

# ZH\_OBERGERICHT LE190061 vom 15. April 2020

ZH Obergericht, 2020-04-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LE190061](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE190061)

FR: ZH\_OBERGERICHT LE190061 du 15 avril 2020

IT: ZH\_OBERGERICHT LE190061 del 15 aprile 2020

## Erwägungen

### E. 1

Die Parteien haben am tt. Juni 2017 ihre Partnerschaft eintragen lassen (Urk. 1 S. 3). Seit dem 8. März 2019 leben sie getrennt (Urk. 18 S. 32). Mit Eingabe vom 10. Mai 2019 machte der Gesuchsteller und Berufungsbeklagte (nachfolgend: Gesuchsteller) das vorliegende Partnerschaftsschutzverfahren bei der Vorinstanz anhängig (Urk. 1). Der weitere Prozessverlauf kann dem am 31. Oktober 2019 ergangenen erstinstanzliche Entscheid entnommen werden (Urk. 18 S. 5).

### E. 2

Mit Eingabe vom 25. November 2019 erhob der Gesuchsgegner und Berufungskläger (nachfolgend: Gesuchsgegner) fristgerecht Berufung mit den eingangs genannten Anträgen (Urk. 16 und Urk. 17). Nach Eingang der Stellungnahme des Gesuchstellers zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vom 19. Dezember 2019 (Urk. 24), welche innert der mit Verfügung vom

#### E. 2.1

Die Vorinstanz hat die auf Fr. 1'800.– festgesetzten Kosten des Verfahrens zuzüglich Fr. 457.50 Dolmetscherkosten dem Gesuchsteller zu einem Viertel und dem Gesuchsgegner zu drei Vierteln auferlegt. Zudem wurde der Gesuchsgegner verpflichtet, dem Rechtsvertreter des Gesuchstellers eine auf die Hälfte reduzierte Parteientschädigung von Fr. 2'692.50 zu bezahlen (Urk. 18 S. 33).

- 29 -

#### E. 2.2

Vor erster Instanz verlangte der Gesuchsteller Unterhaltsbeiträge von mindestens Fr. 3'730.– pro Monat (Urk. 1 und Prot. VI S. 7). Der Gesuchsgegner verlangte im Hauptstandpunkt die Abweisung des Antrags auf Unterhaltsleistung (Urk. 12 S. 1).

#### E. 2.3

Die mit vorliegendem Urteil zu sprechenden Unterhaltsbeiträgen von Fr. 2'070.– pro Monat für die Phase vom 8. März bis 30 November 2019 und von Fr. 1'170.– für die Phase ab 1. Dezember 2019 liegen Fr. 1'660.– respektive Fr. 2'560.– unter dem Antrag des Gesuchstellers, weshalb er diesbezüglich bei einer mutmasslichen Geltungsdauer von zwei Jahren zu rund 3/5 unterliegt. Da der Gesuchsteller hinsichtlich der Anträge auf Herausgabe des Passes, der Identitätskarte und der Logindaten (Urk. 1 S. 2 und Prot. VI S. 7) vollumfänglich obsiegt, erweist sich eine hälftige Kostenaufgabe als angemessen. Entsprechend ist auf die Zusprechung von Parteientschädigungen zu verzichten. Da dem Gesuchsteller für das vorinstanzliche Verfahren mit Verfügung vom 31. Oktober 2019 die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde (Urk. 18 S. 32), ist der auf ihn entfallende Teil

einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen, unter Vorbehalt der Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO. 3. Kosten- und Entschädigungsfolgen des zweitinstanzlichen Verfahrens

### **E. 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 Eintretensvoraussetzung) voraus, dass der Gesuchsgegner die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anfechtet, sich argumentativ mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweise 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 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

- 8 - 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 mit weiteren Hinweisen). Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Berufungsverfahren eine Relativierung (BK ZPO-Hurni, Art. 57 N 21 und N 39 ff.; Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 57 N 22). Ungeachtet dessen ist die Berufungsinstanz bei der Rechtsanwendung weder an die in der Parteieingabe geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden (sog. Motivsubstitution; BGer 2C\_124/2013 vom 25.11.2013, E. 2.2.2; Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm et al., ZPO-Komm., Art. 318 N 21; Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, N 1507). Die dargelegten Anforderungen an die Begründung einer Berufung gelten sinngemäss auch für die Berufungsantwort (BGer 4A\_580/2015 vom 11. April 2016, E. 2.2, nicht publiziert in BGE 142 III 271).

#### **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 und Abs. 3 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG). Unter Berücksichtigung des tatsächlichen Streitinteresses, des Zeitaufwands des Gerichts und der Schwierigkeit des Falles erweist sich eine Gerichtsgebühr von Fr. 3'000.– als angemessen.

#### **E. 3.2**

Der Gesuchsgegner im Berufungsverfahren im Hauptstandpunkt die Abweisung des Antrags auf Unterhaltsleistung (Urk. 17 S. 2). Der Gesuchsteller verlangte die Abweisung der Berufung (Urk. 29 S. 2).

#### **E. 3.3**

Angesichts der dem Gesuchsteller mit nachfolgendem Erkenntnis zuzusprechenden Unterhaltsbeiträge obsiegt der Gesuchsgegner, ausgehend von einer

- 30 - mutmasslichen Geltungsdauer von zwei Jahren, zu rund 41 %, weshalb im zweitinstanzlichen Verfahren die Gerichtskosten in Anwendung von Art. 106 ZPO zu 3/5 dem Gesuchsgegner und zu 2/5 dem Gesuchsteller aufzuerlegen sind. Ferner ist der Gesuchsgegner zu verpflichten, dem Rechtsvertreter des Gesuchstellers eine auf 1/5 reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen. Die volle Parteientschädigung ist in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 3 und 4, § 11 und § 13 Anw-GebV auf Fr. 3'000.– festzulegen. Die vom Gesuchsgegner an den Rechtsvertreter des Gesuchstellers zu leistende Parteientschädigung ist mithin auf Fr. 600.– zuzüglich 7.7 % Mehrwertsteuer, somit auf Fr. 646.20, zu beziffern. 4. Prozesskostenbeitrag

### **E. 3.4**

Bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen darf vom tatsächlichen Leistungsvermögen eines Partners, das Voraussetzung und Bemessungsgrundlage der Beitragspflicht bildet, abgewichen und stattdessen von einem hypothetischen Einkommen ausgegangen werden, falls und soweit der Partner bei gutem Willen bzw. bei ihm zuzumutender Anstrengung mehr zu verdienen vermöchte, als er effektiv verdient. Sofern die Erzielung eines hypothetischen Einkommens als möglich und zumutbar erachtet wird, ist eine angemessene Übergangsfrist zur Umsetzung der rechtlichen Vorgaben vorzusehen. Fehlt indes die reale Möglichkeit einer Einkommenssteigerung, muss eine solche jedenfalls in Fällen, in denen keine böswillige Einkommensreduktion vorliegt, ausser Betracht bleiben. Diesen Grundsatz hat das Bundesgericht für sämtliche Matrimonialsachen festgehalten und

- 11 - dies hat auch für das Partnerschaftsrecht zu gelten (im Eheschutz: BGE 117 II 16 E. 1b; BGE 128 III 4 E. 4a; FamKomm Eingetragene Partnerschaft/Büchler/Vetterli, Art. 13 N 56).

### **E. 3.5**

Bisherige Erwerbstätigkeit des Gesuchstellers

#### **E. 3.5.1**

Die Vorinstanz verwendete in ihrer Zusammenfassung zur Frage eines hypothetischen Einkommens einleitend – offensichtlich versehentlich – den Begriff "erwerbsfähig" anstatt "erwerbstätig" (Urk. 18 S. 17). Es kann indes ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass beide Parteien dieses Versehen erkannt haben und es keine Auswirkungen auf ihre Ausführungen hatte, weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist.

#### **E. 3.5.2**

Entgegen den Ausführungen des Gesuchsgegners ging die Vorinstanz nicht davon aus, es sei nicht erwiesen, dass der Gesuchsteller keine Reinigungsarbeiten erbracht habe. Sie hielt solche in Zusammenhang mit der Erwerbstätigkeit für nicht massgebend (Urk. 18 S. 16 f.). Zutreffend mag sein, dass zufolge vereinzelter Putzeinsätze nicht auf eine regelmässige Erwerbstätigkeit geschlossen werden kann. Unter diesen Umständen eine Erwerbstätigkeit gänzlich zu verneinen, erscheint dagegen nicht schlüssig.

#### **E. 3.5.3**

Aus den vom Gesuchsgegner vorgelegten Textnachrichten (Urk. 13/14) ergibt sich, dass der Gesuchsteller am 4. Juli 2019 – das Jahr ist zwar nicht angegeben, ergibt sich aber aus den Umständen – mitteilte, er reinige eine Wohnung in Zürich sechs Stunden pro Woche für

Fr. 25.– pro Stunde. Im zusätzlich vorgelegten Chat-Protokoll vom 9. Dezember 2018 erklärt der Gesuchsteller, während ungefähr vier Stunden eine Wohnung in Zürich ... zu reinigen (Urk. 13/15). Den Beweiswert der vorgelegten Urkunden stellt der Gesuchsteller nicht in Frage. Es kann demnach als unbestritten gelten, dass die Nachrichten vom Gesuchsteller stammen und am 8. Dezember 2018 bzw. 4. Juli 2019 verfasst wurden (vgl. Urk. 12 S. 6). Mit dem Gesuchsteller kann festgehalten werden, dass die Urkunden nicht eine regelmässige Erwerbstätigkeit zu belegen vermögen (vgl. Urk. 29 S. 5). Indes erscheint gestützt darauf durchaus glaubhaft, dass der Gesuchsteller sowohl im Jahr 2018 als auch im Jahr 2019 vereinzelt Reinigungsar-

- 12 - beiten erledigte. Dahingehend sind auch die Ausführungen des Gesuchstellers anlässlich der erstinstanzlichen Verhandlung zu verstehen (Prot. VI S. 18 f.). Dass diese Reinigungsarbeiten allenfalls nicht korrekt deklariert wurden (vgl. Urk. 18 S. 16 und Urk. 29 S. 5), beschlägt einen anderen Problemkreis und ändert nichts an vorgenannter Feststellung.

#### **E. 3.5.4**

Dass der Gesuchsteller (im Rahmen eines Arbeitsvertrags des Gesuchsgegners) für die E.\_\_\_\_\_ AG Zeitungen verteilte, ist unbestritten und wurde auch im angefochtenen Urteil so festgehalten (Urk. 18 S. 16). Soweit in der Berufungsschrift in Abweichung von den vorinstanzlichen Erwägungen ausgeführt wird, der Gesuchsteller habe während vier Monaten Zeitungen ausgetragen (Urk. 17 S. 6), fehlt es an einer rechtsgenügenden Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Erwägungen, wonach der Gesuchsteller diese Tätigkeit während zwei Monaten ausgeführt habe (Urk. 18 S. 16). Auf die entsprechende Behauptung ist demnach nicht weiter einzugehen und diesbezüglich von der vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung auszugehen.

#### **E. 3.5.5**

Wie das Gesagte erhellt, moniert der Gesuchsgegner zu Recht die Erwägungen der Vorinstanz, wonach der Gesuchsteller während der Partnerschaft nie einer Erwerbstätigkeit nachgegangen sei. Inwiefern die glaubhaft gemachten Tätigkeiten des Gesuchstellers nicht massgeblich sein sollen, wie dies die Vorinstanz festhält (Urk. 18 S. 17), bleibt unklar. In tatsächlicher Hinsicht lässt sich aus diesen zwei letztlich unbestritten gebliebenen Tätigkeiten ableiten, dass es dem Gesuchsteller in der Vergangenheit möglich war, in beschränktem Umfang zu arbeiten.

#### **E. 3.6**

Gesundheitliche Einschränkungen des Gesuchstellers

##### **E. 3.6.1**

Die Vorinstanz erachtete als glaubhaft, dass der Gesundheitszustand des Gesuchstellers die Möglichkeit der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit stark beeinträchtigte (Urk. 18 S. 17). Zutreffend weist der Gesuchsgegner in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die vorgängig abgehandelten Tätigkeiten durch den Gesuchsteller nach seinem Unfall vom 9. September 2018 ausgeführt wurden (Urk. 17 S. 6). Diese Behauptung wird vom Gesuchsteller nicht bestritten (Urk. 29

- 13 - S. 5). Die vorstehende Feststellung hinsichtlich der grundsätzlichen Möglichkeit der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit gilt daher trotz der unfallbedingten Einschränkungen des rechten Arms des Gesuchstellers.

### **E. 3.6.2**

Weiter wurde eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit des Gesuchstellers urkundlich nicht ausgewiesen und geht eine solche auch aus dem Kurzaustrittsbericht des Zentrums F.\_\_\_\_\_ vom 28. Mai 2019 (Urk. 10/7) nicht hervor. Weitere Arztberichte oder dergleichen liegen trotz geltend gemachter intensiver ärztlicher Behandlung nicht vor. Die Aussage des Gesuchstellers, er habe vor drei Wochen erfahren, dass er oft krank sei, weil es ihm gesundheitlich nicht gut gehe (Prot. VI S. 20), ist derart vage, dass gestützt darauf ein die Erwerbstätigkeit beeinträchtigender Umstand nicht als glaubhaft gemacht erachtet werden kann. Dass der Rechtsvertreter des Gesuchstellers in der Folge betonte, der Gesuchsteller sei häufig müde und anfällig für Grippeerkrankungen (Prot. VI S. 29), ändert daran nichts. Die Ausführungen des Gesuchstellers zu den medikamentösen Nebenwirkungen (Prot. VI S. 20) stehen in Widerspruch zum Austrittsbericht des Zentrums F.\_\_\_\_\_ (Urk. 10/7) und sind damit ebenfalls nicht glaubhaft gemacht. Zu Unrecht ist die Vorinstanz demnach von einer gesundheitsbedingten starken Beeinträchtigung der Möglichkeit der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit ausgegangen.

### **E. 3.7**

Im Sinne der vorstehenden Erwägungen kann als Zwischenfazit festgehalten werden, dass die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit durch den Gesuchsteller möglich erscheint. Im weiteren sind auch keine Gründe ersichtlich, welche gegen die grundsätzliche Zumutbarkeit einer Erwerbstätigkeit des Gesuchstellers sprechen. Den tatsächlichen Gegebenheiten (u.a. fehlende abgeschlossene Ausbildung, fehlenden Deutschkenntnisse) ist im Rahmen der nachfolgenden Bemessung des hypothetischen Einkommens Rechnung zu tragen.

### **E. 3.8**

Bemessung des hypothetischen Einkommens

#### **E. 3.8.1**

Zur Ermittlung der Höhe des zumutbaren Einkommens sind die Lohnstrukturerhebungen des Bundesamts für Statistik heranziehen. Ausgehend davon darf im Sinne einer tatsächlichen Vermutung darauf geschlossen werden, dass der be-

- 14 - treffende Lohn im Einzelfall tatsächlich erzielbar ist (BGE 137 III 118 E. 3.2; BGer 5A\_129/2019 vom 10. Mai 2019, E. 3.2.2.1).

#### **E. 3.8.2**

Es ist unbestritten, dass der Gesuchsteller über keine abgeschlossene Berufsausbildung verfügt und kein Deutsch spricht (Urk. 18 S. 15 f.). Hinsichtlich seines Gesundheitszustands ist auf die gemachten Erörterungen zu verweisen. Entgegen der Vorinstanz ist folglich nicht von einer gesundheitlich bedingten Einschränkung auszugehen, welche die Möglichkeit der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit stark beeinträchtigen würde. Aufgrund der unfallbedingten Läsion des Nervus radialis des rechten Arms (vgl. Urk. 10/7) fallen allerdings gewisse Tätigkeiten ausser Betracht. Da es dem Gesuchsteller in der Vergangenheit trotz seiner Verletzung möglich war, als Reinigungskraft tätig zu sein, ist von einer Tätigkeit in dieser Branche auszugehen.

#### **E. 3.8.3**

Der Medianlohn für Reinigungspersonal und Hilfskräfte in der Altersgruppe des Gesuchstellers liegt in der Region Zürich gemäss Lohnstrukturerhebungen des

Bundesamtes für Statistik ([www.lohnrechner.bfs.admin.ch](http://www.lohnrechner.bfs.admin.ch) [Salarium]) bei monatlich Fr. 3'362.– brutto (angewandte Kriterien: Region: Zürich, Branche: Sonstige wirtschaftliche Dienstleistungen für Unternehmen und Privatpersonen, Berufsgruppe: Reinigungspersonal und Hilfskräfte, Stellung im Betrieb: Stufe 5 [ohne Kaderfunktion], Wochenstunden: 40, ohne abgeschlossene Berufsausbildung, Alter: 33, Dienstjahre: 0, Unternehmensgrösse: Weniger als 20 Beschäftigte, Aufenthaltsbewilligung Kat. B). Aufgrund der geringen Berufserfahrung und unter Berücksichtigung der konkreten Umstände ist beim Gesuchsteller von einem etwas geringeren monatlichen Einkommen auszugehen. Das vom Gesuchsgegner in der Berufungsbegründung behauptete monatliche Nettoeinkommen von Fr. 2'800.– (Urk. 17 S. 9; im vorinstanzlichen Verfahren war der Gesuchsgegner noch von Fr. 3'400.– ausgegangen; Urk. 12 S. 6) erscheint aber als lebensnah und erzielbar. Hiervon ist demnach auszugehen.

### **E. 3.9**

**Übergangsfrist** Dem Gesuchsteller ist hinreichend Zeit zu lassen, um die rechtlichen Vorgaben in die Tat umzusetzen. Die Dauer der Übergangsfrist muss in Anbetracht des - 15 - Zwecks und der Umstände angemessen sein (BGE 129 III 417 E. 2.2). Unter Berücksichtigung der tatsächlichen Gegebenheiten muss davon ausgegangen werden, dass es dem Gesuchsteller nicht umgehend gelingen wird, eine Arbeitsstelle zu finden bzw. Kunden für seine Reinigungstätigkeit zu akquirieren. Es erweist sich deshalb als notwendig, ihm eine Übergangsfrist von rund sechs Monaten zu gewähren, um dann in einem Arbeitspensum von zunächst 30 % monatlich netto Fr. 840.– zu erwirtschaften. Dies erscheint als zumutbar und realistisch. In dieser zweiten Phase wird der Gesuchsteller gehalten sein, das Arbeitspensum auszubauen, weshalb nach weiteren sechs Monaten mit einem Pensum von 60 % und einem monatlichen Nettoeinkommen von Fr. 1'680.– zu rechnen ist. Darüberhinausgehende Regelungen erscheinen angesichts der mutmasslichen Geltungsdauer einer Partnerschaftsschutzmassnahme als nicht notwendig.

### **E. 3.10**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich die Berufung mit Bezug auf das Einkommen des Gesuchstellers als teilweise begründet erweist. Es ist diesem gemäss den vorstehenden Erwägungen ein hypothetisches Einkommen anzurechnen und, ausgehend von einer Tätigkeit als Reinigungskraft, für die Phase ab 1. Oktober 2020 von einem hypothetischen Einkommen von Fr. 840.– netto pro Monat sowie für die Phase ab 1. April 2021 von einem solchen von Fr. 1'680.– pro Monat auszugehen. 4. Einkommen des Gesuchsgegners

### **E. 4**

Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO können im Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) nur noch berücksichtigt werden, wenn sie kumulativ ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Dabei hat, wer sich auf Noven beruft, deren Zulässigkeit darzutun (vgl. BGer 5A\_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1; BGer 5A\_266/2015 vom 24. Juni 2015, E. 3.2.2).

### **E. 4.1**

Der Gesuchsteller ersucht im Berufungsverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, eventualiter um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags von Fr. 6'000.–, zuzüglich 7.7 % Mehrwertsteuer (Urk. 24 S. 3 und Urk. 29 S. 14).

## **E. 4.2**

Die Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags setzt einerseits Bedürftigkeit der ansprechenden und andererseits Leistungsfähigkeit der angesprochenen Partei im Zeitpunkt der Gesuchsstellung 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 erzieltetes 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 C. 7.2 kann festgehalten werden, dass der Gesuchsgegner zum relevanten Zeitpunkt einen Überschuss von Fr. 1'170.70 (Fr. 6'200.– - Fr. 5'029.30) erzielte und über kein liquides Vermögen

- 31 - verfügte (Urk. 21/3). Unter Berücksichtigung eines Zuschlags auf den Grundbeitrag von Fr. 300.– (Fr. 1'200 x 0.25; vgl. BGer 4D\_30/2015 vom 26. Mai 2015, E. 3.1 und BGer 4A\_432/2016 vom 21. Dezember 2016, E. 6), der glaubhaft erscheinenden Steuerlast von monatlich Fr. 550.– (Urk. 21/3) und der eigenen Prozess- und Anwaltskosten ist der Gesuchsgegner als nicht leistungsfähig einzuschätzen und das Gesuch um Leistung eines Prozesskostenbeitrags ohne weitere Erwägungen abzuweisen. 5. Unentgeltliche Rechtspflege

## **E. 5**

Bedarf des Gesuchstellers

### **E. 5.1**

Sowohl der Gesuchsgegner (Urk. 17 S. 2) als auch der Gesuchsteller (Urk. 24 S. 3 und Urk. 29 S. 14) 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). Die aus der partnerschaftlichen Beistandspflicht fliessende Pflicht zur Leistung eines Prozesskostenbeitrags an den anderen Partner geht jedoch der unentgeltlichen Rechtspflege vor (BGE 138 III 672 E. 4.2.1; BGer 5D\_83/2015 vom 6. Januar 2016, E. 2.1; FamKomm Eingetragene Partnerschaft/ Bächler/Vetterli, Art. 13 N 11). Einem bedürftigen Partner kann somit im Partnerschaftsschutzverfahren die unentgeltliche Rechtspflege nur bewilligt werden, wenn der andere Partner nicht in der Lage ist, einen Prozesskostenbeitrag zu bezahlen. Eine gesuchstellende Partei hat daher entweder einen Antrag auf Ausrichtung eines Prozesskostenbeitrages zu stellen oder aber im Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege darzulegen,

weshalb ihrer Ansicht nach auf die Beantragung eines Prozesskostenbeitrages verzichtet werden kann. 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). In Nachachtung der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist vorliegend zu berücksichtigen, dass aufgrund des vom Gesuchsteller vorgelegten

- 32 - Leistungsentscheids des Sozialamts D.\_\_\_\_\_ Stadt vom 18. Juni 2019 (Urk. 10/9) die Mittellosigkeit des Gesuchstellers als offensichtlich zu qualifizieren ist, weshalb dennoch über das Gesuch des Gesuchsgegners um unentgeltliche Rechtspflege zu befinden ist. Auch die grundsätzlich falsche Reihenfolge der Anträge des Gesuchstellers (Antrag auf Prozesskostenbeitrag als Eventualbegehren zum Antrag auf unentgeltliche Rechtspflege) schadet vorliegend nicht weiter.

### **E. 5.2.1**

Der Gesuchsgegner lässt ausführen, es sei bei den Wohnkosten des Gesuchstellers von den tatsächlichen Verhältnissen auszugehen. Ein Zimmer in einer Wohngemeinschaft sei angesichts des Alters und Standes des Gesuchstellers angemessen. In D.\_\_\_\_\_ und Umgebung seien (Stand 25. November 2019) 64 Zimmer für Fr. 750.– oder weniger verfügbar (Urk. 17 S. 8).

- 17 -

### **E. 5.2.2**

Die Behauptung betreffend Wohngemeinschaft wurde erstmals in der Berufungsschrift aufgestellt und ist deshalb als Novum zu qualifizieren. Es ist nicht ersichtlich und wird nicht dargelegt, weshalb es dem Gesuchsgegner nicht möglich gewesen wäre, entsprechende Ausführungen bereits vorinstanzlich vorzubringen. Folglich hat diese Behauptung entsprechend der Regelung von Art. 317 Abs. 1 ZPO unbeachtlich zu bleiben.

### **E. 5.2.3**

Der Gesuchsgegner argumentiert ferner widersprüchlich, wenn er einerseits unbesehen der tatsächlichen Gegebenheiten ein Zimmer in einer Wohngemeinschaft für angemessen hält, andererseits aber die tatsächlichen Wohnkosten berücksichtigen will. Aus den Akten ergibt sich, dass der Gesuchsteller in einem Notzimmer untergebracht war und das Sozialamt der Stadt D.\_\_\_\_\_ hierfür monatlich Fr. 2'573.– bezahlte (Prot. VI S. 8 und Urk. 10/8-9). Dieser Betrag kann zur Bestimmung der Wohnkosten namentlich aufgrund des vorläufigen Charakters ([http://www.G.\\_\\_\\_\\_\\_.ch/...html](http://www.G._____.ch/...html)) nicht massgeblich sein. Folglich kann nicht von den tatsächlichen Wohnkosten ausgegangen werden und es ist eine entsprechende Schätzung angezeigt. Die nachvollziehbaren Überlegungen der Vorinstanz, welche zur Berücksichtigung von Wohnkosten von Fr. 1'300.– pro Monat führen (Urk. 18 S. 20), wurden vom Gesuchsgegner berufsweise nicht weiter beanstandet. Es ist deshalb auch in vorliegendem Verfahren von diesem Betrag auszugehen.

### **E. 5.3**

Im Anschluss an das soeben Ausgeführte erübrigen sich weitere Ausführungen zur Mittellosigkeit des Gesuchstellers. Zudem ist angesichts der unter den Erwägungen C. 7.2 ff. und D. 4.3 gemachten Ausführungen auch die Mittellosigkeit des Gesuchsgegners ausgewiesen.

### **E. 5.3.1**

Der Gesuchsgegner macht beim Gesuchsteller wie vor erster Instanz einen Grundbetrag von Fr. 1'100.– geltend. Die damals unbegründet gebliebene Höhe wird in der Berufungsschrift mit dem Umstand begründet, dass beim Gesuchsteller der Einzug in eine Wohngemeinschaft angemessen sei (Urk. 17 S. 8).

### **E. 5.3.2**

Die Begründung des Grundbetrags für alleinstehende Personen in einer Haushaltsgemeinschaft ist als Novum zu qualifizieren und der Gesuchsgegner aufgrund der Einschränkungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO im Berufungsverfahren damit nicht zu hören. Es ist gerade Sinn und Zweck dieser Bestimmung, dass die Parteien Tatsachenbehauptungen vor Erinstanz vorbringen und dadurch der

- 18 - Prozess zweitinstanzlich nicht im Gesamten wiederholt werden muss (KU- KO ZPO-Brunner, Art. 317 N 4).

### **E. 5.4**

Da das vorliegende Berufungsverfahren nicht aussichtslos war und die Parteien zur Bewältigung des Prozesses auf die Unterstützung durch einen Rechtsvertreter angewiesen waren, ist beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege im Sinne von Art. 117 ZPO zu gewähren und ihnen ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen, dem Gesuchsteller in der Person von Rechtsanwalt MLaw Y.\_\_\_\_\_ und dem Gesuchsgegner in der Person von Rechtsanwalt M.A. HSG in Law X.\_\_\_\_\_. Weiter sind die den Parteien auferlegten Gerichtskosten unter Hinweis auf das Nachforderungsrecht des Staats gemäss Art. 123 ZPO einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Es wird beschlossen: 1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositivziffern 1 bis 3 sowie 5 und 6 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 31. Oktober 2019 in Rechtskraft erwachsen sind. 2. Der Antrag des Gesuchstellers auf Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags wird abgewiesen. 3. Beiden Parteien wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt. Dem Gesuchsteller wird Rechtsanwalt MLaw Y.\_\_\_\_\_ und dem Gesuchsgegner Rechtsanwalt M.A. HSG in Law X.\_\_\_\_\_ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.

- 33 - Die Parteien werden auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen. 4. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis. Es wird erkannt: 1. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, dem Gesuchsteller für die Dauer des Getrenntlebens monatliche Unterhaltsbeiträge wie folgt zu bezahlen: – Fr. 2'070.– rückwirkend ab 8. März 2019 bis 30. November 2019; – Fr. 1'170.– ab 1. Dezember 2019. Die Unterhaltsbeiträge sind an den Gesuchsteller zahlbar, und zwar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats. 2. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren von Fr. 2'257.50 werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt. Der Anteil des Gesuchstellers wird zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten. 3. Für das erstinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen. 4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt. 5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsgegner zu 3/5 und dem Gesuchsteller zu 2/5 auferlegt, jedoch zufolge der gewährten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten. 6. Der Gesuchsgegner wird

verpflichtet, dem Rechtsvertreter des Gesuchstellers eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 646.20 zu bezahlen.

- 34 -

#### **E. 5.4.1**

Der Gesuchsgegner macht geltend, der Gesuchsteller habe Anspruch auf individuelle Prämienverbilligung, was bedarfsreduzierend zu berücksichtigen sei. Weiter habe er in den Monaten März 2019 bis Mai 2019 die Krankenkassenprämien für den Gesuchsteller bezahlt, was ebenso berücksichtigt werden müsse (Urk. 17 S. 8).

#### **E. 5.4.2**

Diese Behauptungen bringt der Gesuchsgegner erstmals im Berufungsverfahren vor, weshalb sie gestützt auf Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht berücksichtigt werden können. Es wird weder ausgeführt, die Voraussetzungen gemäss der erwähnten Bestimmung seien erfüllt, noch ist dies ersichtlich.

#### **E. 5.5**

Gesundheitskosten

##### **E. 5.5.1**

Der Gesuchsgegner moniert, die vorinstanzlich im Bedarf des Gesuchstellers berücksichtigten Gesundheitskosten seien nicht ausgewiesen. Die auf den Unfall zurückzuführenden Kosten würden im Übrigen von der Unfallversicherung getragen. Zudem sei die Vorinstanz zu Unrecht davon ausgegangen, die Krankheit des Gesuchstellers sei glaubhaft gemacht worden (Urk. 18 S. 20).

##### **E. 5.5.2**

Zutreffend führt der Gesuchsteller in diesem Zusammenhang aus, der Gesuchsgegner habe vorinstanzlich selbst ausgeführt, die Franchise des Gesuchstellers von Fr. 2'500.– sei im Jahr 2018 aufgebraucht worden und zudem seien Kosten für den Selbstbehalt von Fr. 700.– hinzugekommen (Urk. 29 S. 8 und Prot. VI S. 25 f.). Weshalb in Anbetracht dieses Umstands die Anrechnung der Franchise von Fr. 300.– und eines Selbstbehaltes von Fr. 700.– falsch sein soll, ist nicht nachvollziehbar. Es kann offen bleiben, auf welchen Umständen diese Gesundheitskosten gründen, zumal der Betrag explizit auch vom Gesuchsgegner bestätigt wurde. Die vorinstanzlich angerechneten Gesundheitskosten sind demnach zu belassen.

- 19 -

#### **E. 5.6**

Kommunikation Sowohl die von der Vorinstanz im Bedarf des Gesuchstellers berücksichtigten Kommunikationskosten und Serafe-Gebühren als auch die Kosten für die Haus-, Haftpflicht- und Haftpflichtversicherung (Urk. 18 S. 20 f.) liegen unter den gerichtsüblichen Ansätzen. Dennoch werden sie vom Gesuchsgegner beanstandet (Urk. 17 S. 8). Soweit dies mit dem möglichen Einzug in eine Wohngemeinschaft begründet wird, ist der Gesuchsgegner aufgrund von Art. 317 Abs. 1 ZPO damit nicht zu hören (vgl. vorstehende Erwägung C. 5.2). Die weiter vorgebrachte Behauptung hinsichtlich eines günstigeren Mobilfunkvertrags bleibt von pauschaler Natur. Es wird weder ein konkreter Vertrag genannt, noch wird der Grund erklärt, der in vorliegendem Fall eine Abweichung von den

gerichtsüblichen Pauschalen rechtfertigen würde. Mangels rechtsgenügender Rüge ist auf diese Thematik nicht weiter einzugehen.

## **E. 5.7**

### **Mobilität**

#### **E. 5.7.1**

Der Gesuchsgegner beanstandet die dem Gesuchsteller von der Vorinstanz angerechneten Kosten für den öffentlichen Verkehr von Fr. 85.–, da dieser nicht arbeitstätig sei (Urk. 17 S. 9).

#### **E. 5.7.2**

Es ist zutreffend, dass Mobilitätskosten als unumgängliche Berufsauslagen grundsätzlich nur bei erwerbstätigen Personen berücksichtigt werden können (vgl. Kreisschreiben des Obergerichts des Kantons Zürich über die Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009, nachfolgend: Kreisschreiben). Die geltend gemachten Therapiebesuche vermögen für sich genommen ein Abonnement nicht zu rechtfertigen, zumal die Kadenz und die weiteren Modalitäten gänzlich unklar bleiben und auch weder dargetan wurde noch ersichtlich ist, weshalb der Gesuchsteller nicht an seinem Wohnort zum Arzt oder in die Therapie gehen kann. Die Behauptung wonach ein ZVV-Abonnement zum partnerschaftlichen Standard gehört habe (Urk. 29 S. 9),

- 20 - ist aufgrund des resultierenden Mankos (vgl. nachfolgende Erwägung C. 7.4) ebenfalls nicht weiterführend, denn in erster Linie ist der partnerschaftsrechtliche Notbedarf der Parteien massgeblich und erst danach der gelebte Lebensstandard (FamKomm Eingetragene Partnerschaft/Büchler/Vetterli, Art. 17 N 9 f.). Beim Gesuchsteller sind mithin für die Phase vor Anrechnung eines hypothetischen Einkommens keine Mobilitätskosten zu berücksichtigen. Diesbezüglich erweist sich die Berufung als begründet.

#### **E. 5.7.3**

Nachdem beim Gesuchsteller ab 1. Oktober 2020 von einem hypothetischen Arbeitspensum von 30 % und ab 1. April 2021 von einem solchen von 60 % auszugehen ist, sind vom 1. Oktober 2020 an auch Mobilitätskosten zu berücksichtigen. Aufgrund des Umstands, dass Reinigungseinsätze zumeist nicht so koordiniert werden können, dass sie sich nahtlos aneinanderreihen, und da vermuthungsweise auch Haushalte ausserhalb von D. \_\_\_\_\_ bedient werden sollen, erscheinen die von der Vorinstanz angerechneten Fr. 85.– für Mobilitätskosten für den Zeitraum ab 1. Oktober 2020 als angemessen. Hingegen ist auf die Berücksichtigung von Mehrkosten für auswärtige Verpflegung zu verzichten. Zum einen wurden solche nicht geltend gemacht – auch nicht in einem Eventualstandpunkt –, zum anderen ist von einem Teilzeitpensum auszugehen, bei welchem Mehrkosten für auswärtige Verpflegung nicht zwingend anfallen.

## **E. 5.8**

Im Lichte der gemachten Erwägungen ist die vorinstanzliche Bedarfsaufstellung (Urk. 18 S. 22) einzig hinsichtlich der Position Mobilität und nur für die Phase bis 30. September 2020 zu ändern. Es ist demnach bis zum 30. September 2020 von einem Grundbedarf des Gesuchstellers von Fr. 3'077.40 (Fr. 1'200.– [Grundbetrag] + Fr. 1'300.– [Wohnkosten] +

Fr. 394.10 [Krankenkasse] + Fr. 83.30 [Zusätzliche Gesundheitskosten] + Fr. 80.– [Kommunikation inkl. Serafe-Gebühr] + Fr. 20.– [Versicherung]) auszugehen. Für die Phase ab 1. Oktober 2020 ist dieser Grundbedarf mit Mobilitätskosten von Fr. 85.– zu ergänzen und beläuft sich demnach auf die vorinstanzlich errechneten Fr. 3'162.40.

## **E. 6**

Bedarf des Gesuchsgegners

### **E. 6.1**

Mobilitätskosten

- 21 -

#### **E. 6.1.1**

Der Gesuchsgegner macht geltend, die berücksichtigten Kosten für sein Auto seien zu tief ausgefallen. Nebst Parkplatz und Benzinkosten würden auch Betriebskosten (Versicherung, Steuern, Autobahnabgabe, Unterhalt, Ersatzreifen, Reparaturen, Service) anfallen. Bei 12'384 km pro Jahr sei zumindest eine Kilometerpauschale von Fr. 0.62 angemessen. Es seien ihm deshalb gemäss Kreisschreiben Fr. 600.– anzurechnen. Alleine die Fahrzeugversicherung seines BMW 220 D koste jährlich Fr. 1'586.– (Urk. 17 S. 10).

#### **E. 6.1.2**

Vorinstanzlich wurden vom Gesuchsgegner Fr. 812.– als Mobilitätskosten und Fr. 130.– für den Parkplatz geltend gemacht. Die Vorinstanz berücksichtigte Fahrtkosten von Fr. 170.– pro Monat sowie die Parkplatzkosten in Höhe von Fr. 130.– monatlich (Urk. 18 S. 24). Dabei ging sie davon aus, dass der Gesuchsgegner für seinen Arbeitsweg 48 km pro Arbeitstag zurücklegt. Geht man wie die Steuerbehörden von 240 Arbeitstagen pro Jahr aus und zieht man geschätzte 10 Tage pro Jahr ab, an denen der Gesuchsgegner mit den öffentlichen Verkehrsmitteln zur Arbeit fahren kann (vgl. Prot. VI S. 25), sind dies 11'040 km pro Jahr. Allerdings ist der Kilometeransatz, mit dem die Vorinstanz rechnete, klar zu tief (vgl. BGer 5A\_779/2015 vom 12. Juli 2016, E. 5.3), und die Kritik des Gesuchsgegners insoweit berechtigt. Unter Berücksichtigung der vom Gesuchsgegner geltend gemachten, ebenfalls unter den gerichtsüblichen Ansätzen liegenden Kilometerpauschale von Fr. 0.62 belaufen sich seine Arbeitswegskosten auf (gerundet) Fr. 570.– pro Monat und liegen somit innerhalb des vom Kreisschreiben vorgegebenen Rahmens. Dass diese Kosten beim Gesuchsgegner tatsächlich anfallen, hat die Vorinstanz angesichts dessen Berufs und der damit verbundenen Schichtarbeit zu Recht als glaubhaft betrachtet. Dem Gesuchsgegner sind demzufolge Mobilitätskosten in Höhe von Fr. 570.– pro Monat und private Parkplatzkosten in Höhe von Fr. 130.– pro Monat im Bedarf anzurechnen.

### **E. 6.2**

Verpflegungskosten des Gesuchsgegners

#### **E. 6.2.1**

Die Vorinstanz berücksichtigte beim Gesuchsgegner Fr. 220.– für auswärtige Verpflegung (Urk. 18 S. 24 und S. 26).

- 22 -

#### **E. 6.2.2**

Der Gesuchsgegner macht geltend, er sei beruflich im ganzen Land unterwegs und könne keine Esssachen mit sich tragen. Er sei auf die Verpflegung in den Kantinen der H. \_\_\_\_\_ angewiesen. Hierfür seien ihm zumindest die Fr. 360.– anzurechnen, die ihm sein Arbeitgeber hierfür, als "Regionalzulage" in der Lohnabrechnung deklariert, zur Verfügung stelle (Urk. 17 S. 10). Der Gesuchsteller ist demgegenüber der Ansicht, dass der Gesuchsgegner sein Essen von zuhause mitnehmen könne und stellt in Abrede, dass dieser vom Arbeitgeber für das Essen eine als "Regionalzulage" in der Lohnabrechnung deklarierte Entschädigung erhalte (Urk. 29 S. 12).

### **E. 6.2.3**

Ob der Gesuchsgegner von seinem Arbeitgeber eine in der Lohnabrechnung als "Regionalzulage" deklarierte Essensentschädigung erhält oder nicht, kann dahingestellt bleiben. Die Regionalzulage wurde von der Vorinstanz und wird auch im vorliegenden Verfahren als Einkommensbestandteil auf Seiten des Gesuchsgegners berücksichtigt. Auf die Berücksichtigung von Mehrkosten für auswärtige Verpflegung im Bedarf hat derjenige Anrecht, dem aufgrund der Berufsausübung tatsächlich entsprechende Mehrkosten entstehen (Kreisschreiben III./3.2.). Dass solche Mehrkosten die von der Vorinstanz berücksichtigten Fr. 220.– pro Monat übersteigen würden, macht der Gesuchsgegner nicht geltend und ist auch nicht ersichtlich. Andererseits besteht aber auch kein Raum für die vom Gesuchsteller vorgebrachte Argumentation. Dass der Gesuchsgegner sich während seiner Arbeitstätigkeit auswärtig verpflegt, wird vom Gesuchsteller nicht in Abrede gestellt. Unter diesen Umständen hat er einen Anspruch darauf, dass Mehrkosten für auswärtige Verpflegung in seinem Bedarf berücksichtigt werden und muss er sich nicht damit begnügen, Esswaren von zuhause mitzunehmen. Dies ergibt sich nur schon daraus, dass andernfalls die entsprechende Regelung im Kreisschreiben entbehrlich wäre. Es bleibt daher bei den von der Vorinstanz für auswärtige Verpflegung berücksichtigten Fr. 220.– pro Monat.

## **E. 6.3**

Gesundheitskosten des Gesuchsgegners

### **E. 6.3.1**

Die Rüge des Gesuchsgegners, die Vorinstanz habe es unterlassen, von ihm behauptete Gesundheitskosten zu berücksichtigen (Urk. 17 S. 11), ist unbegründet. Anlässlich der Verhandlung vom 5. September 2019 wurden von seinem

- 23 - Rechtsvertreter einzig die Krankenkassenprämien als im Bedarf zu berücksichtigende Gesundheitskosten aufgeführt (Prot. VI S. 11 ff. i.V.m. Urk. 12 S. 9). Die durch eine Frage des Gerichts veranlasste Angabe des Gesuchsgegners persönlich, dass von den in der Steuererklärung 2018 aufgeführten Gesundheitskosten für das Jahr 2018 ca. Fr. 1'500.– auf ihn entfallen seien (Prot. VI S. 25), stellt keine Behauptung dar, solche Kosten würden während des Getrenntlebens, das erst im März des Folgejahres begonnen hat, anfallen und seien im Bedarf zu berücksichtigen. In der Berufungsschrift macht der Gesuchsgegner zwar Ausführungen zu einer Zahnbehandlung (dazu nachfolgend unter Erw. C. 6.3.2. ff.), konkrete Angaben zu anderweitigen Gesundheitskosten fehlen aber. Aus dem alleinigen Hinweis, der Gesuchsteller sei "mitunter" hospitalisiert gewesen (Urk. 17 S. 11), lässt sich nichts zu seinen Gunsten ableiten.

### **E. 6.3.2**

Der Gesuchsgegner macht weiter mit Verweis auf drei Kostenvoranschläge vom 18. November 2019 (Urk. 21/7) zwar monatliche Kosten von über Fr. 1'000.– für eine Zahnbehandlung geltend, führt aber in seiner nachfolgenden Bedarfsaufstellung nur Fr. 900.– auf (Urk. 17 S. 11 und S. 13).

### **E. 6.3.3**

Mit Bezug auf Zahnbehandlungen verhält es sich so, dass nur die üblichen Kontrolluntersuchungen aus dem Grundbetrag zu leisten sind. Weitere Kosten für Zahnarztbehandlungen sind praxisgemäss separat zu berücksichtigen, wenn sie gegenwärtig oder in naher Zukunft tatsächlich anfallen (Maier, Aspekte bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen im Familienrecht Zur Praxis der erst- und zweitinstanzlichen Gerichte des Kantons Zürich, in: AJP 2007 S. 1236).

### **E. 6.3.4**

Der Gesuchsteller wendet vorab ein, es handle sich bei den behaupteten Kosten und den Kostenvoranschlägen um unechte Noven, welche nicht berücksichtigt werden dürften (Urk. 29 S. 13). Angesichts dessen, dass die Kostenvoranschläge vom 18. November 2019 datieren und somit nach Erlass des erstinstanzlichen Entscheids erstellt wurden (Urk. 21/7), handelt es sich bei den geltend gemachten Zahnarztkosten offensichtlich um echte Noven, welche gemäss Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO einzig ohne Verzug vorgebracht werden müssen. Ohne Verzug bedeutet, dass die Partei das Novum bei der ersten Gelegenheit, nachdem sie davon Kenntnis erhalten hat, geltend machen muss. Hat sich die neue

- 24 - Tatsache vor Beginn oder während laufender Berufungsfrist verwirklicht oder wurde das neue Beweismittel in dieser Zeitspanne entdeckt, ist es mit der Berufungsschrift bzw. in der Berufungsantwort geltend zu machen (BK ZPO-Sterchi, Art. 317 N 7). Da die vorgelegten Kostenvoranschläge vom 18. November 2019 mit der Berufungsschrift eingereicht wurden, wurden sie im genannten Sinne unverzüglich vorgebracht, weshalb sie zu berücksichtigen sind.

### **E. 6.3.5**

Entgegen den Ausführungen des Gesuchstellers (Urk. 29 S. 13) liess der Gesuchsgegner bereits erstinstanzlich vorbringen, eine Zahnbehandlung sei anstehend und dringend nötig (Urk. 12 S. 8). Soweit die medizinische Notwendigkeit der Zahnbehandlung in Frage gestellt wird (Urk. 29 S. 13), erscheint es wenig wahrscheinlich, dass der Gesuchsgegner sich einer derart kostenintensiven und umfassenden Behandlung unterziehen würde, wenn dies nicht seine Notwendigkeit hätte. Es ist kaum vorstellbar, dass der Gesuchsgegner sich Zähne ersetzen lassen würde, um seinen Bedarf in die Höhe zu treiben, wie dies der Gesuchsteller behauptet (Urk. 29 S. 13). Auch die Offerte durch die Zahnärztin und den Zahntechniker sprechen hiergegen (Urk. 21/7). Im Übrigen fanden erste Behandlungen bereits in einem Zeitpunkt statt, in dem der Vertreter des Gesuchsgegners das vorinstanzliche Urteil noch gar nicht entgegengenommen hatte (Urk. 16 S. 2; Urk. 21/7 S. 1 und S. 2)

### **E. 6.3.6**

Die eingereichten Kostenvoranschläge belaufen sich auf gesamthaft Fr. 41'451.90 (vgl. Urk. 21/7). Gemäss Angaben auf dem Kostenvoranschlag in der Höhe von Fr. 21'433.35 wurde mit der Vorbereitungsphase bereits begonnen (Urk. 21/7 S. 1), weshalb davon auszugehen ist, dass zumindest diese Kosten sicherlich anfallen werden. Allerdings weisen auch die

weiteren zwei Kostenvoranschläge Zahnbehandlungen und Zahntechnikerarbeiten aus, deren Notwendigkeit glaubhaft erscheint (Urk. 21/7 S. 2 f.). Der vom Gesuchsgegner in der Bedarfsaufstellung geltend gemachte Betrag von monatlich Fr. 900.– (Urk. 17 S. 13) ist daher zu berücksichtigen, allerdings erst ab dem Zeitraum vom 1. Dezember 2019 an, weil er vorher nicht anfiel. Eine befristete Anrechnung dieses Betrags erweist sich aufgrund der Gesamthöhe und der beschränkten Wirkungsdauer der vorliegenden Massnahme nicht als angezeigt.

- 25 -

## **E. 6.4**

Steuern

### **E. 6.4.1**

Der Gesuchsgegner macht geltend, es sei stossend, dass die Steuern nicht in seinem Bedarf berücksichtigt worden seien. Aufgrund der erwarteten hohen Eigenständigkeit der Partner könnten diese, anders als im Eheschutz, im Partnerschaftsschutz nicht verpflichtet werden, sich zugunsten ihres Partners beim Fiskus zu verschulden. Entsprechend seien ihm monatlich Fr. 550.– für die Steuern anzurechnen (Urk. 17 S. 11 f.).

### **E. 6.4.2**

Nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts ist dem Unterhaltsverpflichteten für alle familienrechtlichen Unterkategorien und in Abweichung zum Gleichbehandlungsgrundsatz stets das betriebsrechtliche Existenzminimum zu belassen, mit der Folge, dass die Unterhaltsberechtigten das ganze Manko zu tragen haben. Daraus folgt aber auch, dass dem Unterhaltsschuldner nicht mehr zu belassen ist als das betriebsrechtliche Existenzminimum, solange die betriebsrechtlichen Existenzminima der unterhaltsberechtigten Personen nicht gedeckt sind. Wenn die Mittel sehr eingeschränkt sind, ist mithin zunächst das betriebsrechtliche Existenzminimum des Unterhaltsverpflichteten und alsdann jenes des Unterhaltsberechtigten zu ermitteln und zu decken. Erst wenn das betriebsrechtliche Existenzminimum aller Betroffenen gedeckt ist, kann es darum gehen, einen allfälligen Überschuss in eine erweiterte Bedarfsrechnung aufzunehmen oder auf die Betroffenen zu verteilen. Je knapper die finanziellen Verhältnisse also sind, desto enger müssen sich die Gerichte für die Ermittlung des Bedarfs an die in Anwendung des Art. 93 SchKG entwickelten Grundsätze über die Pfändbarkeit des schuldnerischen Einkommens anlehnen. Dies bedeutet, dass vorliegend die klare Rechtsprechung zu Art. 93 SchKG zum Tragen kommt und folglich Steuern unberücksichtigt zu bleiben haben (vgl. BGE 140 III 337 E. 4 mit weiteren Hinweisen). Hintergrund dieser Rechtsprechung ist der Umstand, dass der Fiskus gegenüber anderen Gläubigern nicht bevorzugt werden soll. Diesem Anliegen ist auch im Partnerschaftsrecht Geltung zu verschaffen, ungeachtet der vom Gesuchsgegner geltend gemachten Unterschiede des Partnerschaftsrechts (vgl. Urk. 17 S. 11 f.). Da vorliegend ein Manko besteht

- 26 - (dazu nachfolgende Erwägung C. 7.4), können im Bedarf des Gesuchsgegners keine Steuern berücksichtigt werden.

## **E. 6.5**

Einbürgerungskosten und Wehrpflichtersatz Der Gesuchsgegner spricht zwar Einbürgerungskosten an, leitet daraus aber nichts ab (Urk. 17 S. 12). Zudem wurden sie

gemäss den eingereichten Belegen (Urk. 21/8) allesamt vor der Fällung des angefochtenen Entscheids bezahlt, weshalb sie als unechte Noven zu gelten haben. Das Schreiben des Amts für Militär und Zivilschutz datiert vom 7. Oktober 2019 und ist deshalb ebenfalls als unechtes Novum zu qualifizieren (Urk. 21/9). Da es der Gesuchsgegner unterlässt darzulegen, weshalb die Einreichung der erwähnten Urkunden und das Aufstellen der damit zusammenhängenden Behauptungen nicht bereits im erstinstanzlichen Verfahren möglich gewesen wäre, haben diese Noven im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO unbeachtlich zu bleiben (BK ZPO-Sterchi, Art. 317 N 7).

## **E. 6.6**

Nach den vorstehenden Erwägungen sind in der Bedarfsaufstellung der Vorinstanz beim Gesuchsgegner (Urk. 18 S. 25 f.) die Mobilitätskosten von Fr. 170.– auf Fr. 570.– zu erhöhen und ist diese für den Zeitraum ab 1. Dezember 2019 mit Zahnarztkosten von Fr. 900.– zu ergänzen. Für den Zeitraum vom 8. März bis 30. November 2019 resultiert demnach beim Gesuchsgegner ein monatlicher Grundbedarf von Fr. 4'129.30 (Fr. 1'200.– [Grundbetrag] + Fr. 1'495.– [Wohnkosten] + Fr. 384.30 [Krankenkasse] + Fr. 50.– [Versicherung] + Fr. 80.– [Kommunikation] + Fr. 220.– [Auswärtige Verpflegung] + Fr. 130.– [Parkplatz] + Fr. 570.– [Mobilitätskosten]), für den Zeitraum ab 1. Dezember 2019 liegt er aufgrund der zu berücksichtigenden Zahnarztkosten um Fr. 900.– höher und beträgt Fr. 5'029.30.

## **E. 7**

Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

### **E. 7.1**

Wie die Vorinstanz zutreffend festhält, kommen die Art. 163 - 165 ZGB im Partnerschaftsschutz sinngemäss zur Anwendung (vgl. Art. 13 Abs. 1 PartG und Art. 17 Abs. 2 lit. a PartG; Urk. 18 S. 10). Es wird vom Gesuchsgegner verschiedentlich auf die Unterschiede zum Eheschutz hingewiesen (Urk. 17 S. 7 und S. 11) und auch von der Vorinstanz ausgeführt, getrenntlebende Partner würden

- 27 - nicht mehr eine Versorgungsgemeinschaft bilden, jedoch noch in einer Solidargemeinschaft stehen (Urk. 18 S. 11 f.). Ungeachtet der in diesem Zusammenhang in der Literatur vielfach als massgeblich erachteten Vereinbarung der Partner über die Aufgabenteilung (vgl. u.a. FamKomm Eingetragene Partnerschaft/Büchler/Vetterli, Art. 13 N 6 und N 9; Tuor/Schnyder/Jungo, ZGB - Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl. 2015, S. 326; ZK-Freiburghaus, Art. 17 PartG N 16) kann der Grundsatz des Vorrangs der partnerschaftlichen Unterhaltspflicht gegenüber den Sozialdiensten nicht ernstlich in Frage gestellt werden (vgl. Grütter/Summermatter, Das Partnerschaftsgesetz, in: FamPra.ch 2014, S. 452 und FamKomm Eingetragene Partnerschaft/Büchler/Vetterli, Art. 13 N 11). Dies hat unabhängig davon zu gelten, ob nun eine Versorgungs- oder Solidargemeinschaft anzunehmen ist und wie die Aufgabenteilung konkret vereinbart wurde. Wäre dem nicht so, stünde es den Partnern frei, einvernehmlich die persönliche Unterhaltspflicht auf die Sozialdienste abzuwälzen. Wie im Scheidungsrecht (vgl. KUKO ZPO-van de Graaf, Art. 279 N 10) kann dies auch unter dem PartG nicht zulässig sein. Es kann folglich für die vorliegenden Verhältnisse festgehalten werden, dass der Gesuchsgegner verpflichtet ist, mit den nach Deckung seines Existenzminimums verfügbaren Mitteln den Gesuchsteller durch

Unterhaltszahlungen zumindest im Umfang einer resultierenden Unterdeckung zu unterstützen.

### **E. 7.2**

Beim Gesuchsgegner resultiert nach der Deckung seines Grundbedarfs für die Zeitspanne vom 8. März bis 30. November 2019 ein Überschuss von Fr. 2'070.70 (Fr. 6'200.– - Fr. 4'129.30), und für die Zeitspanne ab 1. Dezember 2019 ein solcher von Fr. 1'170.70 (Fr. 6'200.– - Fr. 5'029.30).

### **E. 7.3**

Da dem Gesuchsteller erst ab dem 1. Oktober 2020 ein hypothetisches Einkommen von Fr. 840.– anzurechnen ist und zuvor kein Einkommen berücksichtigt werden kann, resultiert bei ihm in der Phase bis 30. September 2020 eine dem Grundbedarf entsprechende Unterdeckung von Fr. 3'077.40. Ab dem 1. Oktober 2020 bis zum 31. März 2021 reduziert sich die Unterdeckung aufgrund des hypothetischen Einkommens auf Fr. 2'322.40 (Fr. 3'162.40 - Fr. 840.–). Schliesslich ist in der Phase ab 1. April 2021 unter Berücksichtigung des höheren hypothetischen

- 28 - Einkommens von einer Unterdeckung von Fr. 1'482.40 (Fr. 3'162.40 - Fr. 1'680.–) auszugehen.

### **E. 7.4**

Die Gegenüberstellung der Gesamteinkommen und der Grundbedarfe macht deutlich, dass vorliegend in sämtlichen Phasen ein Manko besteht. In der ersten Phase vom 8. März 2019 bis 30. November 2019 beläuft sich dieses monatlich auf Fr. 1'006.70, in der zweiten Phase vom 1. Dezember 2019 bis 30. September 2020 monatlich auf Fr. 1'906.70, in der dritten Phase vom 1. Oktober 2020 bis 31. März 2021 monatlich auf Fr. 1'151.70 und in der letzten Phase ab 1. April 2021 monatlich auf Fr. 311.70.

### **E. 7.5**

Der Gesuchsgegner ist aufgrund der vorstehenden Ausführungen zu verpflichten, dem Gesuchsteller für die Dauer des Getrenntlebens rückwirkend für die Phase vom 8. März bis 30. November 2019 monatlich im Voraus zahlbare Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 2'070.– und sodann für die Phase ab 1. Dezember 2019 monatlich im Voraus zahlbare Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 1'170.– zu bezahlen. D. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Da die Berufung teilweise gutzuheissen ist, ist gemäss Art. 318 Abs. 3 ZPO sowohl über die erstinstanzlichen als auch über die zweitinstanzlichen Prozesskosten zu entscheiden. Dabei sind die nicht weiter begründeten Berufungsanträge Ziffer 2 und 3 des Gesuchsgegners (Urk. 17 S. 2) mangels anderweitiger Hinweise als Anträge zu den Kostenfolgen zu interpretieren. 2. Kosten- und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens

### **E. 8**

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 über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 90 und 98 BGG. Es handelt

sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt mehr als Fr. 30'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine auf- schiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 15. April 2020 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Der Gerichtsschreiber: MLaw H. Schinz versandt am: mc

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