg - in etwa zu gleichen Teilen betreut haben.

E. 2.4.2

Mit Bezug auf die Frage, welcher Elternteil für die Auslagen des Grundbedarfes der Kinder aufkommt, besteht ebenfalls Uneinigkeit. Die Gesuchstellerin hat im erstinstanzlichen Verfahren ausgeführt, sie komme mehrheitlich für die Auslagen für Essen und Kleider auf. Auch bezahle sie Schuhe und einen Teil des Schulmaterials. Aus diesem

Grund sei ihr ein Anteil des Kindergrundbetrages anzurechnen (Urk. 29 S. 9; Urk. 85 S. 6; VI-Prot. S. 14, 23). Der Gesuchsgegner hielt auf der anderen Seite dafür, dass er seit der Trennung für sämtliche Kinderkosten aufgekommen sei. Zwar habe die Gesuchstellerin seit der Trennung Kin-

- 13 - derkleider und Essen gekauft. Dabei handle es sich aber um Besuchskosten, welche der Besuchsberechtigte gemäss gängiger Praxis auf eigene Rechnung zu nehmen habe (Urk. 31 S. 9 f.; Urk. 84 S. 3, 13; VI-Prot. S. 10 f., 56). Dieser Ansicht des Gesuchsgegners kann nicht zugestimmt werden. Zum einen steht vorliegend nicht ein Besuchsrecht im Raum, welches eine Übernahme der Kosten durch den besuchsberechtigten Elternteil rechtfertigen würde. Vielmehr wurde festgestellt, dass die Parteien die Kinder seit der Trennung etwa zu gleichen Teilen betreut haben. Damit liegt es auf der Hand, dass bei beiden Parteien Ausgaben für die Grundbedürfnisse der Kinder angefallen sind. Beide Parteien kommen während ihrer Betreuungszeit für die Verpflegung der Kinder auf. Die Kinder brauchen in beiden Wohnungen Hygieneartikel. Der Gesuchsgegner räumt anlässlich der persönlichen Befragung selber ein, die Gesuchstellerin habe seit der Trennung Kinderkleider gekauft (VI-Prot. S. 28). Damit erscheint klar, dass beide Parteien für Auslagen des Grundbedarfes der Kinder aufkommen. Es mag sein, dass der Gesuchsgegner für sämtliche übrigen Kinderkosten wie Krankenversicherung, Mobilitätsauslagen oder Freizeitkosten aufkommt. Dies bedeutet aber nicht, dass der Gesuchstellerin in ihrer Betreuungszeit keine Auslagen für die Grundbedürfnisse der Kinder anfallen. Einhergehend mit der hälftigen Betreuung der Kinder ist daher davon auszugehen, dass beide Parteien in gleichem Masse für die Auslagen des Grundbedarfs der Kinder aufgekommen sind.

E. 2.5

In Würdigung der gesamten Umstände ist davon auszugehen, dass die Parteien die Kinder während der Trennungszeit in etwa gleichem Umfang betreut haben und ihnen beiden in etwa gleichem Masse Auslagen für die Grundbedürfnisse der Kinder angefallen sind. Vor diesem Hintergrund besteht kein Anlass, nur dem Gesuchsgegner einen erhöhten Grundbetrag von Fr. 1'350.– und der Gesuchstellerin den Grundbetrag von Fr. 1'200.– anzurechnen und die Kindergrundbeträge im Umfang von 30% der Gesuchstellerin und 70% dem Gesuchsgegner zuzurechnen. Vielmehr ist der gelebten Betreuungssituation dadurch Rechnung zu tragen, dass bei beiden Elternteilen das Mittel zwischen dem Grundbetrag für einen alleinstehenden Schuldner ohne Haushaltsgemeinschaft und dem erhöhten Grundbetrag einer alleinerziehenden Person, somit je Fr. 1'275.–, sowie je die Hälfte der Kindergrundbeträge (entsprechend Fr. 549.–, vgl. Urk. 98 S. 25) einzu-

- 14 - setzen ist (vgl. Winkler, in: Kren Kostkiewicz/Vock, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, 4. Auflage, Zürich 2017, Art. 93 N 27 und N 33).

E. 3

Weiter moniert die Gesuchstellerin die von der Vorinstanz im Bedarf des Gesuchsgegners berücksichtigten Kosten des Fahrzeuges (Urk. 97 S. 7 ff.).

E. 3.1

Die Vorinstanz hat im Bedarf des Gesuchsgegners Kosten im Zusammenhang mit dem Fahrzeug von Fr. 381.90 zuzüglich Parkplatzkosten von Fr. 120.– berücksichtigt. Zur Begründung hat sie angeführt, das Auto weise zwar keine Kompetenzqualität auf, aber es

habe - insbesondere auch in Bezug auf die Freizeitaktivitäten der Kinder - zum ehelichen Standard gehört. Aus diesem Grund seien die glaubhaft gemachten bzw. ausgewiesenen Kosten von Fr. 65.05 für die Verkehrsabgabe, Fr. 77.15 für die Fahrzeugversicherung, Fr. 188.70 für Unterhalt- und Reparaturkosten sowie Fr. 50.– für Benzin im Bedarf zu berücksichtigen (Urk. 98 S. 21 f.).

E. 3.2

Die Gesuchstellerin macht geltend, die Parteien hätten während gelebter Ehe über ein Familienauto verfügt, welches beide Parteien auch nach der Trennung benützt hätten. Ab März 2017 sei ihr das Fahrzeug nicht mehr zur Verfügung gestanden, da der Gesuchsgegner dieses zunächst als kaputt bezeichnet und es hernach verkauft habe. Vor diesem Hintergrund sei es nicht akzeptabel, wenn dem Gesuchsgegner mit Verweis auf den ehelichen Standard für die gesamte Trennungszeit die Kosten im Zusammenhang mit dem Fahrzeug angerechnet würden, während auf ihrer Seite bloss die Ausgaben für den öffentlichen Verkehr im Bedarf berücksichtigt würden. Sie anerkenne die Fahrzeugkosten einzig für die Zeit, in welcher das Familienfahrzeug von beiden Parteien benützt worden sei, d.h. vom 15. November 2015 bis Ende März 2017. Aus diesem Grund seien die Ausgaben auf 16.5 Monate umzurechnen und ihr zusätzlich Fr. 45.– pro Monat bzw. umgerechnet auf 16.5 Monate Fr. 25.05 für Benzin, für welches sie in der Trennungszeit selber habe aufkommen müssen, im Bedarf anzurechnen (Urk. 97 S. 7-11).

E. 3.3

Der Gesuchsgegner stellt sich demgegenüber zusammengefasst auf den Standpunkt, er sei wegen der Sportaktivitäten der Kinder auf das Auto angewie-

- 15 - sen. Ausserdem fahre er jedes Jahr mit dem Auto und dem Campingwagen mit den Söhnen in die Ferien nach Schweden. Die Gesuchstellerin wolle aus reinem Eigennutz den bisherigen Standard des Gesuchsgegners und der Kinder eingrenzen. Dass bzw. warum die Gesuchstellerin das Auto ab März 2017 nicht mehr benützt habe, sei nicht relevant. Die ausgewiesenen Kosten seien während der gesamten Trennungszeit angefallen und vom Gesuchsgegner bezahlt worden, weshalb eine Berücksichtigung der Kosten nur bis März 2017 nicht angezeigt sei. Es irritiere, dass die Gesuchstellerin die Berücksichtigung der Autokosten davon abhängig mache, ob sie das Auto mitbenützen könne. Benzinkosten seien der Gesuchstellerin keine angefallen (Urk. 103 S. 7-9).

E. 3.4

Die Kosten für ein Auto sind nur dann im familienrechtlichen Bedarf zu berücksichtigen, wenn dem Fahrzeug Kompetenzqualität zukommt, d.h., wenn das Fahrzeug für die Ausübung des Berufes oder den Arbeitsweg benützt wird. Dies ist vorliegend nicht der Fall. Der Gesuchsgegner selber führte im vorinstanzlichen Verfahren aus, er brauche eigentlich kein Auto (VI-Prot. S. 29). Eine Berücksichtigung der Fahrzeugkosten fällt damit grundsätzlich ausser Betracht. Werden die Fahrzeugkosten mit Verweis auf den ehelichen Standard doch im Bedarf angerechnet, liegt es auf der Hand, dass dies bei beiden Parteien gleichermaßen erfolgen muss. Es ist unbestritten, dass das Auto während gelebter Ehe als Familienfahrzeug beiden Parteien zur Verfügung gestanden hat. Es gehört damit bei beiden Parteien zum ehelichen Standard. Aus diesem Grund ist es entgegen dem Gesuchsgegner von Belang, ob die Gesuchstellerin das Fahrzeug nach der Trennung benützen konnte. Stand das Familienfahrzeug beiden Parteien zur Verfügung, spricht mit Verweis auf den ehelichen Standard nichts gegen die Berücksichtigung von

Fahrzeugkosten im Bedarf. Es blieb unbestritten, dass die Gesuchstellerin das Fahrzeug - aus welchen Gründen auch immer - ab Ende März 2017 nicht mehr benutzen konnte. Damit können vorliegend Fahrzeugkosten einzig für die Zeit vom 1. November 2015 bis Ende März 2017 berücksichtigt werden. Mit Blick auf die Höhe der Fahrzeugkosten anerkennt die Gesuchstellerin bloss Fr. 263.- pro Monat. Sie führt diesbezüglich an, die Vorinstanz habe erhebliche Beiträge für Reparaturen einbezogen. Sie sei aber nicht bereit, diese Kosten zu akzeptieren, da sie auf die langen Ferienreisen des Gesuchsgegners zurückzu-

- 16 - führen seien (Urk. 97 S. 11). Wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat, sind die Unterhalts- und Reparaturkosten während der Zeit des Getrenntlebens ausreichend belegt (vgl. Urk. 98 S. 21). Der Gesuchsgegner hat das Fahrzeug u.A. für Ferienreisen mit den Kindern verwendet, was dem üblichen Verwendungszweck des Familienautos der Parteien entspricht. Die Verwendung entsprechend dem ehelichen Standard kann dem Gesuchsgegner nicht zu Nachteil gereichen, indem gewisse Kosten unberücksichtigt bleiben. Ausserdem konnte die Gesuchstellerin in dieser Zeit das Fahrzeug benutzen, weshalb sie auch von den Unterhalts- und Reparaturarbeiten profitiert hat. Es besteht daher kein Grund, die ausgewiesenen Unterhalts- und Reparaturkosten zu kürzen. Es ist damit in der gesamten Trennungszeit von Fahrzeugkosten von Fr. 381.90 auszugehen. Umgerechnet auf die 17 Monate, in welchen die Fahrzeugkosten im Bedarf des Gesuchsgegners berücksichtigt werden können, entspricht dies Fr. 220.- pro Monat (17 x Fr. 381.90 ./ 29.5). Gleich ist mit dem Parkplatz des Gesuchsgegners im Betrag von Fr. 120.- zu verfahren, womit Kosten von gerundet Fr. 70.- zu berücksichtigen sind.

E. 3.5

Schliesslich verlangt die Gesuchstellerin die Berücksichtigung von Fr. 45.- pro Monat für Benzin, da sie für diese Kosten während der Trennungszeit selber habe aufkommen müssen (Urk. 97 S. 10 f.). Der Gesuchsgegner hält dem entgegen, die Gesuchstellerin habe das Fahrzeug jeweils betankt übernommen und keine Aufwendungen für Benzin gehabt (Urk. 103 S. 8). Die Gesuchstellerin hat ihre Behauptung weder im vorinstanzlichen noch im Berufungsverfahren näher dargelegt. Es liegen weder Tankquittungen noch Kontoauszüge oder Kreditkartenabrechnungen im Recht, aus welchen Auslagen für Treibstoff hervorgehen würden. Ihr ist es damit nicht gelungen, Auslagen für Benzin glaubhaft zu machen.

E. 3.6

Zusammenfassend sind im Bedarf des Gesuchsgegners lediglich Fr. 220.- für Fahrzeugkosten sowie Fr. 70.- für den Parkplatz zu berücksichtigen.

E. 4

Weiter kritisiert die Gesuchstellerin die von der Vorinstanz im Bedarf des Gesuchsgegners berücksichtigten Kredittilgungsraten.

- 17 -

E. 4.1

Die Vorinstanz hat im Bedarf des Gesuchsgegners Kredittilgungsraten von Fr. 951.80 pro Monat berücksichtigt. Zur Begründung führt sie an, die Gesuchstellerin wolle die Ratenzahlungen des Migrosbank-Kredits nicht im Bedarf des Gesuchsgegners berücksichtigt wissen, obwohl sie selber zu Protokoll gegeben habe, dass sie sich auch an den Ratenzahlungen beteiligt habe. Damit sei klar, dass der Gesuchstellerin zumindest

bewusst gewesen sei, dass ein solcher Kredit bestanden habe und in regelmässigen Abständen aufgestockt bzw. erneuert worden sei. Es erscheine somit glaubhaft dargelegt, dass durch die Aufnahme des ehelichen Kredits bei der Migrosbank familiäre Besorgungen beglichen worden seien, womit die Ratenzahlungen nun auch während des Getrenntlebens weiterhin zu berücksichtigen seien. Dies gelte auch für die letzte Kredit-Erneuerung bzw. -Erhöhung, welche im März 2017 und damit nach Aufnahme des Getrenntlebens zustande gekommen sei und mit welcher unter anderem ein neues Familienfahrzeug gekauft worden sei (Urk. 98 S. 23).

E. 4.2

Die Gesuchstellerin macht im Berufungsverfahren geltend, das Vorgehen der Vorinstanz verstosse gegen den Grundsatz, wonach nur eheliche Schulden in der Bedarfsberechnung berücksichtigt werden könnten. Aus dem Umstand, dass die Parteien während gelebter Ehe Kredite aufgenommen hätten, dürfe nicht geschlossen werden, dass die eine Partei dies auch nach der Trennung tun dürfe. Der Gesuchsgegner habe den Kredit nach der Trennung zwei Mal aufgestockt. Die erste Aufstockung am 17. März 2016 könne sie für die Zeit, in welcher sie das Familienauto habe mitbenützen können, akzeptieren. Die Kreditraten hätten sich während gelebter Ehe wie auch nach der ersten Aufstockung auf Fr. 757.70 pro Monat belaufen. Umgerechnet auf die 16.5 Monate, in welchen sie das Familienauto habe mitbenützen können, würden Kredittilgungsraten von Fr. 422.35 resultieren. Die zweite Aufstockung hingegen sei im September 2017 erfolgt und der Gesuchsgegner habe das Geld verwendet, um ein neues Fahrzeug zu kaufen, welches weder ein Kompetenzstück darstelle, noch von der Gesuchstellerin benutzt werden könne. Es sei daher völlig unverständlich, weshalb dem Gesuchsgegner diese Kredittilgungsraten im Bedarf angerechnet würden (Urk. 97 S. 12 f.).

E. 4.3

Der Gesuchsgegner macht geltend, die Vorinstanz habe den seit Jahren bestehenden Kredit und insbesondere die Aufstockung des Kredits, um ein neues

- 18 - Familienauto zu kaufen, zu Recht berücksichtigt. Das Fahrzeug diene hauptsächlich den Kindern und entspreche dem bisherigen Lebensstandard. Eine begrenzte Berücksichtigung dieser Kosten, solange die Gesuchstellerin das Fahrzeug habe benutzen können, mache wenig Sinn, zumal die Kosten in der streitbetroffenen Zeit effektiv angefallen und von ihm bezahlt worden seien (Urk. 103 S. 9).

E. 4.4

Unter rechtlichen Gesichtspunkten darf als anerkannt gelten, dass Zinsen und Ratenzahlungen für Abzahlungsgeschäfte und Konsumkredite zum Bedarf des Unterhaltspflichtigen hinzuzurechnen sind, wenn sie vor Aufhebung des gemeinsamen Haushalts einverständlich eingegangen wurden und auch tatsächlich und nachweisbar bezahlt werden. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kommt es für die Berücksichtigung von Schulden im Notbedarf eines Ehegatten sodann entscheidend darauf an, dass die aufgenommene Schuld für den gemeinsamen Lebensunterhalt beider Ehegatten eingesetzt wurde (BGer 5A_131/2007 vom 8. Juni 2007, E. 2.2), d.h. dass der damit angeschaffte Gegenstand oder Wert nach wie vor beiden Ehegatten dient oder bereits von ihnen verbraucht wurde (Ferien, allgemeine Lebenshaltung). Dient dagegen ein Gegenstand nur (noch) einem Ehegatten, sind die dafür eingegangenen Schulden nicht zu berücksichtigen. Vorliegend sind sich die Parteien einig, dass der Gesuchsgegner im Jahr

2007 im Einverständnis der Gesuchstellerin einen Kredit für die Anschaffung eines Familienfahrzeuges aufgenommen hat (VI-Prot. S. 59). Dieser Kredit wurde über die Jahre immer wieder aufgestockt (Urk. 59/22). Der Vorinstanz ist zuzustimmen, dass glaubhaft erscheint, dass diese Kredite während gelebter Ehe aufgenommen wurden, um familiäre Besorgungen zu begleichen. Die Gesuchstellerin stellt dies auch nicht in Abrede. Der Kredit wurde aber nach erfolgter Trennung weitere zwei Mal erhöht. Zunächst erfolgte eine Aufstockung am 18. März 2016 von Fr. 18'610.25 auf Fr. 25'000.– (Urk. 59/22 S. 2) und schliesslich eine solche von Fr. 17'917.65 auf Fr. 40'000.– am 19. März 2017 (Urk. 59/22 S. 1). Diese Kredit- schulden wurden klarerweise nach der Trennung eingegangen. Der Gesuchsgeg- ner macht nicht geltend, dass die Gesuchstellerin von den Aufstockungen wusste und sich damit einverstanden erklärt hätte. Ebenso wenig macht er geltend, dass die Kreditsumme für den gemeinsamen Lebensunterhalt beider Parteien einge-

- 19 - setzt worden sei. Mit Blick auf die Krediterhöhung vom 18. März 2016 macht er keinerlei Angaben zum Verwendungszweck. Mit der Kreditsumme der Aufsto- ckung vom 19. März 2017 wurde ein Fahrzeug gekauft, welches der Gesuchstel- lerin unbestrittenermassen nicht zur Verfügung stand, womit der mit dem Kredit angeschaffte Gegenstand einzig dem Gesuchsgegner diente. Es handelt sich damit nicht um eheliche Schulden, welche als Bedarfsposition angerechnet wer- den können. Im Bedarf des Gesuchsgegners können einzig die Kreditraten be- rücksichtigt werden, welche während gelebter Ehe entstanden sind und von wel- chen beide Parteien profitiert haben. Massgebend kann daher einzig der letzte während der Zeit des Zusammenlebens aufgenommene Kredit vom 16. April 2015 über Fr. 25'000.– sein (Urk. 59/22 S. 3). Dieser sollte in 36 Raten à Fr. 757.70 abbezahlt werden. Der Kredit wäre damit am 16. April 2018, und damit nach Ab- lauf der vorliegend für die Unterhaltsrechnung massgeblichen Zeitspanne, voll- ständig zurückbezahlt gewesen. Diese Raten sind im Bedarf des Gesuchsgeg- ners zu berücksichtigen, zumal sich die Parteien bei Aufnahme des Kredits über den Horizont der Rückzahlung im Klaren waren. Eine Koppelung an das Familien- fahrzeug - wie von der Gesuchstellerin verlangt (vgl. Urk. 97 S. 12) - und eine entsprechende Umrechnung der Raten auf die Zeit, in welcher die Gesuchstellerin nach der Trennung das Familienfahrzeug benutzen konnte, fällt demgegenüber nicht in Betracht. Keine der Parteien hat ausgeführt, dass der Kredit vom 16. April 2015 dem Erwerb oder Unterhalt des Familienfahrzeuges gedient hat.

E. 4.5

Abschliessend sind im Bedarf des Gesuchsgegners die Tilgungsraten für den Kredit vom 16. April 2015 im Betrag von monatlich Fr. 757.70 zu berücksich- tigen.

E. 5

Schliesslich kritisiert die Gesuchstellerin die von der Vorinstanz in ihrem Be- darf nicht berücksichtigten Kosten für die auswärtige Verpflegung.

E. 5.1

Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin vom 1. November 2015 bis 19. April 2018 an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung von C._____ und D._____ monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 47.– je Kind zu bezahlen, zahlbar mo- natlich im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats.

E. 5.2

Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin persönlich vom 1. November 2015 bis 19. April 2018 monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 322.50 zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats.

E. 5.3

Der Gesuchsgegner wird zudem verpflichtet, sämtliche übrigen Kinderkosten (Bedarf der Kinder abzüglich Grundbetrag und Wohnkostenanteil bei beiden Parteien) zu bezahlen.

E. 5.4

Die folgenden finanziellen Grundlagen liegen den Unterhaltszahlungen gemäss den vorstehenden Ziffern 5.1 und 5.2 zugrunde:

- 26 - a) Einkommen (pro Monat): - Gesuchstellerin: Fr. 3'655.00 - Gesuchsgegner (inkl. KZ): Fr. 7'785.00 - C. _____ (KZ): Fr. 250.00 - D. _____ (KZ): Fr. 200.00 b) Bedarf (pro Monat): - Gesuchstellerin: Fr. 2'605.00 - Gesuchsgegner: Fr. 4'555.00 - C. _____: Fr. 1'828.60 - D. _____: Fr. 1'712.40" 2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt. 3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden zu vier Fünfteln dem Gesuchsgegner und zu einem Fünftel der Gesuchstellerin auferlegt. 4. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'231.– zu bezahlen. 5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Verfahrensbeteiligten, an das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück. 6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

- 27 - Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 31. Mai 2019 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: Dr. L. Hunziker Schnider lic. iur. L. Stünzi versandt am: mc

E. 6

Im Lichte der gemachten Ausführungen ist korrekterweise von folgendem Bedarf der Parteien auszugehen: Bedarfszahlen der Parteien: Gesuchstellerin Gesuchsgegner 1) Grundbetrag Fr. 1'275.00 Fr. 1'275.00 2) Wohnkosten, inkl. Nebenkosten Fr. 595.10 Fr. 679.45 3) Kosten Parkplatz 0.00 Fr. 70.00 4) Krankenkasse (KVG) Fr. 133.85 Fr. 252.20 5) Krankenkasse (VVG) Fr. 62.60 Fr. 63.75 6) Internet/TV/Festnetz Fr. 77.35 Fr. 111.20 7) Mobiltelefon Fr. 66.00 8) Radio- und Fernsehgebühren Fr. 38.00 Fr. 38.00 9) Privathaftpflicht/Hausrat Fr. 17.10 Fr. 10.50 10) Mobilitätskosten Fr. 138.75 Fr. 95.00 11) Auswärtige Verpflegung Fr. 0.00 Fr. 220.00 12) Fahrzeugkosten Fr. 0.00 Fr. 220.00 13) Kreditschulden Fr. 33.75 Fr. 757.70 14) Ungedeckte Gesundheitskosten Fr. 35.00 Fr. 267.00 15) Steuern Fr. 165.00 Fr. 461.00 Total (gerundet) Fr. 2'605.00 Fr. 4'555.00

E. 7

Ausgehend von diesen Bedarfszahlen hat die Unterhaltsberechnung zu erfolgen. Entgegen der Gesuchstellerin (vgl. Urk. 97 S. 14) sind die (der Höhe nach unbestritten gebliebenen) Steuern praxisgemäss in die Unterhaltsberechnung

- 22 - einzubeziehen, da kein Mankofall vorliegt. Es ist demnach nicht angezeigt, die Parteien für die Bezahlung der Steuern auf den Freibetrag zu verweisen.

E. 7.1

Konkret präsentiert sich die Unterhaltsrechnung wie folgt: Einkommen Gesuchstellerin Fr. 3'655.– Einkommen Gesuchsgegner Fr. 7'785.– (inkl. Kinderzulagen) Total Fr. 11'440.– Den monatlichen Einkünften stehen folgende Bedarfszahlen gegenüber: Bedarf Gesuchstellerin Fr. 2'605.00 Anteil am Bedarf der Kinder 1 Fr. 1'144.10 Gesamtbedarf (gerundet) Fr. 3'749.00 Bedarf Gesuchsgegner Fr. 4'555.00 Anteil am Bedarf der Kinder 2 Fr. 2'396.90 Gesamtbedarf (gerundet) Fr. 6'952.00 Total Fr. 10'701.00 Aus den Berechnungen resultiert ein Überschuss von Fr. 739.–.

E. 7.2

Bar- und Betreuungsunterhalt Die Vorinstanz hat die rechtlichen Vorgaben zum Bar- und Betreuungsunterhalt korrekt wiedergegeben, worauf zwecks Vermeidung unnötiger Wiederholungen verwiesen werden kann (Urk. 98 S. 28 f.). Ebenfalls zutreffend hat die Vorinstanz festgehalten, dass die Parteien mit ihren jeweiligen Einkommen in der Lage sind, ihre eigenen Lebenshaltungskosten zu decken (Urk. 98 S. 29), weshalb kein Betreuungsunterhalt geschuldet ist. Der Gesuchstellerin fehlen aber zur Deckung der bei ihr anfallenden Kinderkosten Fr. 94.– pro Monat (Bedarf samt Kindern von Fr. 3'749.– abzgl. Einkommen von Fr. 3'655.–). Diesen Betrag hat der Gesuchs- 1 Der Anteil am Bedarf der Kinder besteht aus dem hälftigen Anteil an den Kindergrundbeträgen von Fr. 549.– (Urk. 98 S. 25) sowie dem auf die Kinder entfallenden Anteil am Mietzins von Fr. 297.55 je Kind (vgl. Urk. 98 S. 17). 2 Der Anteil am Bedarf der Kinder besteht aus dem hälftigen Anteil an den Kindergrundbeträgen von Fr. 549.– (Urk. 98 S. 25), dem auf die Kinder entfallenden Anteil am Mietzins von Fr. 340.– je Kind (vgl. Urk. 98 S. 17) sowie sämtlichen übrigen Kinderkosten von gesamthaft Fr. 1'167.90 gemäss Aufstellung in Urk. 98 S. 25 (das Total des Bedarfes von C._____ wurde von der Vorinstanz nicht richtig angegeben und beträgt korrekt Fr. 1'828.60).

- 23 - gegner der Gesuchstellerin als Kinderunterhaltsbeitrag in Form von Barunterhalt zu bezahlen. Der Gesuchsgegner ist zudem zu verpflichten, sämtliche übrigen Kinderkosten (Bedarf der Kinder abzüglich Grundbetrag und Wohnkostenanteil bei beiden Parteien) zu bezahlen.

E. 7.3

Ehegattenunterhalt Schliesslich ist der persönliche Unterhalt der Gesuchstellerin zu errechnen. Angesichts der Tatsache, dass ihre Lebenshaltungskosten mit den Kindern durch ihr eigenes Einkommen und den Kinderunterhaltsbeitrag gedeckt werden, ergibt sich der Ehegattenunterhalt einzig aus der Überschussbeteiligung. Der verbleibende Überschuss beträgt Fr. 645.–, womit bei einer praxisgemässen hälftigen Aufteilung jedem Ehegatten ein Betrag von Fr. 322.50 zusteht. Der Gesuchstellerin ist damit ein Ehegattenunterhaltsbeitrag von Fr. 322.50 pro Monat zuzusprechen.

E. 7.4

Resümierend ist der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin für die Trennungszeit vom 1. November 2015 bis 19. April 2018 an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung von C._____ und D._____ Unterhaltsbeiträge von Fr. 47.– je Kind zu bezahlen. Darüber hinaus hat der Gesuchsgegner der Gesuchstellerin für die Trennungszeit vom 1. November 2015 bis 19. April 2018 persönliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 322.50 pro Monat zu bezahlen. Mit Verweis auf Art. 282 Abs. 1 ZPO sind die finanziellen Grundlagen der Unterhaltsberechnung anzugeben. D. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Abschliessend ist über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens zu befinden. 2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist in Anwendung von § 2 lit. a, c und d sowie § 12 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2, § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 2 lit. b der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Gegenstand des Berufungsverfahrens ist einzig die Unterhaltsfrage. Die Gesuchstellerin obsiegt diesbezüglich im Umfang von rund 4/5. Es rechtfertigt sich daher, dem Gesuchsgegner 4/5 der zweitinstanzlichen Verfahrenskosten aufzuerlegen.

- 24 - Darüber hinaus ist er zu verpflichten, der Gesuchstellerin entsprechend dem Ausgang des Verfahrens eine auf 3/5 reduzierte Parteientschädigung von Fr. 3'000.– zzgl. 7.7% Mehrwertsteuer, mithin Fr. 3'231.–, zu bezahlen. 3. Die Gesuchstellerin ersucht im Berufungsverfahren um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 5'000.–, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 97 S. 2). Der Gesuchsgegner stellt seinerseits ein Armenrechtsgesuch (Urk. 103 S. 2). Mit Verweis auf die unter Erw. C. gemachten Ausführungen stehen den Parteien monatlich Fr. 322.50 aus der Überschussverteilung zur Verfügung. Mit diesen Mitteln sind sie nicht in der Lage, die auf sie entfallenden Gerichts- und Rechtsvertretungskosten innert nützlicher Frist zu bezahlen. Auf Seiten des Gesuchsgegners gilt dies auch, wenn man die für das Auto und den Parkplatz eingesetzten Kosten ausser Acht lassen würde. Sie gelten damit als mittellos. Angesichts der Mittellosigkeit des Gesuchsgegners ist das Begehren der Gesuchstellerin um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages abzuweisen. Da das Verfahren für beide Seiten nicht aussichtslos erscheint und beide Parteien zur Bewältigung des Prozesses auf die Unterstützung eines Rechtsvertreters angewiesen sind, ist die unentgeltliche Rechtspflege im Sinne von Art. 117 ZPO zu gewähren und ihnen je eine unentgeltliche Rechtsbeiständin in der Person ihrer jeweiligen Rechtsvertreterinnen zu bestellen. Die den Parteien auferlegten Gerichtskosten sind demnach unter Hinweis auf das Nachforderungsrecht des Staats gemäss Art. 123 ZPO einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege entbindet nicht von der Bezahlung der Parteientschädigung. Es wird beschlossen: 1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositiv-Ziffern 1 bis 4 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgerichts Zürich, 5. Abt., vom 5. Februar 2019 in Rechtskraft erwachsen sind. 2. Das Begehren der Gesuchstellerin um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages wird abgewiesen.

- 25 - 3. Der Gesuchstellerin wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwältin Dr. X._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt. 4. Dem Gesuchsgegner wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwältin Dr. Y._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt. 5. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis. Es wird erkannt: 1. In teilweiser Gutheissung der Berufung der Gesuchstellerin wird die Dispositiv-Ziffer 5

des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgerichts Zürich, 5. Abt., vom 5. Februar 2019 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt: " 5. Kinder- und Ehegattenunterhalt

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