

ZH_OBERGERICHT LE190046 vom 5. Februar 2020

ZH Obergericht, 2020-02-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE190046

FR: ZH_OBERGERICHT LE190046 du 5 février 2020

IT: ZH_OBERGERICHT LE190046 del 5 febbraio 2020

Erwägungen

E. 1

Die Parteien sind verheiratet. Sie haben drei gemeinsame Töchter, D._____, geb. am tt.mm.2001, E._____, geb. am tt.mm.2003, und F._____, geb. am tt.mm.2006. Seit dem 25. Januar 2018 stehen sich die Parteien in einem Eheschutzverfahren gegenüber (Urk. 1). Betreffend den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 61 E. I = Urk. 67 E. I). Die Vorinstanz regelte das Getrenntleben der Parteien mit eingangs wiedergegebenem Entscheid vom 29. August 2019 (Urk. 61).

E. 1.1

Die Gesuchstellerin ersuchte in ihrer Eingabe vom 7. Oktober 2019 für das Berufungsverfahren um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages von vorläufig Fr. 6'000.–, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 71 S. 2 f.). Im Rahmen der Berufungsantwort führte die Gesuchstellerin aus, sie habe nach wie vor kein Vermögen. Dagegen habe sich ihre Einkommenssituation verändert. Per 23. September 2019 habe sie in Zürich eine Anstellung als Office Administrator gefunden, womit sie in der aktuell noch laufenden Probezeit ein monatliches Bruttoeinkommen von Fr. 6'000.– generiere. Eine Abrechnung über ihren Nettolohn habe sie noch nicht erhalten, doch bewege sich dieser in der Grössenordnung des ersten bisher für den ganzen Monat Oktober 2019 ausbezahlten Gehalts von Fr. 5'337.–. Diesem Einkommen stehe ein Bedarf von Fr. 4'031.90 (Grundbetrag Fr. 1'250.– + Anteil Mietzins Fr. 1'700.– + Krankenkasse [ohne IPV] Fr. 284.90 + Kommunikation Fr. 120.– + Arbeitsweg [öV] Fr. 277.– + Steuern [geschätzt] Fr. 400.–) gegenüber. Hierzu sei festzuhalten, dass E._____ überwiegend bei ihr lebe, weshalb von einem Grundbetrag für einen alleinerziehenden Schuldner in Haushaltsgemeinschaft mit erwachsenen Personen auszugehen sei. Sie habe mit ihrem neuen Partner einen Pauschalbetrag vereinbart, mit welchem sie sich an den belegten Wohnkosten beteilige. Berücksichtigt sei nicht nur der Umstand, dass sie einen erhöhten Wohnraumbedarf habe, weil zwei ihrer Töchter bei ihr lebten und auch F._____ spätestens nach Abschluss der obligatorischen Schulpflicht zu ihr ziehen werde, sondern damit werde auch ihr Anteil an sämtlichen weiteren Wohnnebenkosten wie etwa für die Hausrat- und Privathaftpflichtversicherung, die Anschlüsse für Festnetz und Internet etc. erfasst. Spätestens ab dem neuen Jahr werde sie angesichts ihres neuen Einkommens nicht mehr in den Genuss der Prämienverbilligung kommen, weshalb in ihrem Bedarf die gesamten monatlichen Krankenkassenkosten zu berücksichtigen seien. Sie sei somit in der Lage, für ihre eigenen Prozesskosten aufzukommen, weshalb sie das Gesuch auf Zusprechung

- 33 - eines Prozesskostenbeitrages durch den Gesuchsgegner bzw. das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung zurückziehe (Urk. 75 S. 27 ff.). Hiervon ist Vormerk zu nehmen.

E. 1.2

Der Gesuchsgegner ersucht im Berufungsverfahren um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages von vorläufig Fr. 6'000.–, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 66 S. 3). Ein Prozesskostenbeitrag ist unter denselben Voraussetzungen wie die dazu subsidiäre unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren. Vorausgesetzt ist demnach, dass die ersuchende Partei mittellos ist und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Zusätzlich muss es dem angesprochenen Ehegatten möglich sein, dem anderen die Kosten, die er zur Durchführung des Prozesses benötigt, zu bevorschussen (BGer 5P.441/2005 vom 9. Februar 2006, E. 1.2 m.w.H.). Für die Beurteilung der Frage, ob eine Partei als mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO zu betrachten ist, muss ihre gesamte aktuelle wirtschaftliche Situation berücksichtigt werden. Die gesuchstellende Partei hat sowohl ihre Einkommens- als auch ihre Vermögensverhältnisse darzulegen und soweit möglich zu belegen (vgl. Art. 119 Abs. 2 ZPO). Sie hat ihre Mittellosigkeit glaubhaft zu machen (BK ZPO I-Bühler, Art. 119 N 38). Angesichts der vorstehend wiedergegebenen aktuellen Einkommens- und Bedarfswahlen der Gesuchstellerin (E. IV.1.1) erscheint glaubhaft, dass sie – wie von ihr in der Berufungsantwort geltend gemacht (Urk. 75 S. 29) – neben der Übernahme ihrer eigenen Prozesskosten nicht in der Lage ist, dem Gesuchsgegner einen Prozesskostenbeitrag zu bezahlen, zumal sie auch über kein Vermögen verfügt (Urk. 72/1). Der Antrag des Gesuchsgegners auf Verpflichtung der Gesuchstellerin zur Leistung eines Prozesskostenbeitrages ist demnach abzuweisen. Dem Gesuchsgegner wurde – wie auch der Gesuchstellerin – bereits vor Vorinstanz die unentgeltliche Rechtspflege gewährt (vgl. Urk. 2 E. III.A). Seine finanzielle Situation hat sich zwischenzeitlich nicht verbessert; nach Deckung seines Existenzminimums und der Erfüllung der seit November 2018 zu bezahlenden Kinder- und Ehegattenunterhaltsbeiträge verbleibt ihm kein ins

- 34 - Gewicht fallender Überschuss (vgl. Urk. 61 E. E.4.2c, E.5.2.5, Dispositiv-Ziffern 2-3), sodann verfügt er über kein den sog. Notgroschen übersteigendes Vermögen (vgl. Urk. 69/10-12). Der Prozessstandpunkt des Gesuchsgegners kann überdies nicht als aussichtslos bezeichnet werden (vgl. OGer ZH PC120021 vom 07.06.2012, E. II.4) und er war als rechtsunkundige Partei für die sachgerechte Wahrung seiner Rechte im vorliegenden Berufungsverfahren auf anwaltlichen Beistand angewiesen. Daher ist ihm für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihm in der Person von Rechtsanwältin Dr. iur. X._____ eine unentgeltliche Rechtsbeistandin zu bestellen. 2. Kosten- und Entschädigungsfolgen Der Gesuchsgegner beantragte berufungsweise im Wesentlichen, es seien die Dispositiv-Ziffern 3-4 des angefochtenen Urteils aufzuheben und er sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin einen Restbetrag von Fr. 4'176.80 auf Anrechnung an seine Unterhaltspflichten gegenüber den Kindern und der Gesuchstellerin zu bezahlen, wobei festzustellen sei, dass er damit seine Unterhaltspflichten bis 31. Dezember 2018 erfüllt habe. Sodann seien seine Unterhaltspflichten mit Wirkung ab 1. Januar 2019 aufzuheben (Urk. 66 S. 2). Mit dem vorliegenden Entscheid werden die von der Vorinstanz – ab Januar 2018 und für die weitere Dauer des Getrenntlebens – festgesetzten Unterhaltsbeiträge bis zum 8. Dezember 2019 bestätigt und auch die übrigen Berufungsanträge des Gesuchsgegners (insb. Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 2 des angefochtenen Urteils, Anweisung der Vorinstanz ohne weitere Verzögerung zur Verhandlung über vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren vorzuladen, Gutheissung des Protokollberichtigungsbegehrens) abgewiesen (vgl. E. III.). Der Gesuchsgegner unterliegt somit im Berufungsverfahren im Ergebnis vollumfänglich.

Ausgangsgemäss sind ihm die Kosten- und Entschädigungspflichten in vollem Umfang aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtsgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 2 lit. b GebV OG auf Fr. 5'500.– festzusetzen. Die Parteientschädigung ist gestützt auf § 13 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 5 Abs.

- 35 - 1, § 6 Abs. 3 und § 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf gerundet Fr. 5600.– (Fr. 5'200.– zuzüglich 7.7% MwSt., vgl. Urk. 75 S. 2) zu veranschlagen. Es wird beschlossen: 1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositiv-Ziffern 1, 5 und 7 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 29. August 2019 in Rechtskraft erwachsen sind. 2. Vom Rückzug des Gesuchs der Gesuchstellerin um Verpflichtung des Gesuchsgegners zur Leistung eines Prozesskostenbeitrages von vorläufig Fr. 6'000.–, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverbeiständung für das zweitinstanzliche Verfahren, wird Vormerk genommen. 3. Dem Gesuchsgegner wird für das zweitinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwältin Dr. iur. X. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt. 4. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis. Es wird erkannt: 1. In teilweiser Gutheissung der Berufung werden die Dispositiv-Ziffern 3 und 4 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 29. August 2019 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

E. 1.3

Dies bedeutet, dass das Eheschutzgericht zur Regelung der Unterhaltsbeiträge, vorbehältlich eines – in casu bis zum 9. Dezember 2019 (vgl. hierzu nachstehend E. III.B.1.5) nicht bestehenden – Zuständigkeitskonfliktes (vgl. BGE 138 III 646 E. 3.3.2; OGer ZH LE160012 vom 15.11.2016, E. II), zuständig bleibt. Gemäss ständiger Praxis der Kammer werden die Unterhaltsbeiträge – auch wenn über sie erst nach Einleitung des Scheidungsverfahrens entschieden wird – für die weitere Dauer des Getrenntlebens und damit nicht beschränkt bis zum Zeitpunkt der Einleitung des Scheidungsverfahrens ausgesprochen. Dabei fliessen jedoch Tatsachen, die sich erst nach der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens ereignet haben bzw. erst in einem Zeitpunkt danach wirksam werden, nicht mehr in die materielle Beurteilung der Eheschutzmassnahmen ein (vgl. ZR 101 [2002] Nr. 25; OGer ZH LE170039 vom 14.03.2018, E. II.3.1; OGer ZH LE140026 vom 14. November 2014, E. 4.2). Will eine Partei solche Tatsachen berücksichtigen haben, muss sie nach Anhängigmachung des Scheidungsverfahrens, unabhängig davon, ob der Eheschutzentscheid bereits ergangen ist oder nicht, ein Begehren um Erlass von vorsorglichen Massnahmen beim sachlich zuständigen Scheidungsgericht stellen (OGer ZH LE180013 vom 19.03.2019, E. C.4; OGer ZH LE180072 vom 09.09.2019, E. II.B.2.3.2). Das bedeutet mit anderen Worten, dass sämtliche Umstände, welche sich nach Einleitung des Scheidungsverfahrens am 1. Dezember 2018 ereignet haben oder nach diesem Datum wirksam werden, nicht Bestandteil der eheschutzrichterlichen Beurteilung sein können. Entsprechend hat die Vorinstanz die Vorbringen des Gesuchsgegners betreffend Wohnsituation von E. _____ und F. _____ seit dem Wegzug der Gesuchstellerin nach ... [Ort], neue Anstellung der Gesuchstellerin seit 1. Mai 2019 und Eintritt von F. _____ in die Oberstufe in Zürich im August 2019 bzw. inskünftige Wohnsituation der Kinder – entgegen der vom Gesuchsgegner in seiner Berufung vertretenen Auffassung (vgl. Urk. 66 Rz. 35 ff.) – zu Recht nicht berücksichtigt. Insofern zielt die Rüge des Gesuchsgegners,

die Erwägungen der Vorinstanz, mit welchen die hypothetischen Einkommen der Parteien begründet würden, seien überraschend und die Vorinstanz argumentiere im Widerspruch zu den ihr be-

- 14 - kannten tatsächlichen Verhältnisänderungen (Urk. 66 Rz. 39), ins Leere. Ohnehin wirkten sich die von der Vorinstanz festgelegten hypothetischen Einkommen rechnerisch nicht auf den angefochtenen Entscheid aus (vgl. Urk. 61 E. II.2, II.E.5.3). Der Gesuchsgegner verkennt, dass es nicht Sache der Vorinstanz war, eine Koordination von Eheschutz- und Scheidungsverfahren vorzunehmen und zu einer "gemeinsamen Verhandlung zwecks Sachverhaltsabklärung und umfassender Regelung des Getrenntlebens" vorzuladen (Urk. 66 Rz. 36, 50). Hätte der Gesuchsgegner die besagten neuen Tatsachen berücksichtigt haben wollen, wäre es vielmehr an ihm gelegen, im Scheidungsverfahren ein vorsorgliches Massnahmebegehren einzureichen. Dass er oder die Gesuchstellerin bisher im Scheidungsverfahren vor Vorinstanz ein vorsorgliches Massnahmebegehren gestellt hätten, geht aus den Akten nicht hervor und wird vom Gesuchsgegner – auch im Berufungsverfahren (vgl. Urk. 66 Rz. 34 ff.; Urk. 82 S. 2) – nicht behauptet. Es wird dem Scheidungsgericht obliegen, über die Zulässigkeit des vom Gesuchsgegner am 27. Juni 2019 im Eheschutzverfahren gestellten Antrags, es seien die Anträge der Parteien zum Unterhalt für die Zeit ab 1. Dezember 2018 im Scheidungsverfahren als vorsorgliche Massnahmen zu entscheiden, zu befinden (vgl. Urk. 58 S. 2). Mithin blieb das Eheschutz(berufungs-)gericht auch nach Einleitung des Scheidungsverfahrens zur Regelung der Unterhaltsbeiträge zuständig (vgl. OGer ZH LE180072 vom 09.09.2019, E. II.B.2.1; OGer ZH LE180013 vom 19.03.2019, E. C.4), weshalb die Berufung insoweit abzuweisen ist, als der Gesuchsgegner die Aufhebung seiner Unterhaltspflichten ab 1. Januar 2019 und die Überweisung der Sache zur Abklärung des Sachverhalts und zur Entscheidung an das Scheidungsgericht beantragt (Urk. 66 Berufungsantrag 4, Rz. 43 und 48).

E. 1.4

Angesichts dessen, dass bislang kein Massnahmebegehren vorlag, erhellt nicht, inwiefern für das Scheidungsgericht Anlass bestanden hätte, zu einer Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen vorzuladen, wie dies der Gesuchsgegner in Rz. 49 f. seiner Berufungsschrift (Urk. 66) moniert. Ohnehin hätte dem Gesuchsgegner, soweit er in der unterlassenen Vorladung zur Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen eine Pflichtverletzung des Scheidungsgerichts im Sinne einer Rechtsverzögerung erblickte, obliegen, im Scheidungsverfahren eine (Rechtsverzögerungs)Beschwerde i.S.v. Art. 319 lit. c ZPO zu erheben.

- 15 - Eine Möglichkeit des (zweitinstanzlichen) Eheschutzgerichts ein erstinstanzliches Scheidungsgericht anzuweisen, ohne weitere Verzögerungen sofort zur Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren vorzuladen, wie dies der Gesuchsgegner in seinem Berufungsantrag 5 (Urk. 66 S. 2, Rz. 50) verlangt, besteht ohnehin nicht, weshalb auf diesen Antrag nicht einzutreten ist.

E. 1.5

Im Rahmen seiner Stellungnahme vom 9. Dezember 2019 teilte der Gesuchsgegner mit, er habe mit Eingabe vom 9. Dezember 2019 im Scheidungsverfahren ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen gestellt (Urk. 82 S. 2). Wie sich aus der im Recht liegenden Eingabe ergibt, stellte der Gesuchsgegner am 9. Dezember 2019 im zwischen den Parteien

am Bezirksgericht Zürich hängigen Scheidungsverfahren (Geschäfts-Nr. FE1800847) ein Begehren um Erlass von vorsorglichen Massnahmen über dieselben Punkte, wie sie im vorliegenden Eheschutzverfahren zu entscheiden sind. So beantragte der Gesuchsgegner insbesondere, er sei zu verpflichten, den Barunterhalt für F. _____ zu bezahlen, die Parteien seien zu verpflichten, den Barunterhalt für E. _____ gemeinsam im Verhältnis ihrer Einkommen zu bezahlen, wobei die Gesuchstellerin insbesondere zu verpflichten sei, einen angemessenen Anteil an die Schulkosten von E. _____ zu bezahlen und es sei festzustellen, dass sich die Parteien gegenseitig keine persönlichen Unterhaltsbeiträge schulden (Urk. 84/1 S. 2). Folglich besteht seit dem 9. Dezember 2019 ein sachlicher Zuständigkeitskonflikt, weshalb Unterhaltsbeiträge nur bis zum 8. Dezember 2019 zugesprochen werden können (vgl. OGer ZH LE170039 vom 14.03.2018, E. II.3.2; OGer ZH LE160012 vom 15.11.2016, E. II). Hernach entfällt die Zuständigkeit des Eheschutzgerichts. 2. Kindergrundbeträge / Grundbetrag des Gesuchsgegners

E. 2

Das Berufungsverfahren stellt keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern ist nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGE 142 III 413 E. 2.2.1 m.w.Hinw. auf die Botschaft zur Schweizerischen ZPO, BBl 2006, S. 7374). Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1), welcher insbesondere bei Entscheidungen betreffend Unterhalt erhebliche Bedeutung zukommt (vgl. statt vieler BGer 5A_797/2012 vom 18. März 2013, E. 3.2.3). 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. Das setzt (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintrittensvoraussetzung) voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anfechtet, sich argumentativ mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer

- 11 - 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.w.Hinw.; BGer 5A_111/2016 vom 6. September 2016, E. 5.3; BGer 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3; BGer 4A_290/2014 vom 1. September 2014, E. 3.1 und E. 5). Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Berufungsverfahren eine Relativierung (BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21 und N 39 ff.; Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 57 N 22). In diesem Rahmen ist auf die Parteivorbringen insofern einzugehen, als sie für die Entscheidungsfindung relevant sind.

E. 2.1

Die Vorinstanz stellte fest, die Parteien hätten insofern eine klassische Rollenverteilung gelebt, als der Gesuchsgegner während des Zusammenlebens zu 100% und die Gesuchstellerin vorwiegend an den Wochenenden, dies jedoch unregelmässig, erwerbstätig gewesen seien (Urk. 61 E. II.E.2). Es rechtfertige sich vorliegend, so die Vorinstanz weiter, auch beim Gesuchsgegner zum gerichtlichen Grundbetrag für eine alleinstehende Person von Fr. 1'200.– einen zusätzlichen Betrag für die Mehrausgaben der Kinder einzurechnen, da es glaubhaft er-

- 16 - scheine, dass er die Töchter etwas mehr als ein Besuchsrechtswochenendvater betreut habe. Ausserdem habe er in der fraglichen Zeit (seit März 2018) zu 90% gearbeitet, da er jeweils am Mittwochnachmittag – zumindest teilweise – F. _____ betreut und verpflegt habe (Urk. 61 E. II.E.5.2.5).

E. 2.2

Der Gesuchsgegner verlangt berufungsweise eine je hälftige Verteilung der Kindergrundbeträge auf die Parteien und die Berücksichtigung des Grundbetrages für erziehende Eltern von Fr. 1'350.– in seinem Bedarf (Urk. 66 Rz. 7 f.). We- der indem er in Rz. 3 seiner Berufungsschrift (Urk. 66) bloss die pauschalen Vorwürfe erhebt, die Vorinstanz habe sich mit den Ausführungen der Parteien und der Kinderanhörung nicht genügend auseinandergesetzt und die Befragung der Parteien mache den Anschein, dass die Richterin nicht entscheidoffen gewesen sei, noch indem er sich damit begnügt, in den Rz. 4 ff. seiner Berufungsschrift (Urk. 66) lediglich das bereits vor Vorinstanz Vorgetragene zu wiederholen (vgl. Urk. 30 Rz. 5 ff.; Prot. I S. 8 f., 29 f.; Urk. 49 Rz. 11, 16 ff.), kommt der Gesuchsgegner seiner Begründungspflicht (vgl. E. II.2) nach. Daher ist auf seine Vorbringen nicht einzutreten. Auch wenn darauf einzutreten wäre, wäre allerdings keine Anpassung der vorinstanzlichen Regelung angezeigt. Dass der Gesuchsgegner die Kinder während des Zusammenlebens der Parteien insbesondere betreute, wenn die Gesuchstellerin – unregelmässig und vorwiegend an den Wochenenden – ihrer Erwerbstätigkeit nachging und darüber hinaus im Haushalt half, was im Übrigen von der Gesuchstellerin auch gar nicht bestritten wurde (vgl. Urk. 44 S. 7), ändert nichts an der Tatsache, dass der Gesuchsgegner – wie er vor Vorinstanz selbst einräumte (vgl. Prot. I S. 29) – zu 100% erwerbstätig war, was eine hälftige Betreuung der Kinder durch ihn ausschloss. An der Kinderanhörung vom 26. Oktober 2018 erzählte D. _____, sie sei sicherlich auch beim Vater; sie sei aber öfter bei der Mutter, wo die Wohnverhältnisse jedoch eng seien und sie kein eigenes Zimmer habe. Beim Vater gebe es mehr Platz zum Schlafen. Wenn sie dann mit Kolleginnen auch zum Übernachten abmache, würden sie beim Vater schlafen. E. _____ gab an, bei beiden Elternteilen zu wohnen, jedoch öfters bei der Mutter zu sein, wo sie ein Zimmer mit F. _____ teile. F. _____ erklärte, sie sei abgesehen vom Mittwochnachmittag jeweils öfter bei der Mutter, wo es jedoch etwas eng sei. Sie wechsele ab, sie sei aber mehr bei der Mutter, wobei sie

- 17 - mit Freundinnen eher zum Vater gehe (Urk. 39 S. 2). Mithin ergibt sich, dass sich die drei Kinder nach der Trennung der Parteien eindeutig mehr bei der Gesuchstellerin aufhielten. Die Vorinstanz hat im Übrigen im Bedarf des Gesuchsgegners einen zusätzlichen Betrag für die Mehrausgaben der Kinder eingerechnet und damit dem Umstand, dass er die Töchter mehr als ein Besuchsrechtswochenendvater betreut, bereits Rechnung getragen.

E. 3

Zusätzliche Gesundheitskosten von D._____, E._____ und dem Gesuchs- gegner

E. 3.1

Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für die Kinder einen monatlichen Unterhaltsbeitrag (Barunterhalt), zuzüglich Familienzulagen, wie folgt zu bezahlen: - Januar 2018 bis Juli 2018: - für D._____ Fr. 695.00 pro Monat; - für E._____ Fr. 2'661.30 pro Monat;

- 36 - - für F._____ Fr. 854.50 pro Monat. - Ab August 2018 bis 8. Dezember 2019: - für D._____ Fr. 695.00 pro Monat; - für E._____ Fr. 2'661.30 pro Monat; - für F._____ Fr. 804.50 pro Monat. Die Unterhaltsbeiträge sind zahlbar monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.

E. 3.2

Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin monatliche Ehegattenunterhaltsbeiträge wie folgt zu bezahlen: - Fr. 1'491.30 pro Monat für Januar und Februar 2018; - Fr. 993.20 pro Monat für März bis Juli 2018; - Fr. 1'043.20 pro Monat für August bis Oktober 2018; - Fr. 780.30 ab November 2018 bis 8. Dezember 2019. Diese Unterhaltsbeträge sind zahlbar monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats. 4. Der Gesuchsgegner ist berechtigt, von den rückwirkend zu leistenden Kinder- und Ehegattenunterhaltsbeiträgen für den Zeitraum 1. Januar 2018 bis 30. November 2018 bereits erbrachte Leistungen im Umfang von Fr. 42'424.10 in Abzug zu bringen. Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen und die Dispositiv-Ziffern 2, 6 und 8-10 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 29. August 2019 werden bestätigt. 2. Der Antrag des Gesuchsgegners auf Verpflichtung der Gesuchstellerin zur Leistung eines Prozesskostenbeitrages wird abgewiesen. 3. Die zweitinstanzliche Entscheidungsgebühr wird auf Fr. 5'500.– festgesetzt. 4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsgegner auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

- 37 - 5. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 5'600.– zu bezahlen. 6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück. 7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG und ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 5. Februar 2020
Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. N.A.
Gerber versandt am: mc

E. 4

Schulkosten von E._____ Der Gesuchsgegner moniert, die Schulkosten von E._____ für die J._____ Schule betragen gemäss der mit Stellungnahme vom 27. Juni 2019 eingereichten Tabelle (Urk. 59/8) für das Jahr 2018 total Fr. 21'155.– oder monatlich Fr. 1'752.90. Die Vorinstanz habe diese Akten übersehen und im Bedarf von E._____ nur Fr. 1'677.50 veranschlagt (Urk. 66 Rz. 14). Die Gesuchstellerin bestreitet in ihrer Berufungsantwort die hiermit vom Gesuchsgegner geltend gemachten Kosten für die Klassen- und Orchesterlager sowie für die Elternvereinigung J._____ -Schule (Urk. 75 S. 10 f.). Mit der Gesuchstellerin (vgl. Urk. 75 S. 10) ist einig zu gehen, dass der Gesuchsgegner allein mit der von ihm selbst erstellten Tabelle (Urk. 59/8) keine über die monatlich fixe Gebühr der J._____ Schule hinausgehenden regelmässigen Schulkosten von E._____ glaubhaft machen konnte. Aufgrund der fehlenden Belege können in der Bedarfsrechnung von E._____ in Übereinstimmung mit der Vorinstanz keine zusätzlichen Schulkosten berücksichtigt werden.

E. 5

Steuern der Parteien Die Vorinstanz führte aus, einzig die laufenden Steuern gehörten in eine enge Bedarfsrechnung, vorausgesetzt, es handle sich nicht um einen Mankofall. Da es sehr schwierig sei, die auf die Parteien entfallenden Steuerbeträge ab dem Zeitpunkt des Getrenntlebens zu schätzen, könnten die laufenden Steuern auch in den Freibetrag verwiesen werden. Vorliegend seien die Steuern entweder auf den Freibetrag zu verweisen (so im Januar und Februar 2018, wo der Überschuss von Fr. 647.80 sowie ab November 2018, wo der Überschuss in der Höhe von Fr. 525.80 hälftig zu teilen und den Parteien für die Zahlung der Steuern zu überlassen seien; Urk. 61 E. II.E.5.3) oder sie fielen ausser Betracht, wenn ein Mankofall vorliege (Urk. 61 E. II.E.5.2.5). Mit dieser Begründung setzt sich der Gesuchsgegner nicht im Ansatz auseinander, wenn er in Rz. 15 seiner Berufungsschrift (Urk. 66) ausführen lässt, er habe im Jahr 2018 für die Kantons- und Gemeindesteuern 2017 total Fr. 5'556.– und für die direkte Bundessteuer Fr. 953.–, also monatlich Fr. 542.40 bezahlt und müsse weiterhin hohe Steuern bezahlen, so habe er 2019 bislang Fr. 6'500.– für die Kantons- und Gemeindesteuern 2018 be-

- 21 - zahlt. Damit genügen seine Vorbringen wiederum der Begründungspflicht nach Art. 311 Abs. 1 ZPO nicht. Soweit der Gesuchsgegner in Rz. 15 seiner Berufungsschrift (Urk. 66) weiter ausführt, die Gesuchstellerin trage aufgrund ihres geringen Einkommens keine massgebliche Steuerlast, verkennt er im Übrigen, dass die Gesuchstellerin überdies die von ihm zu leistenden Unterhaltsbeiträge als Einkommen zu versteuern hat, während er diese von seinem steuerbaren Einkommen abziehen kann (vgl. OGer ZH LE130065 vom 03.01.2014, E. II.B.2.7). Dass die Vorinstanz von einer in etwa gleich hohen laufenden Steuerbelastung der Parteien ausging und die Parteien diesbezüglich auf den hälftig zu teilenden Freibetrag verwies, ohne im Bedarf konkrete Beträge für die laufenden Steuern festzulegen, erscheint bei den vorliegenden finanziellen Verhältnissen insofern nicht offensichtlich unangemessen. Damit hat es sein Bewenden.

E. 6

Mobilitäts- und Kommunikationskosten der Gesuchstellerin Der Gesuchsgegner kritisiert, entgegen der Darstellung der Vorinstanz habe er die Bedarfspositionen Fahrt zur Arbeit: Fr. 65.– und Kommunikationskosten: Fr. 120.– bei der Gesuchstellerin nicht vorbehaltlos anerkannt. Der Gesuchsgegner verweist auf die Ausführungen der Gesuchstellerin in der

Befragung durch die Vorderrichterin (Prot. I S. 23 f.), worin sie bestätige, ihre Abonnementskosten für das Handy und den öffentlichen Verkehr über ihr Einzelunternehmen abzu- rechnen. Sie habe die vollen Handykosten verrechnet und keinen Privatanteil ab- gezogen (Urk. 66 Rz. 16 f.). Diesbezüglich ist festzuhalten, dass die Gesuchstel- lerin unter ausdrücklicher Bezugnahme auf ihre besagten Ausführungen in der persönlichen Befragung (Prot. I S. 23 f.) bereits vor Vorinstanz korrigierte, es wür- den in den Zusammenstellungen der Einnahmen und Ausgaben Eventangebot / "K. _____" 2017 und den Aufstellungen der Einnahmen und Ausgaben L. _____ / "K. _____" 2018 lediglich Kosten aufgeführt, die im Zusammenhang mit dieser Tä- tigkeit angefallen seien, also Kosten für Telefonate mit Kunden, Transportkosten im Zusammenhang mit der Erfüllung von Aufträgen und Kosten aus Materialein- käufen. Bestritten werde unter Verweis auf die persönliche Befragung der Ge- suchstellerin, dass sie ihr Handy-Abo über die Firma finanziere (Urk. 44 S. 19 f.). Sodann ergeben sich aus dem vorgelegten Auszug ihres Postkontos, auf welchen

- 22 - die Gesuchstellerin hinsichtlich den von ihr privat zu tragenden Telefonkosten konkret verwies (vgl. Urk. 44 S. 19), folgende Zahlungen an die Sunrise Commu- nications AG Zürich: 03.01.2018 Fr. 106.50, 31.01.2018 Fr. 146.25, 28.02.2018 Fr. 104.75, 03.04.2018 Fr. 124.85, 30.04.2018 Fr. 124.45, 31.05.2018 Fr. 125.05, 02.07.2018 Fr. 134.55, 31.07.2018 Fr. 126.55, 31.08.2018 Fr. 123.85, 01.10.2018 Fr. 123.25, 31.10.2018 Fr. 124.85 (Urk. 45/3). Somit gelang es der Gesuchstelle- rin – entgegen der Auffassung des Gesuchsgegners (Urk. 66 Rz. 17) – monatli- che Kommunikationskosten von Fr. 120.– glaubhaft zu machen, welche in ihrem Bedarf zu berücksichtigen sind. Das Vorbringen der Gesuchstellerin, dass sie sich wie schon während des Zusammenlebens zur Hauptsache in der Stadt Zürich bewege, weshalb bei ihr Kosten für ein ZVV-Netzpass-Jahresabo von Fr. 65.– zu berücksichtigen seien (Urk. 28 S. 15), wurde vom Gesuchsgegner – wie die Ge- suchstellerin in ihrer Berufungsantwort zu Recht bemerkt (vgl. Urk. 75 S. 12) – vor Vorinstanz nicht und im Berufungsverfahren nicht substantiiert bestritten. So führ- te der Gesuchsgegner nämlich einzig aus, entgegen der Vorinstanz sei eine zu- sätzliche Bedarfsposition Mobilität nicht üblich, wenn entsprechende Berufsausla- gen im Rahmen der selbständigen Erwerbstätigkeit berücksichtigt würden (Urk. 66 Rz. 16) und machte insbesondere nicht geltend, die entsprechenden Auslagen für die (nicht geschäftliche) Mobilität entsprächen nicht dem ehelichen Standard. Insoweit ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz den (gerichtsno- torischen) Betrag für den öffentlichen Verkehr – auch bei selbständiger Erwerbs- tätigkeit – der Gesuchstellerin unter dem Titel Mobilität als gerechtfertigt erachtete (vgl. Urk. 61 E. II.E.5.2.4).

E. 7

Einkommen der Gesuchstellerin

E. 7.1

Der Gesuchsgegner macht geltend, die Gesuchstellerin könne sich ein Jahr nach der Trennung, d.h. ab 1. Januar 2018, selbst versorgen; entweder sei ihr ein entsprechendes hypothetisches Einkommen anzurechnen oder es sei ihr ein Un- terhaltsbeitrag gemäss Art. 125 Abs. 3 ZGB zu versagen, weil er offensichtlich unbillig wäre (Urk. 66 Rz. 31). Entgegen der Darstellung des Gesuchsgegners in den Rz. 27 und 31 seiner Berufungsschrift (Urk. 66) hat die Vorinstanz erläutert, weshalb sie seitens der Gesuchstellerin erst ab 1. Januar 2020 von einem hypo-

- 23 - thetischen Einkommen in der Höhe von Fr. 2'600.– netto (inkl. 13. Monatslohn), d.h. von Fr. 600.– mehr als das, was die Gesuchstellerin seit November 2018 verdient, ausging. Die Vorinstanz hat diesbezüglich insbesondere festgehalten, Voraussetzung für die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens sei, dass eine entsprechende Einkommenssteigerung möglich und zumutbar sei. Die rück- wirkende Anrechnung – so die Vorinstanz zutreffenderweise (vgl. BGer 5P.79/2004 vom 10. Juni 2004, E. 4.3; OGer ZH LE150008 vom 26. Oktober 2015, E. III.4.2) – sei damit grundsätzlich ausgeschlossen, ausser die Parteien hätten schon länger damit rechnen müssen (Urk. 61 E. II.E.1.1). Es erscheine an- gebracht, der Gesuchstellerin eine angemessene Übergangszeit zu gewähren, damit sie ihr Leben neu organisieren könne. Eine Rückwirkung der Annahme ei- nes hypothetischen Einkommens komme daher nicht in Frage. Am Rande sei zu bemerken, dass die Frage, ob die Gesuchstellerin in der Gastronomie mehr oder weniger verdienen würde, im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen im Schei- dungsverfahren zu klären sei. Auch könne offen gelassen werden, ob die Einstel- lung der Erwerbstätigkeit im Rahmen von L._____ sinnvoll gewesen sei oder nicht, da die Gesuchstellerin in diesem Fall selbständig erwerbend wäre, was un- ter Berücksichtigung der eigenen Ferien und Feiertagsansprüche und der Tatsa- che, dass sie die Wochenenden ab und zu mit ihrer Tochter F._____ verbringen wolle, nicht zwingend mehr Einkommen generiere (Urk. 61 E. II.E.4.1c). Ein Ehe- gattenunterhalt sei festzusetzen, da eine lebensprägende Ehe vorliege und der Gesuchsgegner während des Zusammenlebens zu 100% erwerbstätig gewesen sei, weshalb in der Vergangenheit im Grundsatz von einer klassischen Rollenver- teilung auszugehen sei und die Gesuchstellerin im Rahmen der ehelichen Solida- rität Anspruch auf den gleichen Lebensstandard, welcher während des Zusam- menlebens massgebend gewesen sei, habe. Hinzu komme, dass die Gesuchstel- lerin aus dem Ausland stamme und der Gesuchsgegner ihre eingeschränkte Er- werbsmöglichkeit im Rahmen der ehelichen Solidarität mitzutragen habe und die- se Verantwortung nicht im Rahmen der Trennung ausser Acht gelassen werden könne (Urk. 61 E. II.E.5.3). Auf diese Erwägungen geht der Gesuchsgegner im Rahmen der Rz. 23, 27, 29 und 31 seiner Berufungsschrift (Urk. 66) nicht ein, sondern belässt es dabei, das bereits vor Vorinstanz Vorgetragene zu wiederho-

- 24 - len (vgl. Urk. 30 S. 10, 12; Urk. 49 S. 9, 11, 14 ff.; Urk. 58 S. 7 f.). Damit genügt er der Begründungspflicht nach Art. 311 ZPO nicht.

E. 7.2

Der Vollständigkeit halber bleibt hinsichtlich der vom Gesuchsgegner mehr- fach thematisierten Eigenversorgungskapazität der Gesuchstellerin (vgl. Urk. 66 Rz. 23, 27, 29 und 31) festzuhalten, dass nach konstanter höchstrichterlicher Pra- xis auch während der Dauer der Trennung im Sinne von Art. 175 ZGB die Ehe- bande und damit die gegenseitigen Beistands- und Unterstützungspflichten nach wie vor bestehen und Art. 163 ZGB (und nicht Art. 125 ZGB) die Grundlage für die Festsetzung des Trennungsunterhalts bildet (statt vieler BGE 145 III 169 E.3.6; BGE 140 III 337 E. 4.2.1; BGE 137 III 385 E. 3.1; BGE 130 III 537 E. 3.2; BGer 5A_493/2017 vom 7. Februar 2018, E. 3.1; BGer 5A_1020/2015 vom 15. November 2016, E. 3; BGer 5A_565/2015 vom 24. November 2015, E. 4.1). Dementsprechend ist bei der Regelung des Getrenntlebens bzw. bei der Festset- zung von ehelichen Unterhaltsbeiträgen nach Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB primär von der zwischen den Ehegatten vereinbarten Lastenverteilung auszugehen. Das Eheschutzgericht hat sich von der bisherigen, ausdrücklich oder stillschweigend getroffenen Vereinbarung der Ehegatten über Aufgabenteilung und Geldleistun- gen leiten zu lassen,

die der ehelichen Gemeinschaft eine bestimmte Struktur gegeben hat und im Rahmen von Eheschutzmassnahmen nicht gänzlich verändert werden soll (BGE 138 III 97 E. 2.2; BGE 137 III 385 E. 3.1; BGE 128 III 65 E. 4.a; BGer 5A_207/2011 vom 26. September 2011, E. 3; ZR 104 [2005] Nr. 58 E. 3; BSK ZGB I-Schwander Art. 176 N 2; Six, Eheschutz, 2. Aufl., Rz 2.54). Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn nicht mehr ernsthaft mit einer Wiederaufnahme des Zusammenlebens zu rechnen ist und die Eheschutzmassnahmen in erster Linie dazu dienen, die Übergangszeit bis zur Scheidung zu regeln (BGE 138 III 97 E. 2.2; BGE 137 III 385 E. 3.1; BGE 130 III 537 E. 3.2). Ist nicht mehr ernsthaft mit einer Wiederaufnahme des Zusammenlebens zu rechnen, gewinnt (neben der ehelichen Solidarität) das Ziel der wirtschaftlichen Selbständigkeit an Bedeutung, weshalb beim Entscheid über den ehelichen Unterhalt während der Dauer der Trennung auch die für den nahehelichen Unterhalt geltenden Kriterien von Art. 125 ZGB miteinzubeziehen sind (BGE 138

- 25 - III 97 E. 2.2; BGE 137 III 385 E. 3.1; BGE 128 III 65 E. 4.a; BGer 5A_493/2017 vom 7. Februar 2018, E. 3.1; BGer 5A_298/2015 vom 30. September 2015, E. 3.1; Brunner, in: Hausheer/Spycher [Hrsg.], Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. A., Bern 2010, Rz 04.62 ff.) – im Eheschutzverfahren allerdings meist noch in schwächerem Ausmass als im Massnahmeverfahren nach bereits eingereichter Scheidungsklage (BGE 130 III 537 E. 3.2; OGer ZH LY110017 vom 8.9.2011 E. 3.3.1; s.a. Maier, Aspekte bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen im Familienrecht – Zur Praxis der erst- und zweitinstanzlichen Gerichte des Kantons Zürich, AJP 2007, S. 1226). Das bedeutet (entgegen der vom Gesuchsgegner im Ergebnis in der Berufung vertretenen Ansicht) aber nicht, dass in einem solchen Fall ausschliesslich die Kriterien von Art. 125 ZGB zur Anwendung gelangen und die Festsetzung der (ehelichen) Unterhaltsbeiträge nach Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. Art. 163 ZGB durch die mutmasslich zu erwartende naheheliche Unterhaltsregelung (gemäss Art. 125 ZGB) resp. die diesbezüglichen Überlegungen präjudiziert würde. Es geht insbesondere nicht darum, den Entscheid über den nahehelichen Unterhalt im Eheschutzverfahren vorwegzunehmen. Vielmehr ist in erster Linie zu prüfen, ob und in welchem Umfang einem Ehegatten im Lichte dieser Kriterien allenfalls schon während der Dauer der Eheschutzmassnahmen (oder der vorsorglichen Massnahmen des Scheidungsprozesses) eine (Wieder-)Aufnahme oder Ausdehnung der Erwerbstätigkeit und damit die Erzielung eines eigenen oder höheren Erwerbseinkommens zuzumuten ist (BGE 138 III 97 E. 2.2; BGE 137 III 385 E. 3.1; BGE 130 III 537 E. 3.2 und 3.4; BGE 128 III 65 E. 4.a; zum Ganzen auch BGer 5A_516/2010 vom 22. September 2010, E. 3.6; Brunner, a.a.O., Rz 04.61 ff.; Six, a.a.O., Rz 2.54 und Rz 2.158; FamKomm Scheidung-Vetterli, Art. 176 ZGB N 26 f.). Dadurch soll der betroffene Ehegatte in der Trennungszeit zwar einerseits den Schutz erhalten, den ihm die Ehe bietet; andererseits trifft ihn aber auch die Pflicht, sich im Rahmen des Zumutbaren auf die absehbare Auflösung der Ehe vorzubereiten (Brunner, a.a.O., Rz 04.62). Angesichts dieser Doppelnatur kommt der Frage der Eigenversorgungskapazität beim Trennungsunterhalt weniger Gewicht zu bzw. stellt sich diese Frage weniger akzentuiert als bei der

- 26 - Festsetzung des nahehelichen Unterhalts (BGer 5A_21/2012 vom 3. Mai 2012, E. 3.3; BGer 5A_474/2013 vom 10. Dezember 2013, E. 4.3.2). Der Gesuchsgegner selbst liess vor Vorinstanz ausführen, die Gesuchstellerin habe im Jahr 2013 Fr. 10'495.–, im Jahr 2014 Fr. 10'681.–, im Jahr 2015 Fr. 14'697.– und im Jahr 2016 Fr. 9'000.– verdient (Urk. 30 S. 9). Die Vorinstanz ging von (tatsächlichen) Einkünften der Gesuchstellerin von Fr. 1'300.–

monatlich ab dem Trennungsdatum bis und mit Oktober 2018 und von Fr. 1'950.– monatlich ab November 2018 (Urk. 61 E. II.E.4.1c) aus, was einer Erhöhung, seit Oktober 2018 gar einer Verdoppelung ihrer bisherigen Einkünfte entspricht. Der Vorwurf des Gesuchsgegners, die Gesuchstellerin habe seit der Aufnahme des Getrenntlebens der Parteien ihre Eigenversorgungskapazität nicht ausgebaut (Urk. 66 Rz. 23, 27, 29 und 31), zielt somit ohnehin ins Leere.

E. 7.3

Art. 125 Abs. 3 ZGB enthält eine Billigkeitsklausel, wonach ein an sich nach Art. 125 Abs. 1 und 2 ZGB gegebener Unterhaltsanspruch unter bestimmten Voraussetzungen versagt oder gekürzt werden kann. Grobe Unbilligkeit kann zunächst vorliegen, wenn die berechnete Person ihre Pflicht, zum Unterhalt der Familie beizutragen, grob verletzt hat (Art. 125 Abs. 3 Ziff. 1 ZGB). In objektiver Hinsicht ist eine grobe Unterhaltspflichtverletzung erforderlich, die sich über eine längere Zeit hingezogen haben muss. Regelmässig wird notwendig sein, dass die Familie durch die Nichtgewährung in ernstliche Schwierigkeiten gerät. Subjektiv ist zumindest grobe Fahrlässigkeit auf Seiten des die Unterhaltspflicht verletzenden Ehegatten vorausgesetzt (FamKomm Scheidung/Schwenzer/Büchler, Art. 125 ZGB N 116 f.). Die mutwillig herbeigeführte Bedürftigkeit i.S.v. Art. 125 Abs. 3 Ziff. 2 ZGB ist dann erfüllt, wenn der berechnete Ehegatte seine Eigenversorgungskapazität mutwillig, d.h. vorsätzlich oder zumindest grobfahrlässig, dergestalt beeinträchtigt, dass sie nicht mehr zur Deckung seines gebührenden Unterhalts ausreicht. In der Lehre wird die Auffassung vertreten, dass das blosses Unterlassen einer zumutbaren und möglichen Erwerbstätigkeit den Tatbestand nicht erfüllt, weil diesem Umstand durch Aufrechnung eines hypothetischen Einkommens Rechnung getragen werden kann (BSK ZGB I-Gloor/Spycher, Art. 125 N 39; FamKomm Scheidung/

- 27 - Schwenzer/Büchler, Art. 125 ZGB N 119). Dass sämtliche dieser Voraussetzungen vorliegend nicht erfüllt sind, liegt auf der Hand. Insbesondere vermag – entgegen dem Gesuchsgegner (Urk. 66 Rz. 23, 31) – weder der Umstand, dass die Gesuchstellerin in den Jahren 2017 und 2018 mehrere Wochen auf Reisen gewesen sei, noch der Umstand, dass sie mehrere selbständige Erwerbszweige (Bilder malen; Bemalen von Wänden, Taschen und Kleidern; Fotografieren) ausprobiert haben soll, eine offensichtliche Unbilligkeit im Sinne von Art. 125 Abs. 3 ZGB zu begründen. Mithin kann offen bleiben, ob der sich auf den nahehelichen Unterhalt beziehende Art. 125 Abs. 3 ZGB im vorliegenden Eheschutzverfahren überhaupt anwendbar wäre.

E. 8

Fazit Zusammengefasst bleibt es somit in diesbezüglicher Abweisung der Berufung bei den von der Vorinstanz festgelegten monatlichen Unterhaltsbeiträgen für D._____ von Fr. 695.– (ab Januar 2018), für E._____ von Fr. 2'661.30 (ab Januar 2018), für F._____ von Fr. 854.50 (Januar 2018 bis Juli 2018) bzw. Fr. 804.50 (ab August 2018) und für die Gesuchstellerin persönlich von Fr. 1'491.30 (Januar 2018 und Februar 2018) bzw. Fr. 993.20 (März 2018 bis Juli 2018) bzw. Fr. 1'043.20 (August 2018 bis Oktober 2018) bzw. Fr. 780.30 (ab November 2018 für die weitere Dauer des Getrenntlebens) gemäss Dispositiv-Ziffern 3 und 4 des angefochtenen Urteils, jeweils bis zur Anhängigmachung des Massnahmebegehrens im Scheidungsverfahren.

E. 9

Anrechnung geleisteter Unterhaltszahlungen

E. 9.1

Der Gesuchsgegner beanstandet, er bezahle seit der Trennung alle festen Kinderkosten wie Krankenkasse, Kommunikation, Mobilität, Schulkosten, auswärtiges Essen, Theaterkurs etc. Dies sei unbestritten. Die Zahlungsnachweise seien mit den notwendigen Belegen zudem der Vorinstanz eingereicht worden (Urk. 16/31-42; Urk. 37/3-4). Mit Stellungnahme vom 27. Juni 2019 habe er nochmals eine Aufstellung über seine Zahlungen für die Kinder vorgelegt (Urk. 59/9). Er habe auch Taschengeld für die Kinder ausgerichtet. Die Schulkosten von E._____ seien separat ausgewiesen (Urk. 59/8). Die Vorinstanz

- 28 - habe die erfolgten Zahlungen nicht auf die Unterhaltspflichten angerechnet. Sie habe im Urteilsdispositiv nicht auf erfolgte Zahlungen hingewiesen, sondern lediglich in den Erwägungen darauf hingewiesen, dass die von ihm bereits geleisteten Unterhaltszahlungen bzw. Direktzahlungen an die zu leistenden Unterhaltsbeiträge anzurechnen seien. Es sei autoritativ festzustellen, dass er die festen Kinderkosten bezahlt habe und weiterhin bezahle und dass in diesem Umfang kein Kinderunterhalt geschuldet sei (Urk. 66 Rz. 24). Er habe im Jahr 2018 Unterhaltszahlungen an die Gesuchstellerin von durchschnittlich Fr. 1'722.60 pro Monat geleistet. Die Belege über die Zahlungen bzw. der Download von seinem Konto bei der Postfinance (Urk. 59/10) sei mit der Stellungnahme vom 27. Juni 2019 eingereicht worden. Die Zahlungen seien zudem auf den Auszügen des Postkontos der Gesuchstellerin ersichtlich, welche sie eingereicht habe (Urk. 66 Rz. 26, 28, 30 und 32).

E. 9.2

Bei einer rückwirkenden Verpflichtung zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen sind tatsächlich bereits erbrachte Unterhaltsleistungen zu berücksichtigen bzw. anzurechnen (ZK-Bräm, Art. 163 ZGB N 150; BK-Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 173 ZGB N 23; ZR 107/2008 Nr. 60; OGer ZH LE180041 vom 27.05.2019, E. III. 5.4.1; OGer ZH LE150051 vom 01.07.2016, E. II.5.4). Das Gericht darf den Unterhaltsschuldner nicht zur Zahlung einer zur Zeit der Festsetzung der Unterhaltsbeiträge bereits erfüllten Schuld verpflichten, da ein allfälliger Anspruch des Unterhaltsgläubigers im Umfang der bereits erfolgten Leistung untergegangen ist. Folglich müssen in Erfüllung der Unterhaltspflicht schon geleistete Beiträge bei der Festsetzung der konkreten Beitragshöhe, zu deren Leistung der Schuldner im Dispositiv verpflichtet wird, zu einer betragsmässigen Reduktion des ursprünglichen Unterhaltsanspruchs führen (vgl. OGer ZH LZ180008 vom 07.05.2019, E. III.2.4.2; OGer ZH LE150014 vom 14.08.2015, E. III.5.2). Das Vollstreckungsgericht hat davon auszugehen, dass die gerichtlich bezifferte Verpflichtung zur Zeit ihrer Festsetzung bestanden hat und dass dabei sämtliche Einwendungen gegen diese Verpflichtung berücksichtigt und bereinigt worden sind. Somit hat es Behauptungen betreffend die Tilgung einer auf einem vollstreckbaren gerichtlichen Urteil beruhenden Forderung nur soweit zu beachten, als die Schuld "seit Erlass des Urteils" getilgt worden ist (vgl. Art. 81

- 29 - Abs. 1 SchKG; OGer ZH RT180080 vom 29.08.2018, E. II.4.2.1). Vor Erlass des Urteils behauptete Tilgungen hat demgegenüber das Sachgericht zu berücksichtigen (ZR 107/2008 Nr. 60; BGE 135 III 315 E. 2.5; BGE 138 III 583 E. 6.1.1; BGer 5A_982/2016 vom 26. Oktober 2017, E. 3).

E. 9.3

Obschon die Berücksichtigung der in der Vergangenheit schon erbrachten Unterhaltsleistungen des Gesuchsgegners bereits vor Vorinstanz von den Parteien thematisiert wurde (vgl. Urk. 28 S. 1 f.; Urk. 30 S. 17; Prot. I S. 11; Urk. 44 S. 18, 22; Urk. 49 S. 4, 13; Urk. 53 S. 14; Urk. 58 S. 9), sah die Vorinstanz davon ab, die vom Gesuchsgegner bereits geleisteten Unterhaltszahlungen im Urteilsdispositiv exakt zu beziffern (vgl. Urk. 61), was nach dem Gesagten unzulässig ist.

E. 9.4

Die Gesuchstellerin beschränkte sich in der Berufungsantwort darauf, vorzubringen, der Vorwurf des Gesuchsgegners an die Vorinstanz, die von ihm geleisteten Unterhaltsbeiträge nicht angerechnet zu haben, sei ungerechtfertigt. Der Vorinstanz sei keine Kompetenz zugekommen, autoritativ Feststellungen in tatsächlicher Hinsicht zu treffen, hierzu fehle jegliche Rechtsgrundlage (Urk. 75 S. 4, 14). Sowohl die Ausführungen des Gesuchsgegners in Rz. 24, 26, 28, 30 und 32 der Berufungsschrift (Urk. 66) wie auch die Tabellen zu den von ihm bezahlten Kinderkosten (samt Schulkosten) und von ihm geleisteten Unterhaltszahlungen an die Gesuchstellerin (Urk. 59/8-10), auf welche er in der Berufung wie auch bereits vor Vorinstanz (vgl. Urk. 58 S. 9) verwies, blieben somit unbestritten. Anzurechnen sind vorliegend lediglich Unterhaltszahlungen, die vom 1. Januar 2018 (dem Zeitpunkt, ab welchem Unterhaltsbeiträge festgesetzt werden) bis zum 30. November 2018 vom Gesuchsgegner geleistet wurden, zumal – wie vorstehend dargetan (E. III.B.1.3) – Tatsachen, die sich erst nach Einleitung des Scheidungsverfahrens am 1. Dezember 2018 ereignet haben, nicht Bestandteil der eheschutzrichterlichen Beurteilung sein können. Damit haben insbesondere die vom Gesuchsgegner mit Eingabe vom 9. Dezember 2019 (Urk. 82 S. 5) geltend gemachten Kinderkosten ab 28. Dezember 2018 (vgl. Urk. 84/2-5) unberücksichtigt zu bleiben. Dass der Gesuchsgegner für die fixen monatlichen

- 30 - Schulkosten von E. _____ für die J. _____ Schule von Fr. 1'677.50 (vgl. Urk. 59/8), welche in ihrem Bedarf berücksichtigt werden (vgl. E. III.B.4), aufgekommen ist, blieb unbestritten. Es resultiert für die besagten 11 Monate ein Totalbetrag von Fr. 18'452.50. Hinsichtlich der weiteren vom Gesuchsgegner geltend gemachten, bezahlten Kinderkosten ist zu bemerken, dass die vom Gesuchsgegner zur Verrechnung gebrachten Positionen Taschengeld E. _____ Fr. 370.33 und Taschengeld F. _____ Fr. 238.33 (vgl. Urk. 59/9) sowie die Kosten für die Ferien der Kinder 2018 (Französischkurs E. _____ in M. _____ [Ort] Fr. 581.50, Reise nach Thailand Flugticket für 3 Kinder à Fr. 550.73; vgl. Urk. 66 Rz. 33), welche die Gesuchstellerin bestritten hat (Urk. 75 S. 14), nicht anzurechnen sind. Es handelt sich hierbei nicht um Bedarfspositionen der Kinder, sondern entweder um ausserordentliche Kinderkosten i.S.v. Art. 286 Abs. 3 ZGB oder um Geschenke. Es ergeben sich somit gemäss Urk. 59/9 weitere vom Gesuchsgegner von Januar 2018 bis November 2018 bezahlte Kinderkosten (Krankenkasse, Kommunikation, Mobilität, Schulkosten inkl. Material, auswärtiges Essen und Theaterkurs) von Fr. 6'706.50 (Fr. 7'315.17 - Fr. 370.33 - Fr. 238.33). Durch den von der Gesuchstellerin eingereichten Kontoauszug ihres Privatkontos bei der Postfinance (Urk. 45/3), auf welchen der Gesuchsgegner verwies (Urk. 66 Rz. 26), werden die in Urk. 59/10 aufgeführten Unterhaltszahlungen des Gesuchsgegners an die Gesuchstellerin im relevanten Zeitraum von Januar 2018 bis November 2018 von Fr. 17'265.10 (Fr. 20'671.15 - Fr. 1'690.- [26.10.2017] - Fr. 1'716.05 [28.12.2018]) ausgewiesen. Demnach ist in teilweiser Gutheissung der Berufung festzuhalten, dass der Gesuchsgegner berechtigt ist, von den rückwirkend zu leistenden Kinder- und Ehegattenunterhaltsbeiträgen für den Zeitraum 1. Januar 2018 bis 30.

November 2018 bereits erbrachte Leistungen im Umfang von Fr. 42'424.10 (Fr. 18'452.50 + Fr. 6'706.50 + Fr. 17'265.10) in Abzug zu bringen. C) Protokollberichtigungsbegehren Der Vorwurf des Gesuchsgegners, die Vorinstanz habe sein Protokollberichtigungsbegehren nicht beurteilt (Urk. 66 Rz. 51), geht fehl. Die Vorinstanz wies das Protokollberichtigungsbegehren des Gesuchsgegners mit der Begründung ab, im vorliegenden summarischen Verfahren seien nicht alle

- 31 - Einzelheiten bis in das letzte Detail zu klären, zumal keine Kindswohlgefährdung vorliege und beide Elternteile eine gute Beziehung zu ihren Kindern hätten und die Kinderbelange nicht geregelt würden. Es spiele daher keine Rolle, wie genau die Kommunikation zwischen den Parteien in der Vergangenheit stattgefunden habe (Prot. I S. 16). Im Rahmen des noch durchzuführenden Scheidungsverfahrens sei ohnehin vor allem auf die aktuellen Gegebenheiten abzustellen, und es werde eine gemeinsame sowie eine getrennte Anhörung durchgeführt, anlässlich welcher allfällige Unklarheiten – wenn überhaupt erforderlich – auch mittels Ergänzungsfragen durch die Rechtsvertreter geklärt werden könnten. An dieser Stelle könne auch nicht unerwähnt bleiben, dass die Parteien durch ihre Vertreter sehr ausführlich hätten Stellung nehmen können, weshalb ihnen selbst durch eine allfällige ungenaue Protokollierung kein Nachteil erwachsen sei. Auch die fehlende Antwort auf die Frage im Protokoll (Prot. I S. 37) sei nicht erforderlich, da sich die Parteien zur Frage des Arbeitspensums des Gesuchsgegners bzw. der Schulschwierigkeiten der Töchter mehrfach und sehr ausführlich geäußert hätten (Urk. 61 E. II.F.1). Mit diesen Erwägungen setzt sich der Gesuchsgegner nicht hinreichend auseinander, wenn er sich in Rz. 51 der Berufungsschrift (Urk. 66) auf die pauschale Rüge beschränkt, die Vorinstanz mache viele Erwägungen, die nicht relevant seien. Die Berufung erweist sich insoweit als unbegründet (vgl. E. II.2). D) Abänderung Mitteilungssatz Schliesslich beantragt der Gesuchsgegner mit seiner Berufung, es sei Dispositiv- Ziff. 11 des angefochtenen Urteils abzuändern und es sei von einer Mitteilung des Urteils an die Kinder D._____ und E._____ abzusehen (Urk. 66 S. 3). Inwiefern der Gesuchsgegner durch die Mitteilung des Urteils an die beiden Kinder beschwert ist, d.h. hierdurch einen Nachteil erleidet, ist weder dargetan noch ersichtlich. Auf seine Berufung ist daher in diesem Punkt nicht einzutreten (Art. 59 Abs. 1 und 2 lit. a ZPO analog). Ohnehin verkennt der Gesuchsgegner, dass die Kinder durch den vorinstanzlichen Entscheid direkt betroffen sind, zumal darin auch der ihnen geschuldete Unterhalt geregelt wird, was eine Mitteilung des Entscheides als geboten erscheinen lässt (vgl. BK ZPO-Spycher, Art. 301 N 5).

- 32 - IV. 1. Gesuche um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages / Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege

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