

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE180051-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichter Dr. M. Kriech
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. E. Iseli

Beschluss und Urteil vom 10. Dezember 2018

in Sachen

A._____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X1._____,

gegen

B._____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt ass. iur. Y._____,

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Dietikon vom 20. August 2018 (EE180035-M)**

Rechtsbegehren der Gesuchstellerin:
(Urk. 1 S. 2 i.V.m. Urk. 16 S. 1 f. sinngemäss)

1. Den Eheleuten sei das Getrenntleben zu bewilligen.
2. Der Gesuchstellerin sei für die Dauer des Getrenntlebens die eheliche Wohnung nebst Hausrat und Mobilier zur Nutzung mit den gemeinsamen Töchtern zuzuteilen.
3. Die Obhut der beiden gemeinsamen Töchter sei der Kindsmutter zuzuteilen.
4. Der Gesuchstellerin sei das Kraftfahrzeug der Eheleute zur alleinigen Nutzung zuzuteilen.
5. Für den persönlichen Verkehr des Gesuchsgegners mit den Töchtern sei eine angemessene Regelung zu finden.
6. Der Gesuchsgegner sei rückwirkend per 1. Januar 2018 zur Zahlung eines angemessenen Kinderunterhalts für die gemeinsamen Töchter zzgl. Kinderzulagen zu verpflichten.
7. Der Gesuchsgegner sei rückwirkend per 1. Januar 2018 zur Zahlung eines angemessenen persönlichen Unterhalts an die Gesuchstellerin zu verpflichten.
8. Der Gesuchsgegner sei zur Zahlung eines Prozesskostenvorschusses in Höhe von Fr. 5'000.– an die Gesuchstellerin zu verpflichten.
9. Eventualiter sei der Gesuchstellerin die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und in der Person von Rechtsanwalt ass. iur. Y._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.
10. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. Auslagen und Mehrwertsteuer zu Lasten des Gesuchsgegners.

Rechtsbegehren des Gesuchsgegners:
(Urk. 12 S. 2 i.V.m. Prot. I S. 5 f. sinngemäss)

1. Es sei das Getrenntleben anzuordnen.
2. Mit der Zuteilung der ehelichen Wohnung mitsamt des Hausrates an die Gesuchstellerin ist der Gesuchsgegner einverstanden; es seien ihm seine persönlichen Effekten (Kleider, Uhren, etc.) herauszugeben.
3. Mit der Zuteilung der Obhut über die Mädchen an die Mutter ist der Gesuchsgegner einverstanden.

4. Der persönliche Verkehr zwischen dem Vater und seinen Mädchen sei gerichtsüblich zu regeln.
5. Das Fahrzeug der Marke BMW 320 sei dem Gesuchsgegner zuzuteilen.
6. Der Gesuchsgegner verpflichtet sich zur Leistung eines angemessenen Kinderunterhaltsbeitrages an die beiden Mädchen, zzgl. allfällige vertragliche oder gesetzliche Kinderzulagen. Der Gesuchsgegner sei zu berechtigen, bereits bezahlte Unterhaltsbeiträge seit Februar 2018, sowohl in Geld als auch in Naturalleistungen, mit der Unterhaltspflicht zu verrechnen.
7. Der Antrag auf persönliche Unterhaltsbeiträge an die Gesuchstellerin sei abzuweisen.
8. Der Antrag auf Prozesskostenbevorschussung sei abzuweisen.
9. Dem Gesuchsgegner sei die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und in der Person von Rechtsanwalt Dr. iur. X2. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.
10. Unter Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchstellerin.

Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon vom 20. August 2018:

(Urk. 25)

1. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Parteien seit dem 24. Januar 2018 getrennt leben und auch weiterhin getrennt leben werden.
2. Die elterliche Sorge über die beiden gemeinsamen Töchter
 - C. _____, geboren am tt.mm.2004,
 - D. _____, geboren am tt.mm.2010,verbleibt für die Dauer des Getrenntlebens bei beiden Elternteilen.
3. Die Obhut über die gemeinsamen Töchter C. _____ und D. _____ wird der Gesuchstellerin zugeteilt.
4. Der Gesuchsgegner wird für berechtigt und verpflichtet erklärt, D. _____
 - jedes zweite Wochenende von Freitagabend, 17.30 Uhr, bis Sonntagabend, 17.00 Uhr,
 - in Jahren mit gerader Jahreszahl von Karfreitag, 10.00 Uhr, bis Ostermontag, 17.00 Uhr, sowie am 25. und 31. Dezember, jeweils von 12.00 Uhr bis am Folgetag um 18.00 Uhr;

- in Jahren mit ungerader Jahreszahl von Pfingstsamstag, 10.00 Uhr, bis Pfingstmontag, 17.00 Uhr, sowie am 24. Dezember und 1. Januar des Folgejahrs, jeweils von 12.00 Uhr bis am Folgetag um 18.00 Uhr.

auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Zudem wird der Gesuchsgegner für berechtigt und verpflichtet erklärt, D. _____ für die Dauer von drei Wochen pro Jahr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen. Die Ausübung des Ferienbesuchsrechts hat der Gesuchsgegner mindestens drei Monate im Voraus mit der Gesuchstellerin abzusprechen.

Die Parteien bleiben berechtigt, im gegenseitigen Einverständnis von dieser Besuchsrechtsregelung abzuweichen.

Für die ältere Tochter C. _____ wird angesichts ihres Alters auf eine ausdrückliche Regelung des Besuchs- und Ferienbesuchsrechts verzichtet.

5. Die eheliche Wohnung an der E. _____-strasse ..., F. _____, wird, inkl. Hausrat und Mobiliar, für die Dauer des Getrenntlebens der Gesuchstellerin und den beiden Töchtern zur alleinigen Benützung zugewiesen. Der Gesuchsgegner ist jedoch berechtigt, seine persönlichen Effekten (Kleider, Uhren, etc.) mitzunehmen.
6. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, während der Dauer des Getrenntlebens zur Deckung des Barbedarfs der beiden Töchter monatliche Unterhaltsbeiträge (zuzüglich allfällige Familienzulagen) wie folgt zu bezahlen:
 - C. _____: Fr. 1'500.00
 - D. _____: Fr. 1'300.00

Die Unterhaltsbeiträge sind an die Gesuchstellerin zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, rückwirkend ab 1. Februar 2018. Der Gesuchsgegner ist berechtigt, die seit 1. Februar 2018 von ihm für die Zeit des Getrenntlebens bezahlten Kinderunterhaltsbeiträge davon in Abzug zu bringen.

7. Die Festsetzung der Unterhaltsbeiträge basiert auf folgenden Grundlagen:
Einkommen netto pro Monat, inkl. Anteil 13. Monatslohn, Familienzulagen separat:
 - Gesuchstellerin: ca. Fr. 4'500.00 (100%-Pensum)
 - Gesuchsgegner: ca. Fr. 6'500.00 (100%-Pensum)
 - Kinder: Die jeweiligen Familienzulagen

Vermögen:

Die Parteien verfügen über kein nennenswertes Vermögen, abgesehen von einem Haus in Portugal (aktueller Wert unbekannt; Kaufpreis ca. € 175'000.00). Die Kinder verfügen über kein Vermögen.

8. Der Antrag der Gesuchstellerin auf Zusprechung von Ehegattenunterhaltsbeiträgen wird abgewiesen.
9. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 4'500.00; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. 412.50 Dolmetscherkosten

Fr. 4'912.50 Total
10. Die Kosten werden der Gesuchstellerin zu 60% und dem Gesuchsgegner zu 40% auferlegt.
11. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
12. [Mitteilung]
13. [Berufung bzw. Beschwerde]

Berufungsanträge:

des Berufungsklägers (Urk. 24 S. 2):

- "1. Die Dispos[i]tivziffer 6 des Urteils des Bezirksgerichts Dietikon vom 20. August 2018 (EE180035-M/U) sei hinsichtlich der **Höhe** des Unterhalts aufzuheben.
2. Der Berufungskläger sei zu verpflichten, während des Getrenntlebens zur Deckung des Barbedarfs der beiden gemeinsamen Töchter monatliche Unterhaltsbeiträge (zzgl. allfällige Familienzulagen) wie folgt zu bezahlen:
 - für C._____, geb. tt.mm.2004: Fr. 1'090.00
 - für D._____, geb. tt.mm.2010: Fr. 900.00
3. Unter vollumfängliche[n] Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MWst zu Lasten der Berufungsbeklagten."

des Berufungsbeklagten (Urk. 37 S. 2):

- "1. Die Berufung sei abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt. zu Lasten des Berufungsklägers.

3. Der Berufungsbeklagten sei die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und der Unterzeichner als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind verheiratet und Eltern der Töchter C._____, geboren am tt.mm.2004, und D._____, geboren am tt.mm.2010. Mit Eingabe vom 24. April 2018 gelangte die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan: Gesuchstellerin) an das Bezirksgericht Dietikon (Urk. 1) und stellte in der Folge die eingangs wiedergegebenen Rechtsbegehren. Betreffend den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 25 S. 4). Die Vorinstanz fällte am 20. August 2018 den eingangs wiedergegebenen Entscheid (Urk. 25).

2. Gegen diesen Entscheid erhob der Gesuchsgegner und Berufungskläger (fortan: Gesuchsgegner) am 7. September 2018 innert Frist Berufung, wobei er die oben angeführten Anträge stellte (Urk. 24 S. 2). Mit Verfügung vom 26. September 2018 wurde dem Gesuchsgegner Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt (Urk. 29), welcher fristgerecht einging (Urk. 35). Mit Verfügung vom 23. Oktober 2018 wurde der Gesuchstellerin Frist zur Beantwortung der Berufung angesetzt (Urk. 36). Die Berufungsantwort datiert vom 8. November 2018 (Urk. 37). Mit Verfügung vom 12. November 2018 wurde sie der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugesandt (Urk. 38). Es sind keine weiteren Eingaben der Parteien erfolgt. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II.

Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die Dispositiv-Ziffern 1 bis 5 sowie 8 bis 11 des vorinstanzlichen Urteils blieben unangefochten. In diesem Umfang ist das vorinstanzliche Urteil am 8. September 2018 in Rechtskraft erwachsen (vgl. Urk. 22). Dies ist vorzumerken. Den Grundlagen für die Unterhaltsberechnung

kommt hingegen keine selbständige Bedeutung zu, weshalb Dispositiv-Ziffer 7 des erstinstanzlichen Urteils auch dann nicht für sich alleine in Rechtskraft erwächst, wenn sie – wie vorliegend – unangefochten blieb.

III.

1. Im Berufungsverfahren sind neue Vorbringen lediglich beschränkt zulässig. Zulässig sind neue Tatsachenvorbringen und Beweismittel nur dann, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (und ohne Verzug vorgebracht werden; Art. 317 Abs. 1 ZPO). Dies gilt nicht für Verfahren, welche der umfassenden Untersuchungsmaxime unterstehen, wie das vorliegende Verfahren zum Kinderunterhalt. Hier können die Parteien gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung Noven vorbringen, selbst wenn die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt sind (BGE 144 III 349 E. 4.2.1).

2. Die Vorinstanz rechnete der Gesuchstellerin ein monatliches Nettoeinkommen von ca. Fr. 4'500.– an. Beim Gesuchsgegner wurde von einem Nettoeinkommen von ca. Fr. 6'500.– und bei den Töchtern C._____ und D._____ von Familienzulagen in der Höhe von Fr. 250.– bzw. Fr. 200.– ausgegangen (Urk. 25 S. 17). Der Barbedarf der Parteien und ihrer Kinder präsentiert sich gemäss Vorinstanz wie folgt: Gesuchstellerin Fr. 3'702.60, Gesuchsgegner Fr. 3'078.–, C._____ Fr. 1'524.– und D._____ Fr. 1'301.– (Urk. 25 S. 18). Gestützt auf diese Parameter kam die Vorinstanz zum Schluss, dass die Gesuchstellerin ihren gebührenden Bedarf selber decken könne, und verpflichtete den Gesuchsgegner, für C._____ Fr. 1'500.– und für D._____ Fr. 1'300.– Unterhalt zuzüglich allfällige Familienzulagen rückwirkend ab 1. Februar 2018 zu bezahlen (Urk. 25 S. 25).

3. Der Gesuchsgegner rügt mit seiner Berufung einige Bedarfspositionen und beantragt gestützt darauf, die Unterhaltsbeiträge für C._____ auf Fr. 1'090.– sowie für D._____ auf Fr. 900.– festzusetzen (Urk. 24 S. 7):

3.1. Erstens beanstandet der Gesuchsgegner, dass ihm die Vorinstanz lediglich den hälftigen Ehegattengrundbetrag anrechnete. Er macht geltend, seine

Partnerschaft sei zwar stabil, allerdings erst sehr frisch und es könne jederzeit zu einer Änderung kommen. Die wirtschaftlichen Vorteile würden sich wie bei WG-Partnern lediglich auf die Wohnkosten beziehen. Er bezahle seine eigenen Rechnungen und Ausgaben des Grundbetrages allein, weshalb er diesbezüglich keine Einsparungen habe. Es sei ihm deshalb ein Grundbetrag von Fr. 1'100.– anzurechnen (Urk. 24 S. 3 f.).

Die Rechtsprechung unterscheidet zwischen der einfachen Wohn- und Lebensgemeinschaft und dem sog. qualifizierten oder gefestigten Konkubinats. Erfolgt keine finanzielle Unterstützung oder sind entsprechende Leistungen des neuen Partners nicht nachweisbar, kann immerhin eine sog. (einfache) Wohn- und Lebensgemeinschaft vorliegen, die Einsparungen in den Lebenshaltungskosten mit sich bringt. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, ist dabei nicht die Dauer der Partnerschaft entscheidend, sondern der wirtschaftliche Vorteil, der daraus gezogen wird. In Anlehnung an die betriebsrechtlichen Richtlinien tragen die Partner die gemeinschaftlichen Kosten (Grundbetrag, Miete usw.) anteilmässig, selbst wenn die tatsächliche Beteiligung geringer sein sollte. Diese Kostensparnis ist im Bedarf des unterhaltsberechtigten wie im Übrigen auch des unterhaltspflichtigen Ehegatten zu berücksichtigen (vgl. BGE 138 III 97 E. 2.3.2. m.H.; OGer ZH LE150053 vom 16. Juni 2016, E. II/B/6.3.c; FamKomm Scheidung-Vetterli, Art. 176 ZGB N 36 m.H.). Der Gesuchsgegner und seine Freundin leben zwar noch nicht lange zusammen. Es besteht zwischen ihnen keine Unterstützungspflicht und eine gewisse wirtschaftliche Eigenständigkeit. Der Gesuchsgegner räumte vor Vorinstanz jedoch ein, mit seiner Partnerin faktisch wie ein Ehepaar zusammenzuleben (Prot. I S. 20 f.). Die damit verbundenen wirtschaftlichen Einsparungen sind zu berücksichtigen. Im Lichte der soeben zitierten Rechtsprechung ist von einer einfachen Wohn- und Lebensgemeinschaft des Gesuchsgegners mit seiner neuen Partnerin auszugehen, weshalb in Übereinstimmung mit der Vorinstanz in seinem Bedarf der halbe Ehegattengrundbetrag von Fr. 850.– einzusetzen ist.

3.2. Weiter rügt der Gesuchsgegner, dass die Vorinstanz den Grundbetrag der beiden Töchter ohne konkrete Anhaltspunkte und entgegen den Ausführun-

gen der Parteien erhöht habe. Weder C._____ noch D._____ gingen einem Hobby nach, das mit Kosten verbunden sei. Auch hätten sie keine Aufwendungen für auswärtige Verpflegung, da sie gemäss Aussagen der Gesuchstellerin zu Hause zu Mittag essen würden. Zudem würden keinerlei Mobilitätskosten anfallen, da sich die Schulen in Fussdistanz zum Wohnort befänden. Ausserdem stehe der Gesuchstellerin ein Auto (auch für Familienaktivitäten) zur Verfügung, dessen Kosten bereits in deren Bedarf berücksichtigt worden sei. Für die voraussichtliche Dauer der Eheschutzmassnahmen seien keine zusätzlichen Kosten absehbar. Sollte C._____ allenfalls während des Getrenntlebens mit einer Lehre beginnen, werde sie mit ihrem Lehrlingslohn allfällige zusätzliche Kosten übernehmen können (Urk. 24 S. 4).

Die Gesuchstellerin erwidert, mit seinem Auszug habe der Gesuchsgegner nicht in einem einzigen Monat mit den geleisteten Teilzahlungen auch nur den Barbedarf der Kinder gedeckt, seit Juli habe er gar keinen Unterhalt mehr geleistet. Sie sei als alleinerziehende Mutter daher vorübergehend gezwungen, alle Kosten auf das absolute Minimum zu reduzieren und ihren Kindern manches, was ihnen zustünde, vorzuenthalten. Dazu gehörten u.a. Kosten für die auswärtige Verpflegung und Kommunikation. Diese dürften und würden anfallen, wenn der Gesuchsgegner nach Ablauf bald eines ganzen Jahres endlich seinen Verpflichtungen nachkommen würde. Die Berücksichtigung dieser Kosten in einem erhöhten Grundbedarf sei daher erforderlich, sachgerecht und angemessen (Urk. 37 S. 4).

Vorliegend sind keine Gründe ersichtlich, den Grundbetrag pauschal zu erhöhen. Die Gesuchstellerin selber machte vor Vorinstanz für ihre Töchter neben einem Wohnkostenanteil lediglich den Grundbetrag gemäss den Richtlinien des Obergerichtes des Kantons Zürich für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009 (fortan: Kreisschreiben), Krankenkassenkosten, bei C._____ Fr. 50.– für die Kommunikation sowie bei beiden Töchtern je Fr. 50.– für Freizeit und Hobbies geltend (Urk. 4/7; auf letzteres wird unter E. 3.3 zurückzukommen sein). Angesichts dessen rechtfertigt sich eine pauschale Erhöhung des Grundbetrags für beide Töchter zwar nicht; jedoch sind bei

der 14-jährigen C._____ die bereits vor Vorinstanz geforderten Kommunikationskosten von Fr. 50.– im Bedarf aufzunehmen. Kosten für auswärtige Verpflegung fallen keine an, nachdem die Gesuchstellerin vor Vorinstanz ausführte, die Töchter würden beide am Mittag das Essen zu Hause einnehmen (Prot. I S. 18). Sollte die Gesuchstellerin mit ihren Ausführungen auswärtige Verpflegung im Rahmen der Freizeit gemeint haben, so ist darauf sogleich zurückzukommen (E. 3.3).

3.3. Der Gesuchsgegner moniert zudem, dass die Vorinstanz in den Bedarf der beiden Töchter je einen Betrag von Fr. 50.– für Auslagen im Zusammenhang mit Hobbies und Freizeit eingesetzt habe. Diese Auslagen seien von keiner der Parteien geltend gemacht worden. Beide Töchter gingen keinerlei Hobbies nach, noch würden sonstige höhere Ausgaben für die Freizeit anfallen. Im Grundbetrag seien bereits Auslagen für Hobbies und Freizeit berücksichtigt. Ausserdem könnten allfällige zusätzliche Auslagen in diesem Zusammenhang vom Anteil des Überschusses bezahlt werden, weshalb sie nicht im Barbedarf der Kinder zu berücksichtigen seien (Urk. 24 S. 4 f.).

Auch hier macht die Gesuchstellerin geltend, die Töchter seien letztlich nur vorübergehend aufgrund der Zahlungsverhältnisse des Gesuchsgegners eingeschränkt (Urk. 37 S. 4).

Wie bereits erwähnt, machte die Gesuchstellerin vor Vorinstanz entgegen der Darstellung des Gesuchsgegners je Fr. 50.– für Freizeit und Hobbies der beiden Töchter geltend (Urk. 1 S. 5 in Verbindung mit Urk. 4/7). Angesichts des sonst tiefen Barbedarfs der Töchter und der finanziellen Situation ihrer Eltern – die keine absolute Notbedarfsrechnung erheischt, bei der die Hobbies aus dem Grundbetrag zu zahlen wären – ist gegen die vorinstanzliche Hinzurechnung von je Fr. 50.– unter dem Titel "Hobbies & Freizeit" nichts einzuwenden. Auch wenn die Kinder keinen kostspieligen Hobbies wie Instrumentalunterricht oder einer ausserschulischen sportlichen Betätigung nachgehen, fallen auch bei ihnen Kosten im Zusammenhang mit ihrer Freizeitgestaltung (z.B. Kino, auswärtiges Essen etc.) an.

3.4. Der Gesuchsgegner beruft sich darauf, als Bauarbeiter tätig zu sein. Von seinem Arbeitgeber erhalte er einen Pauschalbetrag von Fr. 300.– als Mittagsentschädigung. Diese Entschädigung sei im Einkommen von Fr. 6'500.– berücksichtigt. Bauarbeiter hätten gemäss Kreisschreiben einen erhöhten Nahrungsbedarf. Gehe man von 21 Arbeitstagen monatlich aus, ergebe sich für die auswärtige Verpflegung mindestens ein Betrag von Fr. 315.– (21 x Fr. 15.–). Dieser entspreche praktisch der Pauschalentschädigung, welche er vom Arbeitgeber erhalte. Daher seien in seinem Bedarf für die auswärtige Verpflegung Fr. 300.– zu berücksichtigen (Urk. 24 S. 5).

Spesen gehören dann nicht zum Einkommen, wenn mit ihnen reale Auslagen ersetzt werden, die dem Arbeitnehmer-Ehegatten entstehen. Ist das nicht der Fall, so muss der Spesenersatz unabhängig von der arbeitsvertraglichen Regelung wie ein Lohnbestandteil behandelt werden (ZK-Bräm/Hasenböhler, Art. 163 N 72). Bei Pauschalspesenvergütungen kann es sich auch um verdeckte Lohnzahlungen handeln. Auf jeden Fall muss substantiiert und hinreichend glaubhaft gemacht werden, was für Auslagen tatsächlich anfallen. In Anwendung der eingangs zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Novenrecht in den der Untersuchungsmaxime unterstehenden Kinderbelangen muss die neue Behauptung des Gesuchsgegners, er habe einen erhöhten Nahrungsbedarf, entgegen der Gesuchstellerin (Urk. 37 S. 3) berücksichtigt werden. Abgesehen davon berief sich der Gesuchsgegner vor Vorinstanz auf einen Nettolohn von monatlich Fr. 6'202.– (d.h. ohne Anrechnung der Mittagsentschädigung) und machte konsequenterweise keine Verpflegungskosten geltend (Urk. 12 S. 4). Es ist ohne Weiteres glaubhaft, dass der zu 100 % als Bauarbeiter tätige Gesuchsgegner einen erhöhten Nahrungsbedarf hat, weshalb ihm (im Gegenzug zur Anrechnung der Mittagzulagen beim Einkommen) Fr. 300.– pro Monat für die auswärtige Verpflegung in seinem Bedarf anzurechnen sind.

3.5. Schliesslich macht der Gesuchsgegner geltend, beide Parteien hätten vor Vorinstanz übereinstimmend ausgesagt, dass sie Miteigentümer eines Hauses in Portugal seien, welches mit einer Hypothek von der G. _____ von zurzeit noch EUR 133'141.– belastet sei. Die monatlichen Raten würden EUR 516.57 be-

tragen. Die Vorinstanz habe den Parteien die unentgeltliche Rechtspflege mit der Begründung verweigert, dass die eheliche Liegenschaft weiter belastet werden könne. Dabei lasse sie aber die laufenden Hypothekarzinsen im Bedarf des Gesuchsgegners ausser Betracht. Eine weitere Belastung sei allerdings nur möglich, wenn die laufende Hypothek bezahlt werde. Sollten die Raten nicht bezahlt werden (können), verlören die Parteien das Haus an die Bank. Daher sei bei ihm ein Betrag von Fr. 600.– (Monatsmittelkurs August 2018 EUR 1 = CHF 1.1724, gemäss ESTV) für die Bezahlung der Hypothekarraten des Kredits (crédito habitação) bei der Bank G. _____ anzurechnen (Urk. 24 S. 5).

Die Gesuchstellerin erwidert, Hypothekarzinsen seien, soweit die Eigentümer der Liegenschaft an einem anderen Ort zur Miete wohnten, nicht im Bedarf zu berücksichtigen, sondern aus dem Überschuss zu finanzieren (Urk. 37 S. 3).

Gemäss Urk. 28/4 muss der Gesuchsgegner monatlich EUR 516.57 an die Millenniumbank bezahlen, wovon EUR 207.56 der Amortisation dienen. Die Amortisation von Grundpfandschulden bewirkt Vermögensbildung und ist daher in der Regel bei der Berechnung der Unterhaltsbeiträge nicht zu berücksichtigen. Deren Berücksichtigung kommt ausnahmsweise dann in Betracht, wenn der Schuldner gesetzlich oder vertraglich dazu verpflichtet ist, die finanziellen Verhältnisse es zulassen und die Darlehensverpflichtung gleichermassen den Interessen beider Ehegatten dient (vgl. ZK-Bräm/Hasenböhler, Art. 163 ZGB N 118A; BGE 127 III 289 E. 2a). Da die finanziellen Verhältnisse vorliegend den monatlichen Zinsendienst sowie die Amortisation erlauben und beides ebenso im Interesse der Gesuchstellerin als hälftige Miteigentümerin der Liegenschaft (Prot. I S. 10) sein dürfte, sind die monatlichen Raten im Betrag von Fr. 600.– im Bedarf des Gesuchsgegners zu berücksichtigen.

3.6 Damit präsentiert sich der Bedarf der Parteien wie folgt:

	Gesuchstellerin	C. _____	D. _____	Gesuchsgegner
1) Grundbetrag	Fr. 1'350.00	Fr. 600.00	Fr. 400.00	Fr. 850.00
2) Wohnkosten, inkl. Nebenkosten	Fr. 995.00	Fr. 497.50	Fr. 497.50	Fr. 1'127.00

3a) Krankenkasse (KVG)	Fr. 370.70	Fr. 102.10	Fr. 102.10	Fr. 316.80
3b) Krankenkasse (VVG)	Fr. 71.90	Fr. 74.40	Fr. 51.40	Fr. 29.20
4) Kommunikation	Fr. 120.00	Fr. 50.00	–	Fr. 120.00
5) Radio-/TV-Gebühren	Fr. 38.00	–	–	Fr. 19.00
6) Hausratversicherung	Fr. 40.00	–	–	Fr. 20.00
7) Mobilität	Fr. 417.00	–	–	Fr. 96.00
8) Auswärtige Verpflegung	Fr. 200.00	–	–	Fr. 300.00
9) Hobbies & Freizeit	–	Fr. 50.00	Fr. 50.00	–
10) Steuern	Fr. 100.00	–	–	Fr. 300.00
11) Hypothek				Fr. 600.00
Total	Fr. 3'702.60	Fr. 1'374.00	Fr. 1'101.00	Fr. 3'778.00

4. Unterhaltsberechnung

4.1. Dem Gesamteinkommen der Parteien sowie der Kinder von Fr. 11'450.– steht ein Gesamtbedarf von Fr. 9'955.60 gegenüber. Es resultiert ein Überschuss von Fr. 1'494.40.

Die Gesuchstellerin vermag ihre Lebenshaltungskosten mit ihrem eigenen Einkommen vollumfänglich zu decken, weshalb vorliegend kein Betreuungsunterhalt geschuldet ist.

Abzüglich der Kinderzulagen ergibt sich bei C. _____ ein Barbedarf von Fr. 1'124.– und bei D. _____ von Fr. 901.–.

4.2. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz rechtfertigt sich eine Überschussaufteilung von je einem Drittel für die Parteien (Fr. 498.15) und je einem Sechstel (Fr. 249.05) für jedes Kind.

Die Berechnung zeigt, dass die Gesuchstellerin ihren Anteil am Überschuss vollumfänglich selber zu decken vermag. Ihr verbleiben nach Abzug ihres Überschussanteils noch Fr. 299.25 (Fr. 797.40 ./. Fr. 498.15). Dieser Betrag ist je hälftig (Fr. 149.60) an die jeweiligen Überschussansprüche der beiden Töchter anzurechnen. Daraus folgt, dass sich der Gesuchsgegner an den Überschussansprüchen der Töchter mit je Fr. 99.45 (Fr. 249.05 ./. 149.60) zu beteiligen hat.

4.3. Damit hat der Gesuchsgegner folgende Kinderunterhaltsbeiträge zu bezahlen:

C._____

Anspruch Barbedarf	Fr.	1'124.-
Überschussanspruch	<u>Fr.</u>	<u>99.45</u>
Unterhaltsverpflichtung	Fr.	1'223.45
Unterhaltsverpflichtung gerundet	Fr.	1'225.-

D._____

Anspruch Barbedarf	Fr.	901.-
Überschussanspruch	<u>Fr.</u>	<u>99.45</u>
Unterhaltsverpflichtung	Fr.	1'000.45
Unterhaltsverpflichtung gerundet	Fr.	1'000.-

Entsprechend ist der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin für die beiden Töchter je rückwirkend ab 1. Februar 2018 monatliche, im Voraus auf den Ersten des Monats zahlbare Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'225.- für C._____ und Fr. 1'000.- für D._____, zuzüglich allfälliger gesetzlicher und/oder vertraglicher Familienzulage, zu bezahlen.

4.4. Die Vorinstanz berechtigte den Gesuchsgegner, die seit 1. Februar 2018 von ihm bezahlten Beiträge von seinen Unterhaltsschulden in Abzug zu bringen. Zur Begründung führte der Vorderrichter an, die genaue Höhe der bereits geleisteten Unterhaltsbeiträge sei nicht unbestritten und stehe auf Grund der eingereichten Belege nicht zweifelsfrei fest (Urk. 25 S. 25). Bei einer rückwirkenden Verpflichtung zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen sind schon tatsächlich er-

brachte Unterhaltsleistungen zu berücksichtigen bzw. anzurechnen (ZK-Bräm/Hasenböhler, Art. 163 ZGB N 150; ZR 107/2008 Nr. 60; BGE 135 III 315 E. 2). Das Gericht hat Behauptungen des Unterhaltsschuldners zu prüfen, die Unterhaltspflicht bereits (zum Teil) durch Unterhaltszahlungen getilgt zu haben, und darf diesen nur zur Leistung solcher Unterhaltsbeiträge verpflichten, welche dieser nach Abzug sämtlicher geltend gemachten, geprüften und als begründet erkannten daran anrechenbaren Leistungen im Zeitpunkt des Urteils noch schuldet (vgl. ZR 107/2008 Nr. 60). Gemäss den vom Gesuchsgegner eingereichten Bankbelegen der H. _____ überwies er am 2. Februar 2018 Fr. 700.– "FUER KINDER" (Urk. 18/7), am 28. Februar 2018 Fr. 1'300.– "KINDERGELD" (Urk. 18/8), am 4. April 2018 Fr. 1'200.– "KINDERGELD" (Urk. 18/9), am 9. Mai 2018 erfolgte eine Gutschrift über Fr. 1'000.– ohne Betreff (Urk. 18/10) sowie am 4. Juni 2018 eine Transaktion über Fr. 1'000.– mit dem Vermerk "KINDERGELD" (Urk. 18/11). Aufgrund der Überweisung vom 4. Juni 2018 in gleicher Höhe ist auch bei der Gutschrift vom 9. Mai 2018 über Fr. 1'000.– entgegen der unsubstantiierten Bestreitung der Gesuchstellerin (Prot. I S. 11) davon auszugehen, dass es sich um eine Überweisung an den Kinderunterhalt handelte. Damit ist der Gesuchsgegner berechtigt zu erklären, von den gemäss E. 4.3 zuzusprechenden Unterhaltsbeiträgen den Totalbetrag von Fr. 5'200.– in Abzug zu bringen. Für weitere belegte Zahlungen im Betrag von Fr. 3'990.– (Urk. 18/7+8) sind die Parteibehauptungen betreffend Zahlungszweck widersprüchlich (Prot. I S. 8 und S. 10 f.). Der Gesuchsgegner überwies sie mit den Vermerken "FUER ZAHLUNG RECHNUNGEN" (Urk. 18/7), "STEUER" und "KREDIT" (Urk. 18/8). Damit handelt es sich mindestens zum Teil um Zahlungen, die nicht den Kinderunterhalt betreffen. Der Vater, der seinem Kind Unterhaltsbeiträge schuldet, kann diese Schuld jedenfalls nicht mit einer Forderung gegen die Kindsmutter verrechnen (ZK-Aepli, Art. 120 OR N 39; BGer 5C.314/2001 vom 20. Juni 2002, E. 9). Da es vorliegend um Kinderunterhaltsbeiträge geht, ist eine teilweise Tilgung der Schuld nicht leichthin anzunehmen. Es hätte am Gesuchsgegner gelegen, genau darzulegen, dass auch seine weiteren Zahlungen für den Kinderunterhalt geleistet wurden. Dies unterliess er bzw. der Nachweis gelingt ihm nicht. Er ist deshalb zu berechtigen, von den gemäss E. 4.3 festzusetzenden Unterhaltsbeiträgen den Totalbetrag

von Fr. 5'200.– für seine Unterhaltszahlungen bis und mit Juni 2018 in Abzug zu bringen.

IV.

1.1. Die Gesuchstellerin beantragt die unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverteidigung (für das Berufungsverfahren). Sie habe Prozesskosten in Höhe von wenigstens Fr. 10'000.– zu tragen. Mit dem ihr zur Verfügung stehenden Überschuss, sei es auf Basis des erstinstanzlichen Urteils oder den vom Gesuchsgegner geltend gemachten Zahlen, wäre die Gesuchstellerin nicht in der Lage, die Prozesskosten innerhalb eines Jahres zu bezahlen, im Unterliegensfalle einschliesslich der Kosten für die Berufung auch über einen Zeitraum von zwei Jahren nicht. Nach Einstellung aller Zahlungen des Gesuchsgegners ab Juli 2018 habe sich ihr Manko vergrössert, welches sie mangels Rücklagen durch Privatdarlehen ihrer Eltern zumindest teilweise habe abdecken können, die aber zurückzahlen sein würden (Urk. 37 S. 4). Der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege stehe die Liegenschaft in Portugal nicht entgegen. Angesichts eines Kaufpreises von EUR 175'000.– und einer Belastung von derzeit noch EUR 133'000.–, also über 75 % der ursprünglichen Summe, sei eine Erhöhung oder Aufnahme einer zusätzlichen Hypothek illusorisch. Dies gelte umso mehr vor dem Hintergrund der Trennung der Eheleute und den damit verbundenen höheren Lebenshaltungskosten. Schon heute reichten die Überschüsse gerade aus, um die laufende Hypothek zu bedienen. Angesichts des Zustands des portugiesischen Immobilienmarktes sowie der noch anhaltenden Bankenkrise mit daraus folgenden eingeschränkten Finanzierungsmöglichkeiten dürfte auch ein kurzfristiger Verkauf des Hauses scheitern (Urk. 37 S. 5).

1.2. Eine gesuchstellende Partei hat dann Anspruch auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Die aus der ehelichen Beistandspflicht fliessende Pflicht zur Bevorschussung der Prozesskosten des anderen Ehegatten geht der unentgeltlichen Rechtspflege jedoch vor; sowohl in eherechtlichen Verfahren (BGE 119 Ia 11 E. 3a) als auch in Prozessen mit

Dritten (BGE 85 I 1 E. 3; BK ZPO I-Bühler, Vorbemerkungen zu Art. 117 bis 123 N 49 mit weiteren Hinweisen). Mit Blick auf die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege handelt es sich bei der Geltendmachung des Anspruchs auf Prozesskostenbevorschussung gegenüber dem anderen Ehegatten um eine Obliegenheit, deren Verletzung dazu führen kann, dass die unentgeltliche Rechtspflege verweigert wird (BGer 4A_412/2008 vom 27. Oktober 2008, E. 4.1 mit weiteren Hinweisen). Mit anderen Worten kann einem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege nur entsprochen werden, wenn glaubhaft gemacht wird, dass ein verheirateter Gesuchsteller vom anderen Ehegatten keinen Prozesskostenvorschuss verlangen kann. Solange hierüber Ungewissheit besteht, gilt er nicht als mittellos (BK ZPO I-Bühler, Art. 117 N 38). Die anwaltlich vertretene Gesuchstellerin hat ihre Prozessarmut nicht belegt, obwohl sie ihren Antrag vor Berufungsinstanz umfassend begründen müsste (vgl. dazu BGer 4A_114/2013 vom 20. Juni 2013, E. 4.3.1 und 4.3.2). Die Gesuchstellerin macht nämlich keine Ausführungen dazu, weshalb sie vom Gesuchsgegner keinen Prozesskostenvorschuss beanspruchen kann. Immerhin kam die Vorinstanz zum Schluss, die Parteien seien zwar nicht in der Lage, das Eheschutzverfahren aus ihrem Einkommen zu finanzieren. Jedoch hätten sie nicht in rechtsgenügender Weise dartun können, dass etwa die Liegenschaft in Portugal nicht mit einer weiteren Hypothek belastet werden könne oder dass deren Vermietung oder Verkauf nicht möglich sei. Auch hätten es die Rechtsvertreter der Parteien versäumt, allfällige in diesem Zusammenhang relevante Unterlagen (wie etwa Darlehensverträge, Veräusserungsbeschränkungen, vergebliche Verkaufsversuche o.ä.) ins Recht zu legen. So habe der Rechtsvertreter der Gesuchstellerin seine Ausführungen zum portugiesischen Immobilienmarkt in keiner Weise belegt. Es sei deshalb davon auszugehen, dass sich binnen nützlicher Frist Mittel zur Prozessfinanzierung aus der Liegenschaft in Portugal beschaffen liessen (Urk. 25 S. 26 ff.). Nachdem der Gesuchsgegner vor Berufungsinstanz kein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung mehr stellt und die Gesuchstellerin behauptet, er leiste sich (zusammen mit der neuen Freundin und deren Kind) einen aufwendigen Lebensstil (Urk. 37 S. 4), ist durchaus denkbar, dass die Gesuchstellerin vom Gesuchsgegner für das Berufungsverfahren einen Prozesskostenbeitrag erhältlich machen könnte. Die Gesuchstellerin durfte somit

vor Berufungsinstanz nicht einfach darauf verzichten, vom Gesuchsgegner keinen Prozesskostenbeitrag zu verlangen. Anders wäre die Situation nur zu beurteilen, wenn klar wäre, dass der Gesuchsgegner mittellos ist. Ihr Gesuch, es sei ihr (für das Berufungsverfahren) die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und Rechtsanwalt ass. iur. Y._____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen, ist somit abzuweisen.

2.1. Die Höhe der Gerichtsgebühr richtet sich für das Berufungsverfahren nach § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2, § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 2 lit. b sowie § 8 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG). Unter Berücksichtigung des tatsächlichen Streitinteresses, des Zeitaufwands des Gerichts und der Schwierigkeit des Falles erscheint eine Gerichtsgebühr von Fr. 3'000.– angemessen. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens der Gesuchstellerin zu zwei Drittel und dem Gesuchsgegner zu einem Drittel aufzuerlegen.

2.2. Entsprechend der Kostenverteilung ist die Gesuchstellerin zu verpflichten, dem Gesuchsgegner eine auf einen Drittel reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen. Die volle Parteientschädigung ist in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 3, § 11 und § 13 der Anwaltsgebührenverordnung vom 8. September 2010 (AnwGebV) auf Fr. 3'231.– (Fr. 3'000.– zzgl. 7,7 % MwSt.) festzusetzen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dietikon vom 20. August 2018 hinsichtlich der Dispositiv-Ziffern 1 bis 5 sowie 8 bis 11 am 8. September 2018 in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Das Gesuch der Gesuchstellerin, es sei ihr (für das Berufungsverfahren) die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und Rechtsanwalt ass. iur. Y._____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen, wird abgewiesen.

3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin ab dem 1. Februar 2018 für die weitere Dauer des Getrennlebens an den Unterhalt der Töchter monatliche, im Voraus je auf den Ersten eines jeden Monats zahlbare Unterhaltsbeiträge zuzüglich gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen wie folgt zu bezahlen:

- C._____: Fr. 1'225.–
- D._____: Fr. 1'000.–

Der Gesuchsgegner ist berechtigt, von diesen Unterhaltsbeiträgen die bis und mit Juni 2018 nachweislich bereits geleisteten Unterhaltsbeiträge im Total von Fr. 5'200.– in Abzug bringen.

2. Die Festsetzung der Unterhaltsbeiträge basiert auf folgenden Grundlagen:

Einkommen netto pro Monat, inkl. Anteil 13. Monatslohn, Familienzulagen separat:

- Gesuchstellerin: ca. Fr. 4'500.00 (100%-Pensum)
- Gesuchsgegner: ca. Fr. 6'500.00 (100%-Pensum)
- Kinder: Die jeweiligen Familienzulagen

Vermögen:

Die Parteien verfügen über kein nennenswertes Vermögen, abgesehen von einem Haus in Portugal (aktueller Wert unbekannt; Kaufpreis ca. € 175'000.00). Die Kinder verfügen über kein Vermögen.

3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchstellerin im Umfang von zwei Dritteln und dem Gesuchsgegner im Umfang von einem Drittel auferlegt und mit dem vom Gesuchsgegner geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Ge-

suchsgegner den geleisteten Vorschuss im Umfang von Fr. 2'000.– zu ersetzen.

5. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'077.– zu bezahlen.
6. 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.

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 über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 90 und 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, 10. Dezember 2018

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Iseli

versandt am:
mc