

# ZH\_OBERGERICHT LE190021 vom 1. November 2019

ZH Obergericht, 2019-11-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LE190021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE190021)

FR: ZH\_OBERGERICHT LE190021 du 1 novembre 2019

IT: ZH\_OBERGERICHT LE190021 del 1 novembre 2019

## Erwägungen

### E. 1

Sachverhalt und Prozessgeschichte

#### E. 1.1

Die Parteien sind seit dem tt. Oktober 2008 verheiratet und haben einen gemeinsamen Sohn, D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2010 (Urk. 3, 5 und 6/3/2). Mit Eingabe vom 12. Dezember 2017 machte die Gesuchstellerin, Erstberufungsklägerin und Zweitberufungsbeklagte (fortan Gesuchstellerin) das vorliegende Eheschutzverfahren bei der Vorinstanz anhängig (Urk. 1). Noch bevor die Eheschutzverhandlung stattfinden konnte, reichten die Parteien am 15. Februar 2018 ein gemeinsames Scheidungsbegehren ein (vgl. Urk. 19 und 20; Geschäfts-Nr.: FE180108-L). Am 28. März 2018 fand die erstinstanzliche Hauptverhandlung statt. An diesem Termin wurde gleichzeitig auch über die zwischenzeitlich im Rahmen des Scheidungsverfahrens beantragten vorsorglichen Massnahmen verhandelt (Prot. I S. 4; Urk. 24/1-5; Urk. 26). Die Parteien einigten sich anlässlich der erwähnten Verhandlung bezüglich Obhut, Besuchsrecht und Familienwohnung und schlossen unter Mitwirkung des Gerichts eine entsprechende Teilvereinbarung, welche zu den Akten des Scheidungsverfahrens genommen wurde (vgl. Urk. 6/25 im parallelen Berufungsverfahren LY190016-O). Somit blieben im vorliegenden Eheschutzverfahren lediglich noch die Kinderunterhaltsbeiträge strit-

- tig. Am 6. August 2018 erliess die Vorinstanz das eingangs wiedergegebene Urteil. Der Entscheid erging zunächst in unbegründeter (Urk. 35), hernach auf Begehren der Parteien (Urk. 36 und 37) in begründeter Form (Urk. 38) und wurde am 27. März 2019 versandt (Urk. 41 und 42).

#### E. 1.2

Gegen das vorinstanzliche Eheschutzurteil erhoben beide Parteien fristgerecht Berufung und stellten die eingangs wiedergegebenen Anträge (Urk. 44 und 56/44). Mit Eingaben vom 23. April und 5. Mai 2019 reichte die Gesuchstellerin als Ergänzung zu ihrer Berufungsschrift neue Beilagen ins Recht (Urk. 49-52). Mit Beschluss vom 28. Juni 2019 wurde die Zweitberufung (LE190026-O) des Gesuchsgegners, Erstberufungsbeklagten und Zweitberufungsklägers (fortan Gesuchsgegner) mit dem vorliegenden Berufungsverfahren vereinigt und als dadurch erledigt abgeschlossen. Gleichzeitig wurde den Parteien Frist angesetzt, um jeweils die Berufung der Gegenpartei schriftlich zu beantworten (Urk. 58). Unterm 15. Juli 2019 erstattete die Gesuchstellerin ihre Berufungsantwort (Urk. 59). Diejenige des Gesuchsgegners ging am 19. Juli 2019 hierorts ein (Urk. 60). Mit Verfügung vom 30. Juli 2019 wurden die Berufungsantwortsschriften jeweils der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 61). Mit Eingabe vom 16. August 2019 nahm die Gesuchstellerin zur Berufungsantwort des Gesuchsgegners Stel-

lung (Urk. 62). Am 26. August 2019 ging eine entsprechende Stellungnahme des Gesuchsgegners ein (Urk. 65). Gleichentags wurden die beiden letzten Stellungnahmen der jeweiligen Gegenpartei wiederum zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 66/1-2). Weitere Eingaben erfolgten nicht.

### **E. 1.3**

Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-43).

## **E. 2**

Prozessuales

### **E. 2.1**

Die Einlegung der Berufung hemmt den Eintritt der Rechtskraft nur im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Von den Parteien nicht angefochten wurden die Dispositivziffern 1 und 2 sowie die Ziffern 3b, 3c und 4. In diesem Umfang ist das vorinstanzliche Urteil in Rechtskraft erwachsen, was vorzumerken ist. Ge-

- 8 - genstand des vorliegenden Berufungsverfahrens sind somit einzig die Unterhaltsbeiträge für den Sohn D.\_\_\_\_\_.

### **E. 2.2**

Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine umfassende Überprüfungsbefugnis der Streitsache, d.h. über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (BGer 5A\_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (BGE 142 I 93 E. 8.2; BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, ist – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – von der Rechtsmittelinstanz grundsätzlich nicht zu überprüfen (BGE 142 III 413 E. 2.2.4).

### **E. 2.3**

Art. 296 ZPO statuiert für Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten – wie sie vorliegend zu beurteilen sind – den Untersuchungs- und Offizialgrundsatz, weshalb das Gericht in diesem Bereich den Sachverhalt von Amtes wegen erforscht und ohne Bindung an die Parteianträge entscheidet. In Verfahren, welche der umfassenden Untersuchungsmaxime unterstehen, können die Parteien auch im Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel unbeschränkt vorbringen. Die Bestimmung von Art. 317 Abs. 1 ZPO, wonach im Berufungsverfahren Noven nur dann zulässig sind, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten, gilt somit nicht für Verfahren, in welchen Kinderbelange zu beurteilen sind (BGE 144 III 349 E. 4.2.1).

## **E. 3**

des Hilfsblatts A). Auch diese Aufwandposition ist nicht belegt, zumal der Gesuchsgegner nie behauptet hat, dass er zusätzliches Personal beschäftige. Es bestehen folglich Hinweise, dass das steuerrechtlich ausgewiesene nicht mit dem tatsächlichen Einkommen des

Gesuchstellers übereinstimmt. Nach Angaben der Gesuchstellerin habe der Gesuchsgegner einen Treu- händler, welcher "alljährlich seine Steuern erledigt" und demnach auch über die entsprechenden Kassabücher, Bilanzen und Erfolgsrechnungen verfüge (Urk. 59 S. 6). Diese Sachdarstellung hat der Gesuchsgegner in seiner Stellungnahme zur Berufungsantwort vom 23. Juli [recte: August] 2019 nicht bestritten (Urk. 65). Den Steuererklärungen liegt zwar jeweils am Ende eine Aufstellung über Umsätze und Aufwände bei. Doch auch diese "Abschlüsse" sind teilweise unvollständig bzw. nicht nachvollziehbar. Insbesondere geht aus der Aufstellung, welche der Steuer- erklärung 2017 beiliegt, kein Jahresgewinn hervor (Urk. 6/47/1 im Parallelverfah- ren LY190016-O). Auch der in der Steuererklärung angegebene Aufwand für "Üb- rige Geschäftsunkosten gemäss separater Aufstellung" von Fr. 15'574.– (Seite 3 des Hilfsblattes A) ist auf ebendieser "separaten Aufstellung" nicht ersichtlich. Dasselbe gilt für das Jahr 2018. In der entsprechenden Steuererklärung macht der Gesuchsgegner einen Abzug für Geschäftsunkosten im Gesamtbetrag von Fr. 17'800.– geltend (Urk. 56/47/3, Seite 3 des Hilfsblattes A). In der beigelegten Aufstellung mit der Überschrift "TAXI B'.\_\_\_\_\_ Abschluss 2018" ist ein solcher Be- trag allerdings nicht aufgeführt und ergibt sich auch nicht aus der Addition sämtli- cher Aufwände. Überdies beinhaltet die Aufstellung offensichtlich Rechenfehler. Beispielsweise betrug der Bruttoumsatz im Februar 2018 gemäss Aufstellung Fr. 3'760.–. Nach Abzug der geltend gemachten Aufwände im Gesamtbetrag von Fr. 1'269.35 (Fr. 220.– [Benzinkosten] + Fr. 103.60 ["Auto-Repp."] + Fr. 945.75 [Div. Kosten]) ergäbe dies einen Nettoumsatz von Fr. 2'490.65. In der vom Ge- suchsgegner beigelegten Aufstellung ist allerdings für den Februar 2018 ein Net- to-Betrag von Fr. 3'699.15 angegeben. Schliesslich kann den Aufstellungen des

- 14 - Gesuchsgegners auch nicht entnommen werden, ob bei den angegebenen Brut- toumsätzen die Einkünfte aus der Tätigkeit als G.\_\_\_\_\_ -Fahrer (vgl. nachfolgend E. 3.2.6) bereits miteingerechnet wurden oder nicht. Nach dem Gesagten lassen sich weder aus den Steuererklärungen noch aus den beiliegenden Aufstellungen aussagekräftige und verlässliche Einkom- menzahlen eruieren. Aus diesem Grund hat die Vorinstanz das Einkommen des Gesuchsgegners gestützt auf statistische Werte und Gesamtarbeitsverträge bzw. Lohnempfehlungen auf Fr. 3'400.– festgelegt (Urk. 45 S. 11). Dieses Vorgehen ist aufgrund der fehlenden Buchhaltungsunterlagen nicht zu beanstanden. Der Ge- suchsgegner macht denn auch keine Verletzung der Untersuchungsmaxime durch die Vorinstanz geltend. Entgegen dem Verständnis der Parteien stellt das von der Vorinstanz festgesetzte Einkommen allerdings kein hypothetisches (fikti- ves) Einkommen dar. Die Vorinstanz hat explizit festgehalten, dass es sich bei diesen Einkünften um eine "Schätzung des (tatsächlichen) Einkommens" handelt (Urk. 45 S. 12). Die Vorinstanz ging somit im Rahmen der Sachverhaltserstellung davon aus, dass der Gesuchsgegner in der vorliegend relevanten Unterhaltsperi- ode vom 1. Dezember 2017 bis 14. Februar 2018 ein (tatsächliches) Erwerbsein- kommen von Fr. 3'400.– erwirtschaftet hat. Dass es sich dabei um ein angemessenes und realistisches Einkommen für einen Taxichauffeur handelt, hat selbst der Gesuchsgegner anlässlich der vorinstanzlichen Verhandlung vom 28. März 2018 bestätigt. Damals liess er ausführen, der Durchschnittslohn gemäss "ver- schiedenen Lohnanalysen" betrage im fünften Anstellungsjahr Fr. 3'400.– pro Monat. Aus diesem Grund könne auch dem Gesuchsgegner nicht mehr als ein durchschnittlicher Lohn von Fr. 3'400.– als hypothetisches Einkommen angerech- net werden (Urk. 26 S. 19; vgl. auch Urk. 6/47/2 im Parallelverfahren LY190016- O). In seiner Berufungsschrift führt der Gesuchsgegner abermals aus, dass dem Lohnbuch 2018 des Zürcher Amtes für Wirtschaft

zu entnehmen sei, dass ein Taxifahrer ab dem fünften Anstellungsjahr durchschnittlich Fr. 3'400.– im Monat verdiene. Es sei aber wegen des starken Wettbewerbsdrucks und der fortgesetzten Verschlechterung der Arbeitsbedingungen in der Taxibranche bei der Berücksichtigung des Einkommens auf jeden Fall der "effektive Verdienst" des Gesuchsgegners zu berücksichtigen (Urk. 56/44 S. 5). Wie soeben ausgeführt, lässt sich die-

- 15 - ser aus den eingereichten Steuererklärungen bzw. den beigelegten Umsatzaufstellungen nicht eruieren.

### **E. 3.1**

Die Vorinstanz legte die Unterhaltsbeiträge für den Sohn D. \_\_\_\_\_ im vorliegenden Eheschutzverfahren lediglich für den Zeitraum vom 1. Dezember 2017 bis zum 14. Februar 2018 (Datum der Anhängigmachung der Scheidung) fest (Dispositivziffer 3 lit. a). Für die Zeit danach sei der Scheidungsrichter im Rahmen von

- 9 - vorsorglichen Massnahmen zuständig (Urk. 45 S. 4). Entsprechend erliess die Vorinstanz zeitgleich eine zweite Verfügung, mit welcher sie die Unterhaltsbeiträge für die Zeit nach Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens regelte. Auch diesen Entscheid haben beide Parteien angefochten, und es wurde diesbezüglich ein separates Berufungsverfahren unter der Geschäfts-Nr. LY190016-O angelegt. Die vorerwähnte (intertemporale) Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen dem Eheschutz- und dem Scheidungsgericht wurde von den Parteien zu Recht nicht beanstandet. Die Parteien rügen allerdings die von der Vorinstanz vorgenommene Einkommens- und Bedarfsberechnung und damit den festgesetzten Unterhaltsbeitrag für den Sohn D. \_\_\_\_\_ in der Höhe von Fr. 1'614.– pro Monat.

### **E. 3.2**

Erwerbseinkommen des Gesuchsgegners

#### **E. 3.2.1**

Die Vorinstanz erwog im Zusammenhang mit dem Einkommen des Gesuchsgegners im Wesentlichen was folgt: Der Gesuchsgegner sei selbstständiger Taxifahrer und gelegentlich im Auftrag von G. \_\_\_\_\_ tätig. Gemäss Steuererklärungen habe er in den Jahren 2015 bis 2017 im Durchschnitt ein Nettoeinkommen von rund Fr. 2'860.– pro Monat erwirtschaftet. Allerdings könne hinsichtlich des Einkommens des Gesuchsgegners nicht allein auf die Steuererklärungen abgestellt werden. Im Rahmen der Steuererklärung dürfe ein Selbständigerwerbender seinen Geschäftsertrag (legitimerweise) konservativ ausweisen. Bei der Berechnung des Kinderunterhalts sei jedoch ein strengerer Massstab anzulegen. Wenn wie hier gewichtige Anhaltspunkte dafür vorhanden seien, dass die Zahlen der Steuererklärung nicht der Realität entsprechen oder nicht schlüssig seien, so dürfe davon abgewichen werden. Dass der Gesuchsgegner tatsächlich nur gerade Fr. 2'883.– monatlich verdiene, wie er ausführen lasse, sei nicht glaubhaft vor dem Hintergrund, dass er selber angebe, er arbeite ausserordentlich viel, an sechs Tagen pro Woche und oft auch nachts. Gemäss aktuellen Erhebungen des Lohnbuches Schweiz 2018 verdiene ein Taxifahrer ab dem 5. Anstellungsjahr Fr. 3'400.– pro Monat. Dieses Einkommen entspreche dem GAV-Lohn (Kanton Basel-Stadt) bzw. der Lohnempfehlung aus der Grossregion Nordwestschweiz. Wie bereits erwogen, sei bei der Schätzung des (tatsächlichen) Einkommens zu berücksichtigen, dass der Gesuchsgegner – wie er selbst ausgeführt habe –

aus-

- 10 - serordentlich viel und vor allem oft nachts arbeite und dass er zusätzlich für G. \_\_\_\_\_ tätig sei. Letzteres bringe ihm eine weitere Quelle an Kunden und Fahr- ten. Es rechtfertige sich daher, dem Gesuchsgegner ein geschätztes Einkommen von insgesamt Fr. 3'800.– anzurechnen (Urk. 45 E. III.2.3.1).

### **E. 3.2.2**

Der Gesuchsgegner kritisiert vor Obergericht die vorstehende Einkommensberechnung. Die Vorinstanz sei von einem hypothetischen Einkommen in der Höhe von Fr. 3'800.– ausgegangen, was nicht nur aktenwidrig, sondern auch unangemessen und willkürlich sei. Die angebliche Aussage des Gesuchsgegners, dass er viel arbeite, könne nicht dazu führen, dass ihm ein übermässig hoher Lohn angerechnet werde. Er arbeite ausschliesslich nachts von 19:30 Uhr bis 05:00 Uhr in einem Vollzeitpensum und habe dadurch seine Arbeitskapazität voll ausgeschöpft. Die Tatsache, dass er während fünf bis sechs Abenden in der Woche einsatzbereit sei, heisse noch nicht, dass er während dieser Zeit durchgehend ein Einkommen erziele. Wie allgemein bekannt sei, müssten Taxifahrer lange auf ihre Kundschaft warten und könnten während dieser Präsenzzeit keinen Verdienst erzielen. Die Konkurrenz in dieser Branche sei ausserordentlich gross und es komme oft vor, dass der Gesuchsgegner trotz Fahrbereitschaft kaum Kundschaft bekomme. Für G. \_\_\_\_\_ arbeite er, entgegen den Ausführungen der Vorinstanz, seit einem Jahr nicht mehr. Das lasse sich mit dem beigelegten Kontoauszug nachweisen. Der Gesuchsgegner erziele gemäss den eingereichten Steuererklärungen aus den Jahren 2015 bis 2018 ein durchschnittliches Nettoeinkommen von monatlich Fr. 2'649.–. Es sei überdies dem Lohnbuch 2018 des Zürcher Amtes für Wirtschaft zu entnehmen, dass Taxifahrer im Vergleich zu anderen Branchen ganz unten stünden. Demnach verdiene ein Taxifahrer ab dem 5. Anstellungsjahr durchschnittlich Fr. 3'400.– pro Monat. Es sei aber gerade wegen des starken Wettbewerbsdrucks und einer fortgesetzten Verschlechterung der Arbeitsbedingungen in der Taxibranche bei der Berücksichtigung des Einkommens in casu auf jeden Fall der effektive Verdienst des Gesuchsgegners zu berücksichtigen. Es solle ausserdem der Tatsache Rechnung getragen werden, dass der Gesuchsgegner 50 Jahre alt sei. Er arbeite seit 15 Jahren ausschliesslich als Taxifahrer, weshalb von ihm nicht erwartet werden könne, einen anderen bzw. einen besser bezahlten Job zu finden. Ein hypothetisches Einkommen in der Höhe von

- 11 - Fr. 3'800.– könne dem Gesuchsgegner unter diesen Umständen auf keinen Fall angerechnet werden (Urk. 56/44 S. 4-6).

### **E. 3.2.3**

Die Gesuchstellerin bringt im Zusammenhang mit dem Einkommen des Gesuchsgegners vor Obergericht zusammengefasst Folgendes vor: Der Gesuchsgegner versäume es nach wie vor, die erforderlichen Kassabücher, Bilanzen und Erfolgsrechnungen vorzulegen. Diese seien bei einem Selbstständigerwerbenden allerdings von Nöten, wolle er ein konkretes Einkommen geltend machen. Diesbezüglich habe die Gesuchstellerin schon vorinstanzlich verschiedene Editionsbegehren gestellt, welchen der Gesuchsgegner aber ungenügend nachgekommen sei. Da der Gesuchsgegner die entsprechenden Buchhaltungsunterlagen der letzten Jahre bisher nicht beigebracht habe, obwohl sich diese Urkunden bei seinem Treuhänder befänden, welcher alljährlich seine Steuern erledige, vermöge er seine Behauptung, er verdiene kaum etwas, nicht rechtsgenügend zu

substantiieren bzw. zu belegen. In einem solchen Fall sei gemäss Gerichtspraxis auf die Lohnstrukturtabellen des Bundesamtes für Statistik zurückzugreifen bzw. seien hypothetische Einkünfte festzulegen. Dies habe die Gesuchstellerin im vor- instanzlichen Verfahren getan, indem sie dem Gesuchsgegner gemäss Lohn- strukturtabellen 2015 ein Nettoeinkommen von rund Fr. 4'500.– angerechnet ha- be. Vor Obergericht verzichte die Gesuchstellerin nun aber wegen der aktuell zu- gegebenermassen schwierigen Wirtschaftslage im Taxigewerbe darauf, auf die- sem Betrag zu beharren, bzw. akzeptiere sie das durch die Vorinstanz festgelegte hypothetische Monatssalär von Fr. 3'800.– netto (Urk. 59 S. 6 f.).

#### **E. 3.2.4**

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung berechnet sich das Einkommen bei selbstständiger Erwerbstätigkeit aus dem Reingewinn, der entweder als Ver- mögensstandsgewinn (Differenz zwischen dem Eigenkapital am Ende des laufen- den und am Ende des vorangegangenen Geschäftsjahres) oder als Gewinn in ei- ner ordnungsgemässen Erfolgsrechnung ausgewiesen wird. Um ein einigermas- sen zuverlässiges Resultat zu erreichen und namentlich um Einkommenschwan- kungen Rechnung zu tragen, sollte auf das Durchschnittsnettoeinkommen mehre- rer – in der Regel der letzten drei – Jahre abgestellt werden. Auffällige, d.h. be- sonders gute oder besonders schlechte Abschlüsse können unter Umständen

- 12 - ausser Betracht bleiben (BGE 143 III 617 E. 5.1, m.w.H.; BGer 5A\_127/2016 vom 18. Mai 2016, E. 5.2; BGer 5A\_937/2016 vom 5. Oktober 2017, E. 3.2.2; BGer 5A\_834/2016 vom 13. Juni 2018, E. 5.1.5). Insbesondere im summarischen Ver- fahren ist zur Ermittlung des Einkommens grundsätzlich auf die Bilanz bzw. die Erfolgsrechnung abzustellen (OGer ZH LE180029 vom 06.09.2018, E. III.3, mit Verweis auf ZK-Bräm/Hasenböhler, Art. 163 ZGB N 76).

#### **E. 3.2.5**

In casu liegen keine verwertbaren bzw. ordnungsgemässen Buchhal- tungsunterlagen des Gesuchsgegners vor. Sowohl in der Vorladung vom 22. De- zember 2017 als auch in derjenigen vom 7. März 2018 wurde der Gesuchsgegner im erstinstanzlichen Verfahren aufgefordert, Lohnabrechnungen bzw. bei selb- ständiger Erwerbstätigkeit "die beiden letzten Geschäftsabschlüsse, Bilanz und Erfolgsrechnung, sowie eine lückenlose Aufstellung über Privatbezüge" einzu- reichen (Urk. 8/1 und 24/1). Dieser Aufforderung ist der Gesuchsgegner (bis heu- te) nicht nachgekommen. In den Akten liegen einzig die Steuererklärungen der Jahre 2015 bis 2018 (Urk. 15/1+2, Urk. 56/47/3 sowie Urk. 6/47/1 im Parallelver- fahren LY190016-O). Wie die Vorinstanz allerdings bereits zu Recht ausgeführt hat, kann bei Selbständigerwerbenden nicht alleine auf die Steuererklärungen ab- gestellt werden, da ein Unternehmer steuerrechtlich seinen Geschäftsertrag (legi- timerweise) konservativ ausweisen darf. Bei der Berechnung von familienrechtli- chen Unterhaltsbeiträgen sei jedoch ein strengerer Massstab anzulegen, so die Vorinstanz weiter (Urk. 45 S. 10). Mit diesen nachvollziehbaren vorinstanzlichen Erwägungen setzt sich der Gesuchsgegner in seiner Berufungsschrift nicht ausei- nander. Die in den Steuererklärungen ausgewiesenen "Einkünfte aus selbständi- ger Erwerbstätigkeit" beruhen allesamt lediglich auf Angaben des Gesuchsgeg- ners, die weder belegt noch überprüfbar sind. Zudem nimmt der Gesuchsgegner in seinen Steuererklärungen regelmässig Abzüge vor, die steuerrechtlich durch- aus zulässig sein mögen, im Rahmen von familienrechtlichen Unterhaltsberech-

nungen allerdings nicht zu berücksichtigen sind. So machte der Gesuchsgegner beispielsweise in den letzten drei Jahren jeweils einen Mietanteil in der Höhe von Fr. 2'400.– für die "geschäftliche Nutzung eigener privater oder privat gemieteter Liegenschaften" geltend (Urk. 15/1, Urk. 56/47/3 und Urk. 6/47/1 im Parallelverfahren LY190016-O, jeweils Seite 3 des Hilfsblatts A). Diese (angeblichen) Auf-

- 13 - wände sind nicht belegt und stellen auch keine tatsächlich gewinnschmälernden Auslagen dar. Dasselbe gilt für den vom Gesuchsgegner in der Steuererklärung 2018 aufgeführten "Personalaufwand ohne persönliche AHV- und BVG-Beiträge sowie ohne Eigensalar" in der Höhe von ebenfalls Fr. 2'400.– (Urk. 56/47/3, Seite

### **E. 3.2.6**

Die Vorinstanz hat dem Gesuchsgegner ein zusätzliches Einkommen aus der Tätigkeit für G.\_\_\_\_\_ in der Höhe von Fr. 400.– pro Monat angerechnet (vgl. Urk. 45 S. 12). Der Gesuchsgegner bringt berufsungsweise vor, dass er "seit einem Jahr" (d.h. seit ca. April 2018) nicht mehr für G.\_\_\_\_\_ arbeite. Dies lasse sich mit dem beigelegten Kontoauszug nachweisen. Die Entschädigungen für die Tätigkeit als G.\_\_\_\_\_-Fahrer seien in der Vergangenheit direkt dem Konto des Gesuchsgegners gutgeschrieben worden. Diese Überweisungen seien im Kontoauszug der letzten vier Monate nicht mehr ersichtlich, woraus sich schliessen lasse, dass er diese Tätigkeit nicht mehr ausübe (Urk. 56/44 S. 5). Im vorliegenden Eheschutzverfahren geht es lediglich um die Unterhaltsbeiträge für den Zeitraum vom 1. Dezember 2017 bis zum 14. Februar 2018 (vgl. Urk. 45 Dispositivziffer 3 lit. a des Urteils). Zu dieser Zeit war der Gesuchsgegner nachweislich noch für G.\_\_\_\_\_ tätig, was sich aus den entsprechenden Kontoauszügen ergibt (Urk. 6/5/4 und 6/19/1 im Parallelverfahren LY190016-O). Die vom Gesuchsgegner im Berufungsverfahren eingereichten Kontoauszüge betreffen hingegen die Zeitspanne vom 13. November 2018 bis 12. März 2019 (Urk. 56/47/5) und sind dementsprechend für das vorliegende Eheschutzverfahren nicht von Relevanz. Gemäss Kontoauszug der H.\_\_\_\_\_ vom 22. März 2018 hat der Gesuchsgegner im hier interessierenden Zeitraum von Dezember 2017 bis Mitte Februar 2018 regelmässig (teils beträchtliche) Gutschriften von "G.\_\_\_\_\_" erhalten (Urk. 6/19/1 im Parallelverfahren LY190016-O, S. 22-27). Somit ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz dem Gesuchsgegner im vorliegenden Eheschutzverfahren ein Zusatz Einkommen aus seiner (damaligen) Tätigkeit als G.\_\_\_\_\_-Fahrer angerechnet hat.

### **E. 3.2.7**

Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen hat der Gesuchsgegner mit seiner Berufung weder eine falsche Rechtsanwendung noch eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz im Sinne von Art. 310 ZPO dargelegt. Das dem Gesuchsgegner von der Vorinstanz angerechnete Gesamteinkommen

- 16 - von Fr. 3'800.– erscheint nach dem Gesagten angemessen und ist entsprechend nicht zu beanstanden.

## **E. 3.3**

Bedarfsberechnung

### **E. 3.3.1**

Die Vorinstanz ging bei der Gesuchstellerin von einem Bedarf von Fr. 3'043.– und beim Gesuchsgegner von einem solchen von Fr. 2'186.– aus (Urk. 45 S. 9 und S. 12).

### **E. 3.3.2**

Die Gesuchstellerin beanstandet mit ihrer Berufung, dass in ihrem Bedarf kein Betrag für den öffentlichen Verkehr eingerechnet worden sei. Sie sei seit dem Auszug des Gesuchsgegners im November 2017 alleinerziehende Mutter und auf Stellensuche, welche bis heute andauere. Ferner müsse sie für sich und D.\_\_\_\_\_ Wocheneinkäufe tätigen, mit dem Sohn zu Ärzten fahren und ihn zur Schule begleiten. Diese Mobilitätskosten seien auch betreffend die Zeit von Dezember 2017 bis Mitte Februar 2018 in der Höhe von Fr. 84.– monatlich ausgewiesen und in den Bedarf der Gesuchstellerin aufzunehmen (Urk. 44 S. 3). Als Zuschlag zum monatlichen Grundbetrag sind im familienrechtlichen Existenzminimum lediglich die Kosten der Fahrt zum Arbeitsplatz als Teil der unumgänglichen Berufskosten zu berücksichtigen (vgl. Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich "Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums" vom 16. September 2009, Ziff. III.3.4; fortan "Kreisschreiben"). Darüber hinausgehende Verkehrskosten sind im familienrechtlichen Existenzminimum nicht zu berücksichtigen. Die Kosten für weitere Fahrten (z.B. an Sportanlässe und kulturelle Veranstaltungen oder für Besuche bei Freunden und Verwandten, Behördengänge, Arztbesuche, etc.) sind aus dem Grundbetrag oder einem allfälligen Überschussanteil zu finanzieren (OGer ZH LE160027 vom 09.11.2016, E. C.5; Six, Eheschutz, 2. Aufl., Bern 2014, Rz 2.114). Nach dem Gesagten ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz der (nicht erwerbstätigen) Gesuchstellerin im vorliegenden (Manko-) Fall keine Kosten für den öffentlichen Verkehr angerechnet hat.

- 17 -

### **E. 3.3.3**

Weiter beanstandet die Gesuchstellerin im Zusammenhang mit ihrem Bedarf, dass die Vorinstanz die ausgewiesenen Ratenzahlungen aus Kreditkartenschulden betreffend Einkäufe bei I.\_\_\_\_\_ von Fr. 25.– pro Monat nicht angerechnet habe, obwohl diese Schulden familiärer Natur und durch die Parteien während des Zusammenlebens gemeinsam verursacht worden seien. Seit der Trennung im November 2017 bezahle die Gesuchstellerin diese Schulden mit monatlich Fr. 59.– bzw. Fr. 60.– alleine ab, weshalb diese in der Höhe von Fr. 25.– in ihrem Bedarf zu berücksichtigen seien (Urk. 44 S. 3). Gemäss Rechtsprechung werden Schulden, welche die Ehegatten für den gemeinsamen Lebensunterhalt aufgenommen haben oder für welche sie solidarisch haften, nur dann im Bedarf berücksichtigt, wenn sie regelmässig abbezahlt werden resp. bereits vor der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts regelmässig abbezahlt wurden (OGer ZH LE180050 vom 08.02.2019 E. III.4.6.4, mit Hinweisen auf die entsprechende Bundesgerichtliche Rechtsprechung). Berücksichtigt werden somit nur regelmässig abbezahlte Schulden, weil sie den Bedarf des Zahlenden erhöhen (BGer 5A\_816/2014 vom 3. März 2015, E. 4.3). Nachweise für regelmässige Abzahlungen fehlen vorliegend. In ihrer Berufungsschrift verweist die Gesuchstellerin diesbezüglich lediglich auf "Kopien Ratenzahlungsbestätigung Schulden I.\_\_\_\_\_ / J.\_\_\_\_\_ sowie Abrechnung I.\_\_\_\_\_" in den Vorakten (Urk. 44 S. 3). Die entsprechenden Akten bzw. Aktenstellen, woraus sich die angebliche Schuldentilgung ergibt, bezeichnet die Gesuchstellerin allerdings nicht. Es ist nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und die Rechtsschriften der Vorinstanz zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Soweit ersichtlich, hat die Gesuchstellerin im vorinstanzlichen Verfahren lediglich einen Einzahlungsschein der "J.\_\_\_\_\_ AG" sowie eine Kopie ihrer I.\_\_\_\_\_ "Shopping Card" eingereicht (Urk. 21/8).

Mit diesen Urkunden lässt sich eine regelmässige Schulden tilgung nicht belegen. Auch mit den im Parallelverfahren eingereichten Kopien des "Quittungsbüchleins" lassen sich keine regelmässigen Abzahlungen während der hier interessierenden Zeitperiode von Dezember 2017 bis Mitte Februar 2018 nachweisen (Urk. 4/4 im Parallelverfahren LY190016-O). Unter diesen Umständen kommt eine Berücksichtigung von Abzahlungsraten im Existenzminimum der Gesuchstellerin im vorliegenden Eheschutzverfahren nicht in Frage.

- 18 -

#### **E. 3.3.4**

Schliesslich bringt die Gesuchstellerin vor, es seien zu ihren Gunsten ausgewiesene EWZ-Kosten in der Höhe von monatlich Fr. 10.– anzurechnen, da diese schon immer nebst den Brutto-Mietzinsen angefallen seien und durch die Gesuchstellerin gedeckt werden müssten (Urk. 44 S. 3). Sämtliche Energiekosten (ohne Heizung) sind gemäss Ziff. II des Kreisschreibens bereits im Grundbetrag enthalten und daher nicht separat im Bedarf zu berücksichtigen (vgl. auch OGer ZH LE170070 vom 12.07.2018, E. III.C.5.3). Demnach ist der Gesuchstellerin für die von ihr geltend gemachten Stromkosten – in Übereinstimmung mit der Vorinstanz – kein zusätzlicher Betrag im Grundbedarf einzurechnen.

#### **E. 3.3.5**

Was den Bedarf des Gesuchsgegners anbelangt, beanstandet die Gesuchstellerin den von der Vorinstanz eingesetzten Betrag für Wohnkosten von Fr. 765.– (inkl. Parkplatz für Fr. 65.–). Der Gesuchsgegner habe bezüglich Mietkosten einen Untermietvertrag vom 15. November 2017 betreffend die 3.5-Zimmer-Wohnung im ersten Stock der C.\_\_\_\_-strasse ... in Zürich eingereicht, wonach er monatlich Fr. 550.– Untermiete bezahle. Dementsprechend sei ihm – entgegen der vorinstanzlichen Annahme – dieser Betrag anzurechnen (Urk. 44 S. 4). Der Gesuchsgegner bringt in diesem Zusammenhang vor, es seien ihm angemessene Wohnkosten von mindestens Fr. 1'200.– anzurechnen. Die Tatsache, dass er vorübergehend bei seinem Sohn lebe und dadurch seinen Wohnkomfort und die Wohnkosten freiwillig senke, solle den anderen Ehegatten nicht begünstigen (Urk. 60 S. 4). Grundsätzlich sind im familienrechtlichen Bedarf die effektiven Wohnkosten zu berücksichtigen. Es ist jedoch zulässig, einer Partei bei der Berechnung ihres Notbedarfs nicht die tatsächlichen, freiwillig zu tief gehaltenen Wohnkosten, sondern denjenigen Betrag anzurechnen, den sie an sich verbrauchen dürfte. Dabei kommt es darauf an, ob davon auszugehen ist, dass es sich um eine vorübergehende Wohnsituation handelt, welche als unangemessen erachtet wird und demnächst geändert werden soll (vgl. ZR 87/1988 Nr. 114; ZR 104/2005 Nr. 54 S. 207 E. 2.c.; Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2010, Rz. 02.34). Im vorliegenden Eheschutzverfahren ist der Unterhaltsanspruch lediglich für einen beschränkten (in der Vergangenheit liegenden) Zeitraum von rund zwei-

- 19 - einhalb Monaten zu beurteilen. Es geht nicht darum, dem Gesuchsgegner im Hinblick auf die Zukunft hypothetische Wohnkosten anzurechnen, weil er sich vorübergehend "wohnmässig" einschränkt. Damit ist für die abgeschlossene Periode vom 1. Dezember 2017 bis zum 14. Februar 2018 von den tatsächlichen Gegebenheiten auszugehen und es sind dem Gesuchsgegner – entgegen der Vorinstanz (Urk. 45 S. 12) – (rückwirkend) keine höheren hypothetischen Mietkosten anzurechnen. Gemäss dem in den Akten liegenden Untermietvertrag vom 15. November 2017 beträgt der monatliche Mietzins Fr. 550.– (Urk.

47/8). Weiter sind die Parkplatzkosten von Fr. 65.– pro Monat zu berücksichtigen (Urk. 45 S. 12; Urk. 6/6/1). Der Gesuchsgegner ist von Beruf Taxifahrer und entsprechend auf ein Fahrzeug und somit auch auf einen Parkplatz angewiesen. Da es sich beim festgesetzten Einkommen des Gesuchsgegners, wie vorstehend erwogen, um eine Schätzung handelt, spielt es auch keine Rolle, ob er die Kosten für den Abstellplatz in seiner "Buchhaltung" als Geschäftsauslagen abzieht, wie von der Gesuchstellerin behauptet (vgl. Urk. 44 S. 4). Zusammenfassend ist beim Gesuchsgegner von Mietkosten von insgesamt Fr. 615.– (inkl. Parkplatz) auszugehen.

### **E. 3.3.6**

Betreffend Steuern bringt der Gesuchsgegner vor Obergericht schliesslich vor, die Vorinstanz habe bei der erwerbslosen Gesuchstellerin die Steuern mit einem Betrag von Fr. 100.– berücksichtigt. Dagegen würden beim erwerbstätigen Gesuchsgegner keine Steuern anerkannt, was eine Ungleichbehandlung der Parteien bedeute. Im Sinne der Gleichbehandlung seien auch dem Gesuchsgegner mindestens Fr. 250.– an Steuerauslagen anzurechnen (Urk. 60 S. 4). Die Gesuchstellerin bestreitet diese Ausführungen und beantragt, dass die Steuern entweder bei beiden oder bei keinem Ehegatten berücksichtigt würden (Urk. 62 S. 3). Bei knappen finanziellen Verhältnissen – wie sie in casu eindeutig vorliegen – sind die laufenden und verfallenen Steuern nicht als Zuschlag zum Grundbetrag in das familienrechtliche Existenzminimum aufzunehmen (BGE 140 III 337 E. 4.4; BGE 126 III 353 E. 1a/aa). Im Sinne des Gleichbehandlungsgrundsatzes rechtfertigt es sich somit, dass in Mankofällen die Steuern bei beiden Ehegatten unberücksichtigt bleiben.

- 20 -

### **E. 3.3.7**

Zusammenfassend reduzieren sich die Lebenshaltungskosten der Gesuchstellerin im Vergleich zum vorinstanzlichen Urteil (vgl. Urk. 45 S. 9) um Fr. 100.– (Steuern) auf insgesamt Fr. 2'943.–. Da die Gesuchstellerin während der relevanten Unterhaltsperiode kein eigenes Einkommen erwirtschaftete, handelt es sich beim Betrag von Fr. 2'943.– gleichzeitig um den Anspruch des Sohnes auf Betreuungsunterhalt (vgl. Urk. 45 S. 9). Zusammen mit dem Barbedarf des Sohnes von Fr. 961.– (Urk. 45 S. 8) hat D. \_\_\_\_\_ einen Unterhaltsanspruch von insgesamt Fr. 3'704.– (Fr. 2'943.– + Fr. 961.– ./ Fr. 200.– [Familienzulagen]). Beim Existenzminimum des Gesuchsgegners reduzieren sich gemäss vorstehenden Erwägungen die Wohnkosten um Fr. 150.–, was einen Gesamtbedarf von Fr. 2'036.– ergibt (vgl. Urk. 45 S. 12). Aus den vorstehend wiedergegebenen Einkommens- und Bedarfswerten ergibt sich im Unterschied zum angefochtenen Entscheid folgende Unterhaltssituation (vgl. Urk. 45 S. 13): Einkommen Gesuchsgegner Fr. 3'800.– Bedarf Gesuchsgegner - Fr. 2'036.– Leistungsfähigkeit Fr. 1'764.– Unterhaltsanspruch Kind Fr. 3'704.– davon gedeckt Fr. 1'764.– davon ungedeckt Fr. 1'940.–

### **E. 3.3.8**

Mit dem festgesetzten Unterhaltsbeitrag von monatlich Fr. 1'764.– kann der Barbedarf des Sohnes vollständig gedeckt werden. Beim Betreuungsunterhalt besteht hingegen ein Fehlbetrag bzw. ein Manko von Fr. 1'940.– pro Monat, was im Entscheiddispositiv entsprechend festzuhalten ist (vgl. Art. 301a lit. c ZPO).

### **E. 3.4**

Bemessungsfaktoren

### **E. 3.4.1**

Die Vorinstanz hielt in Zusammenhang mit den finanziellen Verhältnissen im Dispositiv fest, dass bei beiden Parteien kein Vermögen vorhanden sei (Urk. 45 Dispositivziffer 3 lit. d des Urteils). Nach Ansicht der Gesuchstellerin sei diese Feststellung nicht korrekt, weshalb der entsprechende Vermerk zu entfer-

- 21 - nen bzw. eine Leerstelle oder der Vermerk «in Abklärung» einzufügen sei. Der Gesuchsgegner finanziere mittels eines (zu) teuren Leasings, welches u.a. auch die Amortisation einschliesse, sein (luxuriöses) Geschäftsfahrzeug der Marke Mercedes-Benz aus Errungenschaft, woraus eine güterrechtliche Forderung der Ehefrau resultiere. Ferner gebe es eine Lebensversicherungspolice bei der K.\_\_\_\_\_, ein Mietkautionsdepot sowie Bankguthaben etc., welche zu klären und zu teilen seien (Urk. 44 S. 4 f.).

### **E. 3.4.2**

Nach Art. 59 ZPO tritt das Gericht auf eine Klage oder ein Gesuch ein, wenn die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind. Grundlegende Prozessvoraussetzung ist das schutzwürdige Interesse der klagenden Partei (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens entspricht das Rechtsschutzinteresse der Beschwer. Vorausgesetzt ist entweder eine formelle oder eine materielle Beschwer. Während die formelle Beschwer darin gründet, dass das Dispositiv des erstinstanzlichen Entscheids von den Rechtsbegehren der rechtsmittelwilligen Partei abweicht, bedeutet materielle Beschwer, dass sich der erstinstanzliche Entscheid in seinen rechtlichen Wirkungen nachteilig auswirkt und daher ein Interesse an seiner Abänderung verschafft. Vorliegend ist nicht ersichtlich, inwiefern die vorinstanzliche Feststellung zum Vermögen der Parteien nachteilige Auswirkungen auf die Rechtsstellung der Gesuchstellerin haben sollte. Diesbezüglich führt die Gesuchstellerin lediglich aus, sie habe den erwähnten Antrag gestellt, weil sie eine präjudizierende Wirkung aufgrund des Vermerks "Vermögen je (<) Fr. 0.-" nicht riskieren möchte (Urk. 62 S. 5). Eine solche präjudizierende Wirkung besteht nicht. Der Scheidungsrichter ist nicht an die Feststellungen des Eheschutzrichters betreffend das Vermögen der Parteien gebunden. Für die güterrechtliche Auseinandersetzung gilt der Verhandlungs- und Dispositionsgrundsatz (Art. 277 Abs. 1 sowie Art. 55 und 58 ZPO). Damit ist es im Rahmen des Scheidungsverfahrens Sache der antragstellenden Partei, ihre güterrechtlichen Ansprüche rechtsgenügend zu beziffern, zu substantiieren und zu belegen. Die Feststellungen des Eheschutzrichters im Zusammenhang mit dem Vermögen der Ehegatten haben diesbezüglich keinen Einfluss. Der Scheidungsrichter hat unabhängig davon zu beurteilen, ob die geltend gemachten güterrechtlichen Ansprüche Bestand haben oder nicht. Nach dem Gesagten ist die Gesuchstellerin in Be-

- 22 - zug auf ihren Berufungsantrag Ziff. 2 (Urk. 44 S. 2) nicht beschwert, weshalb darauf nicht einzutreten ist.

### **E. 3.5**

Erstinstanzliches Kostendispositiv Die vorinstanzliche Kostenauflegung gemäss Dispositivziffern 5 und 6 des angefochtenen Urteils (Urk. 45 S. 17) blieb unangefochten und erscheint nach wie vor angemessen und sachgerecht, weshalb sie zu bestätigen ist.

## **E. 4**

Zweitinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfolgen

### **E. 4.1**

Die Höhe der Gerichtsgebühr richtet sich für das Berufungsverfahren nach § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2, § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 2 lit. b der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG). Unter Berücksichtigung des tatsächlichen Streitinteresses, des Zeitaufwands des Gerichts, der Schwierigkeit des Falles sowie mit Blick auf den Umstand, dass das vorliegende Eheschutzverfahren und das Parallelverfahren LY190016-O zwar unterschiedliche Zeitperioden betreffen, die umstrittenen Punkte jedoch bis auf das Einkommen der Gesuchstellerin dieselben waren, erscheint eine Gerichtsgebühr von Fr. 1'000.– angemessen.

#### **E. 4.2**

Die Prozesskosten werden den Parteien nach Massgabe ihres Unterliegens und Obsiegens auferlegt (Art. 106 ZPO). Umstritten waren im vorliegenden Berufungsverfahren lediglich die Kinderunterhaltsbeiträge für den Zeitraum vom 1. Dezember 2017 bis zum 14. Februar 2018. Die Gesuchstellerin beantragt mit ihrer Berufung die Zusprechung eines Unterhaltsbeitrags von insgesamt Fr. 4'572.– (Fr. 1'829.– x 2.5 Monate; Urk. 44 S. 2). Der Gesuchsgegner seinerseits verlangt vor Obergericht eine Reduktion der Unterhaltsbeiträge auf Fr. 463.– monatlich (Urk. 56/44 S. 2) bzw. total Fr. 1'158.– für die relevante Unterhaltsperiode von zweieinhalb Monaten. Gemäss vorstehenden Erwägungen wird der Gesuchsgegner im vorliegenden Eheschutzverfahren verpflichtet, einen Kinderunterhaltsbeitrag von monatlich Fr. 1'764.– zu leisten, was einen Gesamtbetrag von

- 23 - Fr. 4'410.– ergibt. Damit entspricht der vorliegend festgesetzte Unterhaltsbeitrag bis auf Fr. 162.– dem Antrag der Gesuchstellerin. Aufgrund dieser vernachlässigbaren Differenz rechtfertigt es sich, die Gerichtskosten vollumfänglich dem unterliegenden Gesuchsgegner aufzuerlegen.

#### **E. 4.3**

Ausgangsgemäss ist der Gesuchsgegner sodann zu verpflichten, der Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren eine volle Parteientschädigung zu bezahlen. Die Parteientschädigung für anwaltlich vertretene Parteien (Art. 95 Abs. 3 lit. a und b ZPO) spricht das Gericht nach den Tarifen (Art. 96 ZPO) bzw. der Anwaltsgebührenverordnung vom 8. September 2010 (AnwGebV) zu. Die Parteientschädigung ist in Anwendung von § 13 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 3, § 9 und § 11 AnwGebV sowie unter Berücksichtigung des Umstandes, dass der Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens mit demjenigen des Parallelverfahrens LY190016-O bis auf die unterschiedlichen Zeitperioden und das Einkommen der Gesuchstellerin identisch war, auf Fr. 1'500.– festzusetzen, mangels eines entsprechenden Antrages ohne Mehrwertsteuerzuschlag (vgl. Urk. 44 und 59, je S. 2).

#### **E. 4.4**

Beide Parteien ersuchen um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands für das Berufungsverfahren (Urk. 44 S. 2; Urk. 56/44 S. 2). Die Gesuchstellerin stellt überdies sinngemäss einen Antrag auf Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags (Urk. 44 S. 2). Wie sich nachfolgend zeigen wird, verfügt der Gesuchsgegner nicht über genügend finanzielle Mittel, um einen solchen Prozesskostenbeitrag zu leisten, weshalb der entsprechende Antrag der Gesuchstellerin abzuweisen ist.

#### **E. 4.4.1**

Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechts- pflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechts- begehren 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).

#### **E. 4.4.2**

Nachdem der Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren keine Gerichts- kosten auferlegt werden, ist ihr Gesuch gegenstandslos und entsprechend abzu-

- 24 - schreiben, soweit es sich auf die Befreiung von den Gerichtskosten (Art. 118 Abs. 1 lit. b ZPO) bezieht. Das Gesuch um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes darf gemäss Bundesgericht hingegen nicht schon deshalb als gegenstandslos gewor- den abgeschrieben werden, weil der bedürftigen Partei eine Parteientschädigung zugesprochen wurde. Ein solches Vorgehen ist lediglich dann zulässig, wenn die Solvenz der Gegenpartei ausser Zweifel steht und damit eine Parteientschädi- gung ohne weiteres als einbringlich gelten kann. Erweist sich die Zahlungsfähig- keit demgegenüber als unsicher, muss gewährleistet bleiben, dass der Anwalt der bedürftigen Partei nötigenfalls durch den Staat gemäss Art. 122 Abs. 2 ZPO ent- schädigt wird (BGer 5A\_407/2014 vom 7. Juli 2014 E. 2.2. m.w.H.). Angesichts des Umstandes, dass auch dem Gesuchsgegner die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren ist (vgl. dazu nachstehende E. 4.4.3) und sich dessen Zahlungsfä- higkeit entsprechend als unsicher erweist, ist über das Gesuch um Bestellung ei- nes unentgeltlichen Rechtsbeistands (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO) zu entscheiden (vgl. BGer 5A\_407/2014 vom 7. Juli 2014, E. 2.2; OGer ZH RT150116 vom 11.11.2015, E. II/C/2). Die Gesuchstellerin wird nach wie vor vom Sozialamt un- terstützt (Urk. 44 S. 5; Urk. 50). Überdies besteht im Zusammenhang mit dem Be- treuungsunterhalt weiterhin ein Manko, was bedeutet, dass die Gesuchstellerin auch mit den vom Gesuchsgegner zu leistenden Unterhaltsbeiträgen ihren Bedarf und denjenigen von D. \_\_\_\_\_ nicht vollumfänglich decken kann. Insgesamt ist die Mittellosigkeit der Gesuchstellerin damit zu bejahen. Ihr im Berufungsverfahren gestelltes Rechtsbegehren war sodann nicht aussichtslos, und die rechtsunkundi- ge Gesuchstellerin war für die sachgerechte Wahrung ihrer Rechte (auch) vor Be- rufungsinstanz auf anwaltlichen Beistand angewiesen. Damit sind die Vorausset- zungen für die unentgeltliche Rechtsverbeiständung erfüllt und der Gesuchstelle- rin ist für das Berufungsverfahren die von ihr beantragte Rechtsvertretung beizu- geben.

#### **E. 4.4.3**

Im vorliegenden Mankofall verbleibt dem Gesuchsgegner nach Deckung seines Bedarfs sowie nach Abzug der zu leistenden Unterhaltsbeiträge kein Überschuss, mit welchem er die Prozesskosten des Berufungsverfahrens beglei-

- 25 - chen könnte. Dass der Gesuchsgegner über keine nennenswerten liquiden Mittel verfügt, geht zudem aus dem eingereichten Kontoauszug (Urk. 56/47/5) sowie aus den im Recht liegenden Steuererklärungen der beiden letzten Jahre (Urk. 56/47/3 und Urk. 6/47/1 im Parallelverfahren LY190016-O) hervor. 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, und eine anwaltliche Verbeiständung des rechtsunkundigen Ge- suchsgegners erscheint zur Wahrung seiner Rechte notwendig, zumal auch die Gesuchstellerin anwaltlich vertreten ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Dem Ge- suchsgegner ist deshalb für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechts- pflege zu

bewilligen und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y. \_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen. Es wird beschlossen:

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