

# ZH\_OBERGERICHT LE190045 vom 6. April 2020

ZH Obergericht, 2020-04-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LE190045](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE190045)

FR: ZH\_OBERGERICHT LE190045 du 6 avril 2020

IT: ZH\_OBERGERICHT LE190045 del 6 aprile 2020

## Erwägungen

### E. 1

Die Parteien haben am tt. August 2014 geheiratet und sind Eltern des gemeinsamen Sohnes E.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2013 (Urk. 1). Seit dem 15. Februar 2017 leben die Ehegatten getrennt (Urk. 82 S. 44). Mit Eingabe vom 13. November 2017 machte die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend: Gesuchstellerin) das vorliegende Eheschutzverfahren bei der Vorinstanz anhängig. Der weitere Prozessverlauf kann dem erstinstanzlichen Entscheid entnommen werden (Urk. 82 S. 4 ff.). Am 13. Juni 2019 fällte die Vorinstanz den eingangs wiedergegebenen Entscheid (Urk. 82 S. 43 ff.).

### E. 1.1

Der Gesuchsgegner begründet seinen Berufungsantrag um Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und Abweisung des Eheschutzgesuchs bzw. Nichteintreten darauf (Urk. 81 S. 2) mit dem Umstand, dass die Parteien aufgrund des rechtskräftigen und anerkennungsfähigen Urteils des Bezirksgerichts Aveiro (Portugal) vom 4. Juli 2018 geschieden worden seien, weshalb die Vorinstanz für den Erlass von Eheschutzmassnahmen unzuständig gewesen sei (Urk. 81 S. 6 ff.).

### E. 1.2

Hinsichtlich der Anerkennungsfähigkeit und den entsprechenden Einwendungen der Gesuchstellerin wird ausgeführt, aus der mit Eingabe bei der Vorinstanz vom 14. März 2019 eingereichten Anwaltsvollmacht und der beigelegten Korrespondenz (Urk. 68 und Urk. 69/11-13) müsse darauf geschlossen werden, dass die Gesuchstellerin Kenntnis von der Rechtshängigkeit des portugiesischen Scheidungsverfahrens gehabt habe. Als zusätzliches Beweismittel für die Anerkennungsfähigkeit des besagten Scheidungsurteils werden zweitinstanzlich erstmals Dokumente betreffend die Zustellung der Vorladung in besagtem Scheidungsverfahren vorgelegt (Urk. 85/1). Der Gesuchsgegner führt dabei unter Bezugnahme auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung aus, ausschlaggebend für die Anerkennungsfähigkeit sei nicht eine rechtsgenügende Vorladung, sondern einzig die Kenntnis vom Verfahren und die damit einhergehende Verteidigungsmöglichkeit. Indes sei vorliegend, ungeachtet des erbrachten Zustellnachweises, von einer rechtsgenügenden Vorladung auszugehen, zumal die Gesuchstellerin eine Rechtsvertretung beauftragt habe (Urk. 81 S. 7 ff.). 2. Standpunkt der Gesuchstellerin

### E. 2

Mit Eingabe vom 16. September 2019 erhob der Gesuchsgegner und Berufungskläger (nachfolgend: Gesuchsgegner) fristgerecht Berufung mit den eingangs genannten Anträgen (Urk. 79 und Urk. 81). Die Berufungsantwort vom 11. November 2019 (Urk. 88) erfolgte innert der mit Verfügung vom 21. Oktober 2019 angesetzten Frist (Urk. 87) und wurde dem Gesuchsgegner mit Verfügung vom 12. November 2019 zugestellt (Urk. 91).

### **E. 2.1**

Die Vorinstanz hat die auf Fr. 4'000.– festgesetzten Kosten des Verfahrens zuzüglich Fr. 787.50 Dolmetscherkosten und Übersetzungskosten von Fr. 537.35 der Gesuchstellerin zu einem Viertel und dem Gesuchsgegner zu drei Vierteln auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege auf die Staatskasse genommen. Zudem wurde der Gesuchsgegner verpflichtet, der Gesuchstellerin eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 3'000.– zu bezahlen (Urk. 82 S. 45 f.). Die Höhe der Gerichtsgebühr entspricht den gesetzlichen Vorgaben und wurde von den Parteien zu Recht nicht beanstandet, weshalb sie zu bestätigen ist.

- 46 -

### **E. 2.2**

Der Gesuchsgegner beantragt die Anpassung der Kostenteilung der erstinstanzlichen Gerichtskosten nach Obsiegen und Unterliegen. Zudem sei die Dispositivziffer, welche ihn zur Leistung einer Parteientschädigung verpflichte, aufzuheben (Urk. 81 S. 3). Die Gesuchstellerin verlangt eine Prozesskostenliquidation zu Lasten des Gesuchsgegners, wobei unklar bleibt, ob dieser Antrag auch für die erstinstanzlichen Prozesskosten Geltung beansprucht (vgl. Urk. 88 S. 15).

### **E. 2.3**

In der Teilvereinbarung vom 21. Februar 2018 vereinbarten die Parteien hinsichtlich der damit zusammenhängenden Kosten eine hälftige Aufteilung und die Wettschlagung der Parteientschädigung (Urk. 19). Betreffend des Antrags auf Abweisung des Eheschutzgesuchs (vgl. Prot. VI S. 32) unterliegt der Gesuchsgegner auch nach zweitinstanzlicher Beurteilung vollumfänglich. Vor erster Instanz verlangte die Gesuchstellerin in einer ersten Phase Kinderunterhaltsbeiträge von Fr. 2'524.50 und Ehegattenunterhaltsbeiträge von Fr. 774.20, in einer zweiten Phase sodann Kinderunterhaltsbeiträge von insgesamt Fr. 2'760.50 und Ehegattenunterhaltsbeiträge von Fr. 673.80 (Urk. 45). Der Antrag des Gesuchsgegners vor Vorinstanz lautete auf Verpflichtung zur Leistung von Kinderunterhaltsbeiträgen in angemessener Höhe, jedoch von maximal Fr. 200.– sowie das Absehen von der Zusprechung von Ehegattenunterhalt (Urk. 51 S. 2 und S. 8).

### **E. 2.4**

Relativ zu den mit vorliegendem Urteil zu sprechenden Unterhaltsbeiträgen ergibt sich folgendes Bild betreffend die vor Vorinstanz gestellten Anträge der Parteien:

#### **E. 2.4.1**

Der Gesuchsgegner beantragte für die Zeit vom 1. März 2017 bis 31. Juli 2019 Kinderunterhaltsbeiträge von insgesamt Fr. 5'800.– (Fr. 200.– X 29), wogegen die Gesuchstellerin insgesamt Fr. 76'986.50 (Fr. 2'524.50 X 13 + Fr. 2'760.50 X 16) forderte. Vorliegend werden für besagten Zeitraum Kinderunterhaltsbeiträge von insgesamt Fr. 59'140.– zugesprochen.

#### **E. 2.4.2**

Für die Zeit ab 1. August 2019 verlangte der Gesuchsgegner die Anordnung von monatlichen Kinderunterhaltsbeiträgen von Fr. 200.–, die Gesuchstellerin sollte in der Höhe von monatlich Fr. 2'760.50. Die mit vorliegendem Urteil anzuord-

- 47 - nenden monatlichen Kinderunterhaltsbeiträge ab 1. August 2019 betragen Fr. 1'180.–.

### **E. 2.5**

Es erhellt sich aus vorstehender Darlegung, dass im ersten Zeitraum die Gesuchstellerin mit ihren Anträgen mehrheitlich obsiegte und im zweiten Zeitraum der Gesuchsgegner zu einem grösseren Teil.

### **E. 2.6**

Hinsichtlich des Ehegattenunterhalts kann festgehalten werden, dass die Gesuchstellerin insgesamt mehr als zur Hälfte obsiegt und diesbezüglich der Gesuchsgegner als teilweise unterliegend zu erachten ist.

### **E. 2.7**

Wie vorstehend erörtert, unterliegt der Gesuchsgegner auch nach Korrektur des vorinstanzlichen Entscheids mit seinen Anträgen zu einem überwiegenderen Teil, betreffend den Antrag auf Abweisung des Eheschutzgesuchs vollumfänglich. Der vorinstanzliche Kostenentscheid erscheint demnach auch nach den abgehandelten Änderungen als angemessen und entspricht den gesetzlichen Bestimmungen (Art. 106 und 107 ZPO). Das vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Urk. 82 Dispositiv-Ziffern 7-9) ist daher zu bestätigen. 3. Kosten- und Entschädigungsfolgen des zweitinstanzlichen Verfahrens

## **E. 3**

Betreffend Kinderbelange gelten die Official- und Untersuchungsmaxime (Art. 55 Abs. 2 ZPO; Art. 58 Abs. 2 ZPO; Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO). Das Gericht ist folglich nicht an die Anträge und tatsächlichen Vorbringen der Parteien gebunden (BSK ZGB I-Breitschmid, Art. 280 N 5; vgl. auch BGE 128 III 411 E. 3.2.1). Die Untersuchungsmaxime wirkt dabei umfassend, d.h. zugunsten sämtlicher Parteien (BGer 5A\_745/2014 vom 16. März 2015, E. 2.3 mit weiteren Hinweisen). Trotz Untersuchungs- und Officialmaxime haben die Parteien indes das Tatsächliche vorzutragen und bei der Sammlung des massgebenden Prozessstoffs mitzuwirken. Insbesondere obliegt es ihnen, dem Gericht das Tatsachenmaterial mit vollständigen und bestimmten Behauptungen zu unterbreiten und die Beweismittel zu bezeichnen (Mitwirkungspflicht; BGer 5A\_357/2015 vom 19. August 2015, E. 4.2). Dies gilt verstärkt bei anwaltlicher Vertretung beider Parteien (OGer ZH LY120054 vom 27. Mai 2013, E. 1.5; vgl. auch BGE 141 III 569 E. 2.3.1 und 2.3.2).

### **E. 3.1**

Die Höhe der Gerichtsgebühr richtet sich für das Berufungsverfahren nach § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2, § 5 Abs. 1 sowie § 6 Abs. 2 lit. b der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG). Unter Berücksichtigung des tatsächlichen Streitinteresses, des Zeitaufwands des Gerichts und der Schwierigkeit des Falles erscheint eine Gerichtsgebühr von Fr. 4'000.– als angemessen.

### **E. 3.2**

Die Vorinstanz sprach – bei einer mutmasslichen Gültigkeitsdauer der Eheschutzmassnahmen von vier Jahren ab 1. März 2017 – Unterhaltsbeiträge von insgesamt Fr. 160'052.– zu. Der Gesuchsgegner beantragte im Hauptstandpunkt die Abweisung der Klage, die Gesuchstellerin verlangte die Bestätigung der vorinstanzlichen Regelung. Im Berufungsentscheid werden für besagten Zeitraum an die Gesuchstellerin zahlbare

Unterhaltsbeiträge von Fr. 104'830.– zugesprochen. Demzufolge obsiegt die Gesuchstellerin im Berufungsverfahren zu rund zwei Drit-

- 48 - tel. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind der Gesuchstellerin zu einem Drittel und dem Gesuchsgegner zu zwei Dritteln aufzuerlegen. Entsprechend ist der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin resp. seiner unentgeltlichen Rechtsvertreterin (E. E/5.6) für das Berufungsverfahren eine auf einen Drittel reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'500.– zuzüglich Mehrwertsteuer zu bezahlen. 4. Prozesskostenbeitrag

### **E. 3.3**

Im weiteren gilt es den sowohl für Binnensachverhalte als auch in internationalen Verhältnissen anwendbaren Grundsatz zu beachten, dass es dem Eheschutzgericht verwehrt bleibt, für die Zeit nach Eintritt der Rechtshängigkeit eines Scheidungsverfahrens etwa welche Eheschutzmassnahmen zu erlassen (vgl. BGE 134 III 326 E. 3.2 S. 328).

### **E. 3.4**

Die vorinstanzlichen Ausführungen, wonach sich die Anerkennung des portugiesischen Scheidungsurteils nach Art. 2 Ziff. 3 des Übereinkommens über die Anerkennung von Ehescheidungen und Ehetrennungen vom 1. Juni 1970 (HaSTÜ; SR 0.211.212.3) richte und gestützt auf Art. 8 HaSTÜ versagt werden könne, sofern nicht angemessene Vorkehrungen getroffen worden sei, um die Gegenpartei vom Verfahren in Kenntnis zu setzen (Urk. 82 S. 10), treffen grundsätzlich zu. Wie sich nachfolgend zeigen wird, muss indes nicht weiter auf das Kriterium der Kenntnisnahme (Möglichkeit) der Gesuchstellerin und die entsprechenden Parteistandpunkte und Erwägungen der Vorinstanz eingegangen werden. Namentlich erübrigen sich auch weitere Ausführungen zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des portugiesischen Scheidungsverfahrens oder zur von der Vorinstanz nicht abgehandelte Frage nach einer Einlassung der Gesuchstellerin auf das Scheidungsverfahren in Portugal.

- 15 -

### **E. 3.5**

In Art. 10 HaSTÜ wird als Anerkennungshindernis der materielle Ordre public festgehalten, welchen es von Amtes wegen zu beachten gilt (ZK IPRG- Müller-Chen, Art. 27 N 15). In Zusammenhang mit einem ausländischen Urteil betreffend eine Scheidung auf gemeinsames Begehren hat das Bundesgericht festgehalten, es gehöre zu den Grundvoraussetzungen des schweizerischen Scheidungsrechts und entspreche daher gleichsam dem schweizerischen Ordre public, dass sich der Richter vom Scheidungswillen der Parteien hinreichend sicher überzeuge. Daher müsse auch in einem im Ausland durchgeführten Scheidungsverfahren der entsprechende Wille nachgewiesen sein, bevor der Richter die Scheidung einvernehmlich ausspreche (BGer 5C.297/2001 vom 4. März 2002 [publ. in: Pra 91/2002 Nr. 87 S. 499]). Präzisierend hielt das Bundesgericht in BGE 131 III 102 E. 4.1 zu besagtem Themenkomplex fest, dass nicht zwingend eine persönliche Anhörung der Parteien durch das ausländische Scheidungsgericht erforderlich sei, um sich von deren Scheidungswillen hinreichend zu überzeugen, sondern beispielsweise auch eine schriftliche Erklärung genügen könne.

### **E. 3.6**

Aus dem vorgelegten portugiesischen Scheidungsurteil ergibt sich, dass die Gesuchstellerin anlässlich der Scheidungsverhandlung vom 4. Juli 2018 nicht anwesend war (Urk. 63 S.

3). Weiter ist besagtem Scheidungsurteil zu entnehmen, dass das 'Scheidungsverfahren ohne Einverständnis des zweiten Ehepartners' in ein 'eilvernehmliches Scheidungsverfahren' umgewandelt wurde und alsdann die Scheidung ausgesprochen wurde (Urk. 63 S. 2 und S. 6).

### **E. 3.7**

Es erhellt sich aus den gemachten Erwägungen, dass die Gesuchstellerin zu ihrem Scheidungswillen vom Bezirksgericht Aveiro offensichtlich nicht persönlich angehört wurde. Dass sie ihren Scheidungswillen schriftlich erklärt hätte, wurde von keiner Seite geltend gemacht und ergibt sich auch nicht aus den weiteren Akten. Namentlich kann – in Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 131 III 182 E. 4.3) – der vom Gesuchsgegner vorgelegten Vollmacht der Gesuchstellerin zuhanden ihres portugiesischen Rechtsvertreters (Urk. 69/11) kein hinreichend bestimmter Scheidungswille entnommen werden, zumal diese explizit Bezug auf das Scheidungsverfahren ohne Einverständnis des zweiten Ehepartners Bezug nimmt. Folglich wäre gestützt auf besagte Urkunde ganz im - 16 - Gegenteil davon auszugehen, dass die Gesuchstellerin mit einer Scheidung eben gerade nicht einverstanden war.

### **E. 3.8**

Nach dem Gesagten ist festzuhalten, dass keinerlei Hinweise dafür bestehen, dass das Bezirksgericht Aveiro habe sich hinreichend sicher vom Scheidungswillen der Gesuchstellerin überzeugt. Das in der Folge gefällte Urteil widerspricht demnach den Grundvoraussetzungen des schweizerischen Scheidungsrechts und entsprechend daher gleichsam dem schweizerischen Ordre public und kann infolgedessen in der Schweiz nicht anerkannt werden. Der Hauptantrag des Gesuchsgegners ist folglich abzuweisen. D. Kinder- und Ehegattenunterhalt 1. Bevor nachfolgend im Einzelnen auf den Subeventualantrag des Gesuchsgegners einzugehen ist, kann betreffend des gestellten Eventualantrags auf Rückweisung der Sache an die Vorinstanz festgehalten werden, dass ein derartiger Entscheid einzig unter den Bedingungen von Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO denkbar ist. Da vorliegend keine Rückweisungsgründe ersichtlich sind und solche auch vom Gesuchsgegner nicht dargelegt wurden (Urk. 81 S. 6), erübrigen sich weitere Ausführungen hierzu. Ebenso sei der Vollständigkeit halber an dieser Stelle bemerkt, dass die Subeventualanträge der Gesuchstellerin aufgrund ihrer diesbezüglichen expliziten Äusserungen (Urk. 88 S. 8 und S. 15) nicht als unzulässige Anschlussberufung (vgl. Art. 314 Abs. 2 ZPO) zu verstehen sind, sondern als Teil der Begründung der Hauptanträge. 2. Die rechtlichen Ausführungen der Vorinstanz zu den Verfahrensgrundsätzen des Eheschutzverfahrens und insbesondere zum dabei geltenden Beweismass sowie zum Kinder- und Ehegattenunterhalt und der vorliegend anzuwendenden Bemessungsmethode (Existenzminimumberechnung mit Überschussverteilung; Urk. 82 S. 13 ff.) sind insgesamt und im Einzelnen zutreffend, weshalb darauf zu verweisen ist. 3. Die Höhe der im angefochtenen Entscheid festgelegten Unterhaltsbeiträge sowie die entsprechenden Berufungsanträge der Parteien können dem eingangs

- 17 - aufgeführten Urteilsdispositiv des vorinstanzlichen Entscheids bzw. der anschließenden Darstellung der Berufungsanträge entnommen werden (vgl. S. 4 ff. vorstehend). Da im vorliegenden Berufungsverfahren sowohl die Einkommen als auch diverse Bedarfspositionen der Parteien umstritten sind, werden nachfolgend in einem ersten Schritt die geltend gemachten Mängel der vorinstanzlichen Bedarfsaufstellung erörtert, danach

die Vorbringen zur erstinstanzlichen Einkommensberechnung abgehandelt, um schliesslich die entsprechenden Erkenntnisse einander gegenüberzustellen. 4. Bedarf der Parteien

#### **E. 4**

Bezüglich der Unterhaltsbeiträge der Ehegatten gilt einerseits der Dispositionsgrundsatz (Art. 58 Abs. 1 ZPO), andererseits aber auch die beschränkte Untersuchungsmaxime gemäss Art. 272 ZPO (BGer 5A\_478/2017 vom 7. Juni 2018, E. 5; OGer ZH LY150052 vom 21.01.2016, E. B. 2, OGer ZH LY110022 vom 29.11.2011, E. II. 2). Sind – wie vorliegend – sowohl Kinder- als auch Ehegattenunterhaltsbeiträge festzulegen, ist eine gemeinsame Berechnung durchzuführen (Six, Eheschutz, Ein Handbuch für die Praxis, 2. A., Bern 2014, S. 104 N 2.61). Somit schlägt die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime auch hinsichtlich der Ermittlung der (möglichen) Ehegattenunterhaltsbeiträge durch (OGer ZH LE190019 vom 3. Oktober 2019, E. II 3.1).

#### **E. 4.1**

Der Gesuchsgegner ersucht im Berufungsverfahren um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags von Fr. 5'000.–, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 81 S. 3). Die Gesuchstellerin stellt ihrerseits ein Armenrechtsgesuch (Urk. 88 S. 4).

#### **E. 4.2**

Die Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags setzt einerseits Bedürftigkeit der ansprechenden und andererseits Leistungsfähigkeit der angesprochenen Partei im Zeitpunkt der Gesuchstellung voraus. Auf zukünftige Verhältnisse darf nur ausnahmsweise abgestellt werden (Maier, Die Finanzierung von familienrechtlichen Prozessen, FamPra.ch 2019, S. 818, 843 und 845). Es sind die für die Gewährung des prozessualen Armenrechts entwickelten Grundsätze – Mittellosigkeit und Nicht-Aussichtslosigkeit – analog anzuwenden, wobei nach dem Effektivitätsgrundsatz nur effektiv erzielttes Einkommen zu berücksichtigen ist und demnach noch im Streit liegende Unterhaltsbeiträge ausser Acht zu lassen sind (Maier, Die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung in familienrechtlichen Prozessen im Spannungsfeld mit der Vorschusspflicht von Ehegatten und Eltern, dargestellt anhand der Praxis der Zürcher Gerichte seit Inkraftsetzung der eidgenössischen ZPO, in: FamPra.ch 2014, S. 635, 655) .

#### **E. 4.3**

Unter Verweis auf vorstehende Erwägung D. 8.2 kann festgehalten werden, dass die Gesuchstellerin zum relevanten Zeitpunkt einen Überschuss von Fr. 204.55 (Fr. 2'480.– - Fr. 2'275.45) erzielte und über kein Vermögen verfügte (Urk. 90/9), weshalb mangels Leistungsfähigkeit das Gesuch um Leistung eines Prozesskostenbeitrags abzuweisen ist. Dies umso mehr, da auch bei ihr grund-

- 49 - sätzlich Prozess- und Anwaltskosten anfallen, welche nicht ausser Acht gelassen werden dürfen (ZK-Bräm/Hasenböhler, Art. 159 N 135). 5. Unentgeltliche Rechtspflege

#### **E. 5**

Betreuungsunterhalt Die Ausführungen der Vorinstanz zum Betreuungsunterhalt sind grundsätzlich zutreffend (Urk. 82 S. 15 f.), weshalb darauf verwiesen werden kann. Ergänzend sei angemerkt, dass die Berechnung gestützt auf die

Lebenshaltungskostenmethode zu erfolgen hat (BGE 144 III 377 E. 7.1.2.2 S. 384 f.) und der Betreuungsunterhalt jeweils anhand der Differenz zwischen dem Einkommen des betreuenden El-

- 31 - ternteils (vgl. E. D/7.10) zu seinem Grundbedarf zu ermitteln ist (BGer 5A\_743/2017 vom 22. Mai 2019, E. 5.2.3). Grundsätzlich kann demnach von vorstehender Bedarfsaufstellung ausgegangen werden, mit der einzigen Modifikation, dass die Steuern mit einer Pauschale von Fr. 100.– einzurechnen sind (vgl. Leitfaden neues Unterhaltsrecht, Obergericht des Kantons Zürich, gerichtsjährliche Arbeitsgruppe neues Unterhaltsrecht, S. 10). Es resultiert demnach für die entsprechenden Phasen folgender Betreuungsunterhalt: Phase I Phase II Phase III+IV Phase V Phase VI Fr. 589.40 Fr. 319.90 Fr. 559.90 Fr. 251.70 Fr. 0.–

### **E. 5.1**

Sowohl der Gesuchsgegner (Urk. 81 S. 3 f.) als auch die Gesuchstellerin (Urk. 88 S. 4) haben für das Berufungsverfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt.

### **E. 5.2**

Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Wenn dies zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist, besteht darüber hinaus ein Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Hervorzuheben ist jedoch, dass die aus der ehelichen Beistandspflicht fliessende Pflicht zur Bevorschussung der Prozesskosten des anderen Ehegatten der unentgeltlichen Rechtspflege vorgeht (BGE 138 III 672 E. 4.2.1; BGer 5D\_83/2015 vom 6. Januar 2016, E. 2.1). Einem bedürftigen Ehegatten kann somit im Eheschutzverfahren die unentgeltliche Rechtspflege nur bewilligt werden, wenn der andere Ehegatte nicht in der Lage ist, einen Prozesskostenbeitrag zu bezahlen. Sofern kein Antrag auf Ausrichtung eines Prozesskostenbeitrages gestellt wird, ist im Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zumindest darzulegen, weshalb auf die Beantragung verzichtet werden kann (BGer 5A\_49/2017 vom 18. Juli 2017, E. 3.1. und 3.2.). Fehlt diese Begründung, ist das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege nur dann nicht ohne weiteres abzuweisen, wenn die Mittellosigkeit der Gegenpartei evident ist (BGer 5A\_244/2019 vom 15. April 2019, E. 4; BGer 5A\_49/2017 vom 18. Juli 2017, E. 3.1.).

### **E. 5.3**

Das Gesuch der Gesuchstellerin um unentgeltliche Rechtspflege wäre nach dem Gesagten grundsätzlich abzuweisen. In Anlehnung an die zitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung und aufgrund des Umstands, dass beiden Parteien vor erster Instanz die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt wurde und auch vorliegend von der Mittellosigkeit des Gesuchsgegners auszugehen ist (vgl. Erwägung E. 4.3

- 50 - und E. 5.4), rechtfertigen es die konkreten Umstände dennoch inhaltlich über ihr Gesuchs zu befinden.

### **E. 5.4**

Mit Verweis auf die unter den Erwägungen D. 4 und D. 8.2 gemachten Ausführungen stehen dem Gesuchsgegner zum Zeitpunkt der Gesuchseinreichung überschüssige Mittel

von monatlich Fr. 2'438.70 zur Verfügung, wobei hiervon die regelmässig geleisteten Kinderunterhaltsbeiträge von Fr. 900.– in Abzug zu bringen sind. Zusätzlich ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein Zuschlag auf den Grundbetrag von 25%, d. h. Fr. 275.– zu beachten (vgl. BGer 4D\_30/2015 vom 26. Mai 2015, E. 3.1; BGer 4A\_432/2016 vom 21. Dezember 2016, E. 6). Schliesslich gilt es im Rahmen des zivilprozessualen Notbedarfs aufgrund des Effektivitätsgrundsatzes nachweislich bediente Schuldverpflichtungen zu berücksichtigen (BK-Bühler, Art. 117 N 197 f. mit weiteren Hinweisen). Dem Gesuchsgegner sind mithin die geltend gemachten und nachweislich bezahlten monatlichen Abzahlungsraten von Fr. 818.65 bedarfserhöhend anzurechnen (Urk. 85/9 und Urk. 85/11). Angesichts der zukünftig und rückwirkend geschuldeten Kinder- und Ehegattenunterhaltsbeiträgen, erscheint der letztlich beim Gesuchsgegner resultierende Überschuss von Fr. 445.05 unbeachtlich. Über Vermögen verfügt er nicht (Urk. 85/9 und Urk. 85/10). Seine Mittellosigkeit ist damit ausgewiesen.

### **E. 5.5**

Ebenfalls unter Verweis auf die unter D. 4 und D. 8.2 gemachten Erwägungen ist hinsichtlich der Mittellosigkeit bei der Gesuchstellerin ein Überschuss von Fr. 204.55 bzw. nach Abzug des Zuschlags von 25 % auf den Grundbetrag eine Unterdeckung von Fr. 7.95 (Fr. 204.55 - Fr. 212.50 [Fr. 850.– x 0.25]) festzuhalten. Da bei der Abklärung der Bedürftigkeit eines obhutsberechtigten Elternteils im Zusammenhang mit der Behandlung seines Gesuchs um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege nur sein eigenes Einkommen berücksichtigt werden darf (BGE 115 Ia 325 E. 3; BGer 5A\_726/2017 vom 23. Mai 2018, E. 4.4.2), sind die vom Gesuchsgegner zum Zeitpunkt des Gesuchs geleisteten Kinderunterhaltsbeiträge von Fr. 900.– vorliegend unbeachtlich. Über relevante Vermögenswerte verfügt die Gesuchstellerin nicht (Urk. 90/9), weshalb ihre Mittellosigkeit anzunehmen ist.

- 51 -

### **E. 5.6**

Das vorliegende Berufungsverfahren erscheint nicht aussichtslos. Die Parteien sind zudem zur Bewältigung des Prozesses auf die Unterstützung eines Rechtsvertreters angewiesen. Es ist demnach beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege im Sinne von Art. 117 ZPO zu gewähren und ihnen eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen, der Gesuchstellerin in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y.\_\_\_\_\_, dem Gesuchsgegner in der Person von Advogada X.\_\_\_\_\_. Weiter sind die den Parteien auferlegten Gerichtskosten einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen und die Parteien auf das Nachfordrungsrecht des Staats gemäss Art. 123 ZPO hinzuweisen. Es wird beschlossen:

### **E. 6**

Einkommen des Gesuchsgegners

#### **E. 6.1**

Die Vorinstanz errechnete das monatliche Nettoeinkommen des Gesuchsgegners von Fr. 6'390.– gestützt auf die Lohnabrechnungen der Jahre 2015 bis 2017. Sie führte im Wesentlichen aus, vom aktuellen Einkommen des Gesuchsgegners könne nicht ausgegangen werden, da dieser gewusst habe, dass er weiterhin sein bisheriges Einkommen erwirtschaften müsse und hierzu auch nach wie vor in der Lage sei. Seine unterlassenen Verbesserungsbemühungen bzw. seine mangelnde Motivation habe er sich

selbst zuzuschreiben, weshalb er entsprechende Konsequenzen zu tragen habe (Urk. 82 S. 36 f.).

### **E. 6.2**

Der Gesuchsgegner bestreitet in seiner Berufungsschrift die Höhe des ihm von der Vorderrichterin angerechneten Einkommens. Es würden keinerlei Beträge 'schwarz' ausbezahlt. Ein hypothetisches Einkommen könne ihm im Übrigen mangels Erzielbarkeit nicht angerechnet werden. Sofern dennoch ein hypothetisches Einkommen angerechnet werde, sei ihm eine Übergangsfrist von mindestens sechs Monaten zu gewähren. Es sei unter diesen Umständen zudem eine Mehrverdienstklausel angezeigt. Falls nicht vom grundsätzlich unverändert gebliebenen Lohn von Fr. 3'892.40 ausgegangen werde, könne maximal mit den im Jahr 2018 durchschnittlich monatlich erwirtschafteten Fr. 5'289.25 gerechnet werden, denn dieser Lohn entspreche einer 125 %-Erwerbstätigkeit, was das absolute Maximum sei, das von ihm erwartet werden könne (Urk. 81 S. 14 ff.).

- 32 -

### **E. 6.3**

Die Gesuchstellerin führt hinsichtlich des Lohnes des Gesuchsgegners aus, die von ihm im Jahr 2018 erwirtschaftete Lohnsumme stärke ihre Behauptung, wonach es sich beim aktuellen Arbeitsvertrag um einen Gefälligkeitsvertrag handle. Gleiches würden die vom Gesuchsgegner ins Recht gelegten Lohnabrechnungen des Jahres 2019 nahelegen und insbesondere die darin ausgewiesene Gratifikation. Eine Übergangsfrist sei nicht angezeigt, da der Gesuchsgegner weiterhin den selben Lohn wie vor der Trennung erziele, wobei er zudem bewiesen habe, dass er seinen Lohn umgehend auf das eheliche Niveau zu steigern vermöge (Urk. 88 S. 14).

### **E. 6.4**

In Übereinstimmung mit den Ausführungen der Gesuchstellerin (exemplarisch Urk. 45 S. 4 ff.) kann festgehalten werden, dass die Lohnreduktion beim Gesuchsgegner von monatlich Fr. 1'600.– brutto zeitgleich mit der Einleitung des Eheschutzverfahrens durch die Gesuchstellerin durchaus bemerkenswert erscheint. Namentlich tragen auch die Angaben des Gesuchsgegners anlässlich der Eheschutzverhandlung vom 14. September 2017 nicht weiter zu Klärung bei, wenn er ausführt, ihm sei mit Kündigung vom 24. Mai 2017 auf den 31. Juli 2017 aufgrund seiner persönlichen Probleme gekündigt worden, woraufhin er im Juli 2017 in die Ferien gefahren sei und danach ohne Arbeitsvertrag zu den zuvor geltenden Bedingungen bei der H. \_\_\_\_\_ AG weitergearbeitet habe (Prot. S. 24 ff. von Urk. 3 sowie Urk. 3/5/1). In der Folge habe er mit Wirkung per 1. November 2017 einen neuen Arbeitsvertrag erhalten und sei von seiner Funktion als Vorarbeiter zum Gartenarbeiter zurückgestuft worden, womit auch eine entsprechende Lohnreduktion miteinhergegangen sei (Prot. VI S. 9 und S. 15 sowie Urk. 18/1 und Urk. 38/3/3). Insbesondere aufgrund des Umstands, dass der neue Arbeitsvertrag nicht unmittelbar an das zuvor gekündigte Anstellungsverhältnis anschliesst und dieses trotz der wohl gleichartig gelagerten Probleme zuerst ohne schriftliche Abrede und zu den gleichen Bedingungen weitergeführt werden konnte und erst danach eine Vertragsänderung erfolgte, erscheinen gewisse Zweifel an dieser Sachdarstellung angezeigt. Dass dadurch indes von 'Schwarzarbeit' auszugehen sei, mithin dem Gesuchsgegner und der H. \_\_\_\_\_ AG ein strafrechtliches Verhalten vorgeworfen wird, erscheint nicht glaubhaft gemacht. Es sei in diesem Zusammenhang erwähnt, dass der Geltungsbereich der Untersuchungs-

- 33 - maxime nichts an der formellen Beweislast ändert, weshalb tatsächliche Mehreinkünfte grundsätzlich von der Gesuchstellerin zu beweisen bzw. glaubhaft zu machen wären (vgl. BGer 5A\_59/2016 vom 1. Juni 2016, E. 4.4).

### **E. 6.5**

Die theoretischen Ausführungen der Vorinstanz zum hypothetischen Einkommen (Urk. 82 S. 35) sind grundsätzlich zutreffend, weshalb auf diese verwiesen werden kann. Ergänzend ist festzuhalten, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ein hypothetisches Einkommen im Eheschutzverfahren nur anzurechnen werden kann, wenn keine Möglichkeit besteht, auf eine während des gemeinsamen Haushalts gegebene Sparquote oder vorübergehend auf Vermögen zurückzugreifen, wenn die vorhandenen finanziellen Mittel – allenfalls unter Rückgriff auf Vermögen – trotz zumutbarer Einschränkungen für zwei getrennte Haushalte nicht ausreichen und wenn die Aufnahme oder Ausdehnung der Erwerbstätigkeit unter den Gesichtspunkten der persönlichen Verhältnisse des betroffenen Ehegatten und des Arbeitsmarktes zumutbar ist. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein (BGE 130 III 537 E. 3.2.). Mit anderen Worten setzt die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens im Eheschutz eine Mankosituation voraus. Wie sich aus der nachfolgenden Unterhaltsberechnung ergibt, ist dieses Kriterium vorliegend nicht erfüllt und es ist demnach – entgegen den vorinstanzlichen Erwägungen – vom tatsächlich erzielten Einkommen des Gesuchsgegners auszugehen (vgl. BGE 137 III 118 E. 2.3, OGer ZH LE110009 vom 7. Oktober 2011, E. E. 3.4, OGer ZH LE190001 vom 19. Juli 2019, E. III.A.3.2).

### **E. 6.6**

Im Sinne eines Zwischenfazit ist gestützt auf die entsprechenden Lohnabrechnungen das Einkommen des Gesuchsgegners für das Jahr 2017 sowie für das Jahr 2018 anhand der tatsächlich erzielten Einkünfte zu berechnen. Das danach dem Gesuchsgegner anzurechnende Einkommen kann nicht hypothetisch bemessen werden. Dies führt zu nachfolgenden Überlegungen: 6.7.1 Für das Jahr 2017 ist gestützt auf die entsprechenden Lohnausweise (Urk. 38/3/1) von einem monatlichen Nettoeinkommen von Fr. 6'095.60, Kinderzulagen exklusive ([Fr. 74'215.– + Fr. 1'332.20 - Fr. 2'400.–] / 12) auszugehen. Zumal auch die Gesuchstellerin die Monate November 2017 und Dezember 2017, welche sich reduzierend auf den durchschnittlichen Monatslohn auswirken, nicht

- 34 - ausgliedert (Urk. 45 S. 6), ist vorliegend ein entsprechendes Vorgehen nicht angezeigt. 6.7.2 Hinsichtlich der im Jahr 2018 erzielten Einkünfte ergeben sich aus den entsprechenden Lohnausweisen Gesamteinkünfte von Fr. 63'639.– netto, was abzüglich Kinderzulagen von monatlich Fr. 200.– einem monatlichen Nettoeinkommen von Fr. 5'103.25 entspricht (Urk. 85/9 S. 16 f.). Hiervon ist für besagten Zeitraum auszugehen. Der sich für diesen Zeitraum aus den Lohnabrechnungen Januar und Februar 2018 sowie Juli bis Oktober 2018 (Urk. 38/3/5 und Urk. 54/4) ergebende Nettolohn (exkl. Kinderzulagen und Spesen) von Fr. 3'914.55 (Fr. 3'593.15 [Nettolohn] + Fr. 321.40 [13. Monatslohn; Fr. 4'200.– - Fr. 343.35 [AHV/IV/EO, ALV-I, NBUV] / 12]) erscheint zu tief und ist demnach unbeachtlich. 6.7.3 Betreffend das Einkommen des Gesuchsgegners im Jahr 2019 kann den aktuellsten Lohnabrechnungen von Februar 2019 bis Juni 2019 (Urk. 85/8) ein Nettomonatslohn (inkl. 13. Monatslohn exkl. Kinderzulagen) von Fr. 3'922.10 (Fr. 3'600.10 [Nettolohn] + Fr. 322.– [13. Monatslohn; Fr. 4'200.– - Fr. 336.20 [AHV/IV/EO, ALV-I, NBUV] / 12]) entnommen werden. Unter anteilsweiser Hinzurechnung der unter dem

Titel 'Gratifikation' netto ausbezahlten Fr. 3'679.80 (Fr. 4'000.– - Fr. 320.20 [AHV/IV/EO, ALV-I, NBUV]) resultiert ein Nettomonatslohn von Fr. 4'228.75 (Fr. 3'922.10 + Fr. 306.65 [Gratifikation; Fr. 3'679.80/12]). In den Kontoauszügen des Gesuchsgegners vom 1. Januar 2019 bis 13. September 2019 finden sich Lohnzahlungen der H.\_\_\_\_\_ AG, der I.\_\_\_\_\_ AG sowie der J.\_\_\_\_\_ GmbH von insgesamt Fr. 39'786.85, was für acht Monate durchschnittlich Fr. 4'973.35 ergibt (Urk. 85/10). Abzüglich des Bonusanteils für die nicht berücksichtigten vier Monate von netto Fr. 1'226.60 (Fr. 3'679.80 / 3) ergibt sich ein monatlicher Nettobetrag von Fr. 4'820.– ([Fr. 39'786.85 - Fr. 1'226.60] / 8). Nach Abzug der Kinderzulagen von Fr. 200.– und unter Hinzurechnung des auf den vertraglich vereinbarten Bruttolohn von Fr. 4'200.– entfallenden 13. Monatslohns von netto Fr. 322.– (Fr. 4'200.– - Fr. 336.20 [AHV/IV/EO, ALV-I, NBUV] / 12) resultiert ein Nettomonatslohn von Fr. 4'942.–. Im Sinne der konkreten Berechnungsweise und da sich der aus den Lohnabrechnungen ergebende Monatslohn erneut als zu

- 35 - tief erweist, ist für den entsprechenden Zeitraum ein auf den Kontoauszügen basierender Lohn von Fr. 4'942.– monatlich beim Gesuchsgegner einzusetzen. 6.7.4 Nach dem Gesagten erweisen sich die Lohnabrechnungen (Urk. 85/8) aufgrund der namhaften Abweichung gegenüber den Lohnausweisen und den Kontoauszügen zur Berechnung des Nettomonatslohns ab August 2019 als ungeeignet. Die festgestellte Differenz legt nahe, dass der Gesuchsgegner aufgrund diverser Zulagen ein höheres Einkommen zu erzielen vermag und auch tatsächlich erzielt. Da auch im Familienrecht ein wirtschaftlicher Einkommensbegriff zur Anwendung kommt und (insofern) der tatsächliche Mittelzufluss entscheidend ist, sind solcherlei Zulagen ohne weiteres als Erwerbseinkommen zu berücksichtigen (BSK ZGB-Isenring/Kessler, Art. 163 N 23; BGer 5P.172/2002 vom 6. Juni 2002, E. 2.1.1 mit weiteren Hinweisen; OGer ZH LC140029 vom 22. April 2015 mit weiteren Hinweisen). Im Lichte der errechneten Fr. 4'942.– monatlich für Januar bis August 2019 (Urk. 85/10) und Fr. 5'103.25 monatlich für das Jahr 2018 (Urk. 58/9 S. 16) erscheint es als angemessen, ab August 2019 den monatlichen Einkünften des Gesuchsgegners einen Mittelwert von Fr. 5'022.60 ([Fr. 4'942.– + Fr. 5'103.25] / 2) zugrunde zulegen.

## **E. 7**

Einkommen der Gesuchstellerin

### **E. 7.1**

Gestützt auf Lohnausweise und Arbeitsverträge sowie den Angaben der Gesuchstellerin geht die Vorinstanz von einem durchschnittlichen monatlichen Nettoeinkommen der Gesuchstellerin aus unselbständiger Erwerbstätigkeit von Fr. 1'438.33 aus. Hinsichtlich der Einkünfte aus selbständiger Erwerbstätigkeit achtet die Vorderrichterin die Angaben der Gesuchstellerin als glaubhaft, insbesondere relativ zu den Einkünften der Vorjahre. Es werden der Gesuchstellerin deshalb zusätzlich Fr. 1'042.06 netto als Einkommen angerechnet, woraus sich ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 2'480.– ergibt (Urk. 82 S. 31 ff.).

### **E. 7.2**

Der Gesuchsgegner rügt das vorinstanzlich festgestellte Einkommen der Gesuchstellerin, da dieses auf Unterlagen aus dem Jahr 2016 basiere und keine aktuellen Belege vorgelegt worden seien (Urk. 81 S. 13). Es wird dabei in keiner Art und Weise Bezug zum unter Ziffer 2 der Berufungsanträge gestellten Editi-

- 36 - onsbegehren genommen, wobei ungeachtet dessen wohl davon auszugehen ist, dass vorerwähnte Ausführungen dessen Begründung darstellen sollen.

### **E. 7.3**

Die Gesuchstellerin macht geltend, auf vorerwähntes Editionsbegehren sei nicht einzutreten, eventualiter sei dieses abzuweisen. Begründet wird dies mit dem Umstand, dass sie bereits erstinstanzlich ihrer Dokumentationspflicht vollumfänglich nachgekommen sei. Im Übrigen sei aufgrund der risikoreichen Schwangerschaft eine 'Ersatzkraft' für ihr Nailstudio eingestellt worden, sodass höhere Ausgaben bei tieferen Einnahmen zu erwarten seien. Auch ihre Reinigungsarbeiten habe sie reduzieren müssen und eine Mutterschaftsentschädigung habe sie nicht erhalten. Insgesamt sei ihr gegenwärtiges Einkommen demnach geringer als von der Vorinstanz angenommen, auf die Anfechtung des erstinstanzlichen Entscheids sei jedoch bewusst verzichtet worden (Urk. 88 S. 8 und S. 13).

### **E. 7.4**

Vorab kann hinsichtlich der unselbständigen Erwerbstätigkeit festgehalten werden, dass die Einwendungen des Gesuchsgegners die zutreffenden vorinstanzlichen Feststellungen nicht zu erschüttern vermögen. Mit der Vorderrichterin (Urk. 82 S. 33) und unter Berücksichtigung der Steuererklärung 2016 (Urk. 3/3/5), den entsprechenden Lohnausweisen (Urk. 3/3/7), der Rechnung der SVA Zürich (Urk. 3/3/8), den eingereichten Arbeitsverträgen (Urk. 3/3/21 und Urk. 17/2 sowie Urk. 17/13) und Lohnabrechnungen (Urk. 3/22) kann sowohl für das Jahr 2017 als auch für das Jahr 2018 und das erste Halbjahr 2019 ein Nettomonatslohn von Fr. 1'438.33 als glaubhaft gemacht erachtet werden. Im Übrigen erscheint diese Summe auch in Relation zu den Vorjahren als plausibel (Fr. 1'375.25 im Jahr 2015 [Urk. 3/3/1-3]) und Fr. 1'110.60 im Jahr 2016 [Urk. 3/3/5 und Urk. 3/3/7-8]). Dass die Geburt des weiteren Kindes (vgl. Urk. 90/5) auch zur Verringerung der unselbständigen Arbeitstätigkeit führt, erscheint nachvollziehbar. Der Gesuchstellerin ist es mithin gelungen glaubhaft zu machen, dass auch ab August 2019 jedenfalls nicht mit höheren Einkünften aus ihrer unselbständigen Erwerbstätigkeit zu rechnen ist, weshalb für die entsprechende Phase von Fr. 1'438.33 ausgegangen werden kann. Für weitere Ausführungen zur Auswirkung der Geburt auf das Erwerbseinkommen sei auf nachfolgende Erwägungen verwiesen.

- 37 -

### **E. 7.5**

Hinsichtlich des Erwerbseinkommens aus selbständiger Erwerbstätigkeit gilt es vorweg auf die zutreffenden rechtlichen Ausführungen der Vorinstanz zur Ermittlung des Einkommens bei Selbständigerwerbenden zu verweisen (Urk. 82 S. 32), wobei ergänzend angemerkt sei, dass jeweils der Reingewinn massgeblich ist (vgl. BGer 5D\_167/2008 vom 13. Januar 2009, E. 2). Weiter sind auch die Feststellungen der Vorderrichterin betreffend Verlust aus der selbständigen Erwerbstätigkeit im Jahr 2015 von Fr. 1'632.– (Urk. 82 S. 32 mit Verweis auf Urk. 3/3/1) sowie dem für das Jahr 2016 in der Steuererklärung ausgewiesenen Gewinn von Fr. 4'608.– (Urk. 3/3/5 sowie Urk. 3/3/30) durch die Akten ausgewiesen und demnach nicht zu beanstanden.

### **E. 7.6**

Die Aufstellung der Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin zu den Einkünften und Ausgaben aus selbständiger Erwerbstätigkeit für das Jahr 2017, welche auf handschriftlichen Notizen der Gesuchstellerin basieren soll, erscheint grundsätzlich nachvollziehbar und insbesondere die Ausgaben als äusserst zurückhaltend bemessen (namentlich AHV-Beiträge und fehlender Mietzins; Urk. 16 S. 5 f.). Insgesamt ist demnach mit der Vorinstanz dahingehend einig zu gehen, dass der von der Gesuchstellerin für das Jahr 2017 unter dem Titel "Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit" geltend gemachte Betrag von monatlich Fr. 1'042.05 als glaubhaft zu qualifizieren und der entsprechenden Phase zugrunde zu legen ist. Mithin ist festzuhalten, dass die Behauptungen des Gesuchsgegners, die Gesuchstellerin erziele ein höheres Einkommen, zumindest betreffend die erwähnte Phase nicht glaubhaft erscheinen. Es gelingt dem Gesuchsgegner nicht aufzuzeigen, gestützt auf welchen Umstand ein derartiger Schluss zu ziehen wäre, wobei die Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Erwägungen weitestgehend pauschaler Natur ist. Namentlich die vorinstanzliche Argumentation betreffend sukzessiver und merklicher Steigerung des Einkommens der Gesuchstellerin seit der Trennung, wird vom Gesuchsgegner nicht in Zweifel gezogen. Eine Edition weiterer Unterlagen erscheint unter diesen Umständen ebenfalls nicht nötig. Es ist aufgrund der Angaben der Gesuchstellerin (Urk. 88 S. 8) ohnehin fraglich, ob nebst den im Berufungsverfahren zusätzlich eingereichten Dokumenten (Urk. 90/2) weitere Unterlagen überhaupt existieren. In diesem Sinne erübrigen sich auch weitere Ausführungen zum Berufungsantrag Ziffer 3 des Gesuchsgeg-

- 38 - ners (nachträgliche Bezifferung der Unterhaltsbeiträge), welcher ohne weiteres abzuweisen ist.

#### **E. 7.7**

Für das Jahr 2018 wurden keine Belege eingereicht. Eine Gegenüberstellung der Aufstellung der Einnahmen des Jahres 2019 (Urk. 90/2) mit jenen, die für das Jahr 2017 geltend gemacht wurden (Urk. 16 S. 6), zeigt eine erneute deutliche Steigerung der Umsatzzahlen. So wurden im ersten Halbjahr 2019, in welchem die Gesuchstellerin noch keine Angestellte beschäftigte (vgl. Urk. 90/3), Einnahmen von insgesamt Fr. 17'337.– erzielt, leicht mehr als im gesamten Jahr 2017. Unter Berücksichtigung eines AHV-Abzugs von Fr. 1'173.60 (vgl. <https://www.ahv-iv.ch/de/Sozialversicherungen/Alters-und-Hinterlassenenversicherung-AHV/Online-Rechner/Selbstaendigerwerbende>) sowie der Mietzinse für ein halbes Jahr von Fr. 3'300.– (Urk. 3/3/31), der vollen Materialkosten des Jahres 2017 von Fr. 2'856.10 (aufgrund der ähnlichen Umsätze erscheint dies als angemessen) und der Hälfte der weiteren Aufwendungen gemäss Aufstellung für das Jahr 2017 von insgesamt Fr. 524.85 ([416.70 + 588.–] / 2; vgl. Urk. 16 S. 6), resultiert ein Halbjahresgewinn von Fr. 9'482.45, was einem durchschnittlichen monatlichen Einkommen von Fr. 1'580.40 entspricht. Diese Schätzung erscheint überzeugend, namentlich auch in Relation zu den vorausgegangenen Geschäftsjahren. Die Behauptung des Gesuchsgegners betreffend höherem Einkommen der Gesuchstellerin erscheint nach dem Gesagten bezüglich des ersten Halbjahres 2019 als glaubhaft. Insbesondere legen dies die neu eingereichten Umsatzzahlen nahe (vgl. Urk. 90/2). Im Geltungsbereich der Untersuchungsmaxime schadet sodann auch die dürftige Substantiierung besagter Behauptung nicht weiter, genauso wie die fehlende Bezugnahme auf das von der Gesuchstellerin eingereichte Dokument. Es ist deshalb der Gesuchstellerin für das erste Semester des Jahres 2019 ein

Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit von Fr. 1'580.40 anzurechnen.

### **E. 7.8**

In Anbetracht der vorstehend festgestellten sukzessiven Steigerung des Umsatzes erscheint das berufungsweise geltend gemachte höhere Einkommen der Gesuchstellerin auch für das Jahr 2018 als glaubhaft. Aufgrund dessen ist der von der Gesuchstellerin erzielte Gewinn in besagtem Jahr anhand der vorliegen-

- 39 - den Zahlen zu schätzen. Naheliegender und angemessener erscheint es dabei, für das Jahr 2018 den Mittelwert der monatlichen Gewinne des Jahres 2017 und des ersten Semesters 2019 als Einkommen einzusetzen: Bei der Gesuchstellerin ist daher im Jahr 2018 von Fr. 1'311.20 ( $[\text{Fr. } 1'042.05 + \text{Fr. } 1'580.40] / 2$ ) als monatliche Einkünfte aus der selbständigen Erwerbstätigkeit auszugehen.

### **E. 7.9**

Einkommen ab August 2019

#### **E. 7.9.1**

Aus dem Geburtsbericht ergibt sich, dass die Gesuchstellerin am 8. August 2019 einen Sohn zur Welt brachte (Urk. 90/5), weshalb es – ungeachtet einer sich nicht ohne weiteres aus vorerwähntem Bericht ergebenden Risikoschwangerschaft – als glaubhaft erscheint, dass sie sowohl ihre selbständige als auch ihre unselbständige Erwerbstätigkeit reduzierte. Die Anstellung einer Mitarbeiterin per 13. Juli 2019 erscheint unter diesen Umständen ebenso nachvollziehbar und ist im Übrigen mittels entsprechender Unterlagen glaubhaft gemacht (Urk. 90/3).

#### **E. 7.9.2**

Offensichtlich wirkt sich die Reduktion der Erwerbsfähigkeit der Gesuchstellerin wegen der Geburt ihres ausserehelichen Kindes vorliegend zu Lasten des Gesuchsgegners aus. Diesbezüglich kann in Auslegung der bundesgerichtlich entwickelten Grundsätze festgehalten werden, dass das Kontinuitätsprinzip in beide Richtungen wirkt, so dass sich ein Ehegatte trotz Kinderbetreuung im Fall vorbestehender Erwerbstätigkeit auf der betreffenden Vereinbarung behaften lassen muss. Hinsichtlich eines nahehelichen, nicht gemeinsamen Kindes, hält das Bundesgericht fest, dass unter diesen Umständen gerade keine frei vereinbarte Aufgabenteilung zwischen den (früheren) Ehegatten bestehe, welche Vertrauensschutz geniessen könnte. Es dränge sich deshalb in einer solchen Konstellation die Frage auf, ob und inwiefern die Mutter aufgrund unmittelbarer Betreuungsbedürfnisse des weiteren Kindes in objektiver Weise an einer Erwerbstätigkeit gehindert werde bzw. auf welches Arbeitspensum sie sich aufgrund des Kontinuitätsprinzips behaften lassen müsse. Das Bundesgericht hat in sorgfältiger Erörterung seiner bisherigen Rechtsprechung und unter Bezugnahme auf kinderpsychologische Literatur festgehalten, dass je jünger das Kind sei, desto wichtiger die ganztägige persönliche Betreuung durch eine geeignete und voraussichtlich nicht wechselnde Person sei, weshalb je nach den konkreten Verhältnissen für die ers-

- 40 - te Zeit nach der Geburt im Interesse des Kindes der Mutter eine Erwerbstätigkeit nicht zugemutet werden könne. Mithin sei in all denjenigen Fällen, in welchen nicht an eheliches Vertrauen bzw. an ein bislang partnerschaftlich gewähltes Konzept der Lastenverteilung angeknüpft und dieses in Anwendung des Kontinuitätsprinzips fortgeführt werden könne, die persönliche Betreuung des Kindes im ersten Lebensjahr angezeigt sei, sodass der Mutter

insofern eine Erwerbsarbeit nicht zugemutet werden könne (BGer 5A\_98/2016 vom 25. Juni 2018, E. 3.5 mit weiteren Hinweisen).

### **E. 7.9.3**

In Anwendung der vorstehend zitierten Rechtsprechung kann im Sinne eines Zwischenfazit festgehalten werden, dass vorliegend die Gesuchstellerin sicherlich bis Sommer 2020 grundsätzlich nicht verpflichtet wäre, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen und somit die von ihr anerkannten Fr. 2'480.– monatlich (selbständige und unselbständige Erwerbstätigkeit) in dieser Hinsicht nicht zu beanstanden sind.

### **E. 7.9.4**

Für die Zeit nach Vollendung des ersten Altersjahrs gilt es zu berücksichtigen, dass im zitierten Bundesgerichtsentscheid 5A\_98/2016 zu beurteilen war, ab wann einer Mutter die Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit zuzumuten ist, wenn sie für die im Zuge der Trennung unter die Obhut des Vaters gestellten Kinder Unterhaltsleistungen zahlen muss und später aus einer neuen Beziehung ein Kind zur Welt bringt. Im vorliegenden Fall hat umgekehrt der Gesuchsgegner der Gesuchstellerin als obhutsberechtigtem Elternteil Unterhalt zu leisten. In Anbetracht dieses Unterschieds wäre die zwingend zu gewährenden Übergangsfrist zur Aufnahme respektive Ausweitung der beruflichen Tätigkeit vorliegend vergleichsweise länger zu bemessen (vgl. auch BGE 144 III 481 E. 4.7.5 S. 496 f.). Unter Berücksichtigung des vorläufigen Charakters eines Eheschutzentscheids und der damit in zeitlicher Hinsicht einhergehenden beschränkten Wirkung erscheint es nicht notwendig, eine zusätzliche Phase vorzusehen. Ausserdem kann diesbezüglich auch auf die vorstehenden Erwägungen zum hypothetischen Einkommen verwiesen werden, welches mangels Mankosituation in vorliegendem Fall keine Grundlage findet, was auch für die Gesuchstellerin zu gelten hat.

- 41 -

### **E. 7.10**

Zusammenfassend sind der Gesuchstellerin als Einkünfte aus selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit im Jahr 2017 Fr. 2'480.– (Fr. 1'438.– + Fr. 1'042.–), im Jahr 2018 Fr. 2'749.50 (Fr. 1'438.30 + Fr. 1'311.20), von Januar 2019 bis Juli 2019 Fr. 3'018.70 (Fr. 1'438.30 + Fr. 1'580.40) sowie ab August 2019 Fr. 2'480.– (Fr. 1'438.– + Fr. 1'042.–) anzurechnen.

## **E. 8**

Unterhaltsberechnung

### **E. 8.1**

Vorab kann angemerkt werden, dass die vorinstanzlich vorgenommene Überschussverteilung nach grossen und kleinen Köpfen nicht beanstandet wurde. Zumal sich eine solche Aufteilung als angemessen erweist und den hierbei anzuwendenden Grundsätzen genüge getan wurde, ist der resultierende Überschuss jeweils zu 2/5 auf die Parteien und zu 1/5 auf E. \_\_\_\_\_ aufzuteilen.

### **E. 8.2**

Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist von folgendem Einkommen und Bedarf der Parteien und E. \_\_\_\_\_ auszugehen: ab 01.03.17 - 31.12.2017 (Phase I) Gesuchsgegner  
Gesuchstellerin E. \_\_\_\_\_ Einkommen 6'095.60 2'480.00 200.00 erweiterter Bedarf 2'633.90

3'210.80 1'783.00 Leistungsfähigkeit / Unterdeckung + 3'461.70 - 730.80 - 1'583.00 Mittel nach Deckung Barbedarf E.\_\_\_\_\_ + 1'878.70 - 730.80 0.00 Mittel nach Deckung Betreuungsunterhalt + 1'289.30 - 141.40 0.00 (Fr. 589.40) Mittel nach Deckung des ungedeckten erwei- + 1'147.90 0.00 0.00 tertens Bedarfs der Gesuchstellerin Überschussverteilung (40:40:20) + 459.15 + 459.15 + 229.60 UHB (gerundet) + 600.00 + 2'400.00

- 42 - 01.01.18 - 31.03.2018 (Phase II) Gesuchsgegner Gesuchstellerin E.\_\_\_\_\_ Einkommen 5'103.25 2'749.50 200.00 erweiterter Bedarf 2'598.75 3'179.75 1'783.00 Leistungsfähigkeit / Unterdeckung + 2'504.50 - 430.25 - 1'583.00 Mittel nach Deckung Barbedarf E.\_\_\_\_\_ + 921.50 - 430.25 0.00 Mittel nach Deckung Betreuungsunterhalt + 601.60 - 110.35 0.00 (Fr. 319.90) Mittel nach Deckung des ungedeckten er- + 491.25 0.00 0.00 weiterten Bedarfs der Gesuchstellerin Überschussverteilung (40:40:20) + 196.50 + 196.50 + 98.25 UHB (gerundet) + 310.00 + 2'000.00 01.04.18 - 31.08.2018 (Phase III) Gesuchsgegner Gesuchstellerin E.\_\_\_\_\_ Einkommen 5'103.25 2'749.50 200.00 erweiterter Bedarf 2'598.75 3'419.75 1'873.00 Leistungsfähigkeit / Unterdeckung + 2'504.50 - 670.25 - 1'673.00 Mittel nach Deckung Barbedarf E.\_\_\_\_\_ + 831.50 - 670.25 0.00 Mittel nach Deckung Betreuungsunterhalt + 271.60 - 110.35 0.00 (Fr. 559.90) Mittel nach Deckung des ungedeckten er- + 161.25 0.00 0.00 weiterten Bedarfs der Gesuchstellerin Überschussverteilung (40:40:20) + 64.50 + 64.50 + 32.25 UHB (gerundet) + 170.00 + 2'270.00 01.09.2018 - 31.12.2018 (Phase IV) Gesuchsgegner Gesuchstellerin E.\_\_\_\_\_ Einkommen 5'103.25 2'749.50 200.00 erweiterter Bedarf 2'544.75 3'419.75 1'330.00 Leistungsfähigkeit / Unterdeckung + 2'558.50 - 670.25 - 1'130.00 Mittel nach Deckung Barbedarf E.\_\_\_\_\_ + 1'428.50 - 670.25 0.00 Mittel nach Deckung Betreuungsunterhalt + 868.60 - 110.35 0.00 (Fr. 559.90) Mittel nach Deckung des ungedeckten er- + 758.25 0.00 0.00 weiterten Bedarfs der Gesuchstellerin Überschussverteilung (40:40:20) + 303.30 + 303.30 + 151.65 UHB (gerundet) + 410.00 + 1'840.00

- 43 - 01.01.2019 - 31.07.2019 (Phase V) Gesuchsgegner Gesuchstellerin E.\_\_\_\_\_ Einkommen 4'942.00 3'018.70 200.00 erweiterter Bedarf 2'528.10 3'414.90 1'241.00 Leistungsfähigkeit / Unterdeckung + 2'413.90 - 396.20 - 1'041.00 Mittel nach Deckung Barbedarf E.\_\_\_\_\_ + 1'372.90 - 396.20 0.00 Mittel nach Deckung Betreuungsunterhalt + 1'121.20 - 144.50 0.00 (Fr. 251.70) Mittel nach Deckung des ungedeckten er- + 976.70 0.00 0.00 weiterten Bedarfs der Gesuchstellerin Überschussverteilung (40:40:20) + 390.70 + 390.70 + 195.35 UHB (gerundet) + 540.00 + 1'490.00 ab 01.08.19 (Phase VI) Gesuchsgegner Gesuchstellerin E.\_\_\_\_\_ Einkommen 5'022.60 2'480.00 200.00 erweiterter Bedarf 2'583.90 2'275.45 1'017.35 Leistungsfähigkeit / Unterdeckung + 2'438.70 + 204.55 - 817.35 Mittel nach Deckung Barbedarf E.\_\_\_\_\_ + 1'621.35 + 204.55 0.00 Mittel nach Deckung Betreuungsunterhalt + 1'621.35 + 204.55 0.00 (Fr. 0.-) Überschussverteilung (40:40:20) + 730.35 + 730.35 + 365.20 UHB (gerundet) + 530.00 + 1'180.00

### **E. 8.3**

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Gesuchsgegner gemäss vorstehender Darstellung folgende monatliche Kinderunterhaltsbeiträge für E.\_\_\_\_\_ zu bezahlen hat: – vom 1. März 2017 bis 31. Dezember 2017 Fr. 2'400.– (davon Fr. 589.40 als Betreuungsunterhalt) – vom 1. Januar 2018 bis 31. März 2018 Fr. 2'000.– (davon Fr. 319.90 als Betreuungsunterhalt) – vom 1. April 2018 bis 31. August 2018 Fr. 2'270.– (davon Fr. 559.90 als Betreuungsunterhalt)

- 44 - – vom 1. September 2018 bis 31. Dezember 2018 Fr. 1'840.– (davon Fr. 559.90 als Betreuungsunterhalt) – vom 1. Januar 2019 bis 31. Juli 2019 Fr. 1'490.– (davon Fr. 251.70 als Betreuungsunterhalt) – ab 1. August 2019 Fr. 1'180.– (davon Fr. 0.– als Betreuungsunterhalt)

#### **E. 8.4**

Weiter ist der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin monatliche Ehegattenunterhaltsbeiträge wie folgt zu bezahlen: – vom 1. März 2017 bis 31. Dezember 2017 Fr. 600.– – vom 1. Januar 2018 bis 31. März 2018 Fr. 310.– – vom 1. April 2018 bis 31. August 2018 Fr. 170.– – vom 1. September 2018 bis 31. Dezember 2018 Fr. 410.– – vom 1. Januar 2019 bis 31. Juli 2019 Fr. 540.– – ab 1. August 2019 Fr. 530.–

#### **E. 8.5**

Sowohl die Kinder- als auch die Ehegattenunterhaltsbeiträge, zuzüglich allfälliger gesetzlicher und/oder vertraglicher Familienzulagen, sind zahlbar an die Gesuchstellerin monatlich, im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats.

#### **E. 9**

Anrechnung bereits bezahlter Unterhaltsbeiträge

##### **E. 9.1**

Bei einer rückwirkenden Verpflichtung zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen sind tatsächlich bereits erbrachte Unterhaltsleistungen zu berücksichtigen bzw. anzurechnen (BK-Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 173 ZGB N 23; ZK-Bräm/Hansenböhler, Art. 163 ZGB N 150). Das Gericht hat Behauptungen des Unterhaltsschuldners zu prüfen, wonach er die Unterhaltspflicht bereits (zum Teil) durch Unterhaltszahlungen getilgt habe. Der Gesuchsgegner darf demnach nur zur Leistung solcher Unterhaltsbeiträge verpflichtet werden, welche er nach Abzug von

- 45 - sämtlichen geltend gemachten, geprüften und als begründet erkannten Leistungen im Zeitpunkt des Urteils noch schuldet (vgl. ZR 107/2008 Nr. 60).

##### **E. 9.2**

Die Behauptung der Gesuchsgegners, zurzeit bezahle er monatliche Kinderunterhaltsbeiträge von Fr. 900.–, zuzüglich Fr. 200.– Kinderzulagen (Urk. 81 S. 17), wurde von der Gesuchstellerin nicht bestritten und ist durch entsprechende Kontoauszüge für die Monate Januar 2019 bis November 2019 ausgewiesen (Urk. 85/10 und Urk. 90/9). Weiter erklärte die Gesuchstellerin vor Vorinstanz, der Gesuchsgegner habe von März 2017 bis September 2017 monatlich Fr. 700.– und ab Oktober 2017 monatlich Fr. 900.–, je, zuzüglich Kinderzulagen, bezahlt (Urk. 16 S. 10), was ebenfalls unbestritten bleibt.

##### **E. 9.3**

Der Gesuchsgegner ist demnach berechtigt, an die von ihm rückwirkend zu leistenden Kinderunterhaltsbeiträge für die Monate März 2017 bis September 2017 Fr. 4'900.– und von Oktober 2017 bis November 2019 Fr. 23'400.– anzurechnen. In diesem Umfang ist die Unterhaltsverpflichtung des Gesuchsgegners durch Tilgung untergegangen. Da für die darüberhinausgehende Zeit keine Belege eingereicht wurden, ist hierfür der volle Unterhaltsbeitrag geschuldet. E. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Schliesslich ist über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens zu befinden (vgl. Art. 318 Abs. 3 ZPO). 2. Kosten- und Entschädigungsfolgen des

erstinstanzlichen Verfahrens

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