

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE190016-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter Dr. M. Kriech
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Kirchheimer

Beschluss und Urteil vom 12. Juni 2019

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Winterthur vom 12. Februar 2019 (EE180175-K)**

Rechtsbegehren der Gesuchstellerin:

(Urk. 12 S. 1 f.)

- "1. Es sei festzustellen, dass die Parteien seit dem 17. Dezember 2017 getrennt leben.
2. Es sei das gemeinsame Kind C._____, geb. tt.mm.2017, unter die alleinige Obhut der Gesuchstellerin zu stellen.
3. Es sei vorzumerken, dass sich der zivilrechtliche Wohnsitz von C._____, insbesondere hinsichtlich schulischer und sozialversicherungsrechtlicher Belange, bei der Gesuchstellerin befindet.
4. Auf die ausdrückliche Anordnung eines Besuchsrechts für den Gesuchsgegner sei aufgrund der Situation als auch des Alters von C._____ einstweilen zu verzichten.
5. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin einen jeweils auf den Ersten eines jeden Monats zu bezahlenden monatlichen Barunterhalt für C._____ in der Höhe von mindestens CHF 550 zu bezahlen und zwar rückwirkend ab 1. Dezember 2017. Die in der Periode 1. Dezember 2017 bis heute bereits geleisteten Zahlungen in der Höhe von insgesamt CHF 1030 seien anzurechnen.
6. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, sich an den ausserordentlichen Kinderkosten, nach Abzug von Kostenbeteiligungen Dritter (wie Versicherungen etc.), zur Hälfte zu beteiligen.
7. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Gesuchsgegners."

Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 12. Februar 2019:

(Urk. 17 = Urk. 23)

1. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Parteien seit dem 17. Dezember 2017 getrennt leben.
2. Das Kind C._____, geboren am tt.mm.2017, wird unter die Obhut der Gesuchstellerin gestellt.

Der zivilrechtliche Wohnsitz von C._____ befindet sich bei der Gesuchstellerin.

3. Auf die ausdrückliche Anordnung eines Besuchsrechts für den Gesuchsgegner wird einstweilen verzichtet.

4. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für C._____ einen monatlichen Unterhaltsbeitrag in der Höhe von Fr. 180.– (Barunterhalt) zu bezahlen; zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, rückwirkend ab 1. Dezember 2017.

Es ist kein Betreuungsunterhalt geschuldet. Das Manko im Barunterhalt beträgt Fr. 280.–.

5. Diesem Entscheid liegen die folgenden finanziellen Verhältnisse der Parteien zu Grunde:

Einkommen:

(netto pro Monat, inkl. Anteil 13. Monatslohn, Familienzulagen separat)

- Gesuchstellerin: Fr. 4'720.– (70 % Pensum)
- Gesuchsteller: Fr. 1'500.–
- C._____: Familienzulage von derzeit Fr. 200.–

Vermögen: kein relevantes Vermögen

familienrechtlicher Bedarf:

- Gesuchstellerin: Fr. 3'160.– (ohne Tochter D._____)
- Gesuchsteller: Fr. 1'150.– (ohne aussereheliche Kinder)
- C._____: Fr. 1'440.–

6. Es wird festgestellt, dass die in Dispositiv-Ziffer 4 festgesetzten Unterhaltsbeiträge durch Zahlungen des Gesuchsgegners im Umfang von total Fr. 1'030.– getilgt sind.

7. Das Rechtsbegehren Ziffer 6 wird abgewiesen.

8. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'200.–.

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

9. Die Gerichtskosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, der Anteil der Gesuchstellerin jedoch infolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung nach Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

10. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
11. [Mitteilungssatz].
12. [Rechtsmittelbelehrung; Berufung; 10 Tage].

Berufungsanträge der Gesuchstellerin:

(Urk. 22 S. 2)

- "1. In Abänderung von Dispositivziffer 4 des Urteils des Bezirksgerichtes Winterthur vom 12. Februar 2019 (EE180175-K) sei der Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Berufungsklägerin einen jeweils auf den Ersten eines jeden Monats im Voraus zu bezahlenden Barunterhalt für C._____ in der Höhe von CHF 550 pro Monat zu bezahlen und zwar rückwirkend ab dem 1. Dezember 2017.
2. Dispositivziffer 5 des Urteils des Bezirksgerichtes Winterthur vom 12. Februar 2019 (EE180175-K) - die dem Entscheid zu Grunde liegenden finanziellen Verhältnisse der Parteien - sei wie folgt teilweise abzuändern:

Einkommen Berufungsbeklagter:	CHF 1'800
familienrechtlicher Bedarf Berufungsklägerin:	CHF 3'243
familienrechtlicher Bedarf Berufungsbeklagter:	CHF 1'120
familienrechtlicher Bedarf C._____:	CHF 1'453
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Die Parteien sind seit dem tt. Januar 2017 miteinander verheiratet und Eltern der am tt.mm.2017 geborenen Tochter C._____ (Urk. 3). Mit Eingabe vom 5. November 2018 machte die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (fortan Gesuchstellerin) das vorliegende Eheschutzverfahren bei der Vorinstanz anhängig (Urk. 1). Da der Gesuchsgegner und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchsgegner) seinen Wohnsitz in Österreich hat, forderte die Vorinstanz ihn mit Verfügung vom 12. November 2018 auf, ein Zustellungsdomizil in der Schweiz im Sinne von Art. 140

ZPO zu bezeichnen (Urk. 5). Dieser Aufforderung kam der Gesuchsgegner nach und erteilte der Gesuchstellerin am 3. Dezember 2018 eine "Zustellvollmacht" (Urk. 7 und 8). Entsprechend wurde die weitere Korrespondenz für den Gesuchsgegner – insbesondere auch die Vorladung vom 11. Dezember 2018 (Urk. 9) – an die Postadresse der Gesuchstellerin zugestellt (vgl. Urk. 9, Urk. 15, Urk. 18). An der Verhandlung vom 31. Januar 2019 nahm der Gesuchsgegner nicht teil (Prot. I S. 4). Betreffend den weiteren Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 23 S. 3). Die Vorinstanz regelte das Getrenntleben der Parteien mit vorstehend wiedergegebenem Urteil vom 12. Februar 2019 (Urk. 17 = Urk. 23).

2. Mit Eingabe vom 16. März 2019 erhob die Gesuchstellerin innert Frist Berufung gegen das Eheschutzurteil mit den eingangs aufgeführten Rechtsbegehren. Gleichzeitig ersuchte sie darum, den Gesuchsgegner zu verpflichten, ihr einen Prozesskostenbeitrag zu leisten, eventualiter sei ihr für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren (Urk. 22 S. 2 f.). Mit Präsidialverfügung vom 2. April 2019 wurde dem Gesuchsgegner Frist zur Beantwortung der Berufung angesetzt (Urk. 28). Die Verfügung wurde an das vom Gesuchsgegner angegebene Zustellungsdomizil am Wohnsitz der Gesuchstellerin zugestellt. Die Sendung wurde allerdings innert Frist nicht bei der Post abgeholt und entsprechend an das Obergericht zurückgesandt (Urk. 29).

3. Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-21).

II. Prozessuales

1. Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens sind die von der Vorinstanz festgesetzten Kinderunterhaltsbeiträge sowie die damit zusammenhängenden Einkommens- und Bedarfswerte der Parteien (Dispositiv-Ziffer 4 und 5). Die Dispositivziffern 1-3 sowie 6 und 7 des vorinstanzlichen Eheschutzentscheides blieben unangefochten und sind entsprechend in Rechtskraft erwachsen (Art. 315 Abs. 1 ZPO), was vorzumerken ist.

2. Da der Gesuchsgegner seinen Wohnsitz in Österreich hat, handelt es sich vorliegend um einen internationalen Sachverhalt. In diesem Zusammenhang kann betreffend die (internationale) Zuständigkeit sowie das anwendbare Recht zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen auf die zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 23 S. 4-7, E. II).

3. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine umfassende Überprüfungsbefugnis der Streitsache, d.h. über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (BGE 142 I 93 E. 8.2; BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, ist – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – von der Rechtsmittelinstanz grundsätzlich nicht zu überprüfen (BGE 142 III 413 E. 2.2.4).

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

5. Der Gesuchsgegner hat für das vorliegende Eheschutzverfahren explizit die Wohnadresse der Gesuchstellerin als sein Zustellungsdomizil in der Schweiz bezeichnet (Urk. 7 und 8). Entsprechend wurde dem Gesuchsgegner sowohl im erst-

als auch im zweitinstanzlichen Verfahren seine Korrespondenz an den Wohnort der Gesuchstellerin zugestellt. Die Gesuchstellerin, als Zustellungsempfängerin des Gesuchsgegners, hat die Präsidialverfügung vom 2. April 2019 (Fristansetzung für die Berufungsantwort; Urk. 28) bei der Post nicht abgeholt. Am 4. April 2019 wurde die entsprechende Sendung zur Abholung gemeldet und nach Ablauf von sieben Tagen an das Obergericht zurückgesandt (Urk. 29). Aufgrund des bereits bestehenden Prozessrechtsverhältnisses gilt die erwähnte Postsendung am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch, mithin am 11. April 2019, als zugestellt (sog. Zustellfiktion; Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Androhungsgemäss ist das Verfahren ohne Berufungsantwort weiterzuführen (Art. 147 ZPO; Urk. 28 Dispositiv-Ziffer 2).

III. Materielle Beurteilung

1. Die Vorinstanz ging beim Gesuchsgegner von einem monatlichen Nettoeinkommen als Musiker von Fr. 1'500.– und einem Bedarf von Fr. 1'150.– aus (Urk. 23 S. 30, Dispositiv-Ziffer 5). Den verbleibenden Überschuss von Fr. 350.– teilte sie zwischen der gemeinsamen Tochter der Parteien (C._____) und den vier vorehelichen, im Senegal lebenden Kindern des Gesuchsgegners auf. Schliesslich verpflichtete die Vorinstanz den Gesuchsgegner zur Leistung eines Barunterhaltes für die Tochter C._____ von Fr. 180.– pro Monat (Urk. 23 S. 23 und Dispositiv-Ziffer 4). Die restlichen Fr. 170.– des Freibetrages belass die Vorinstanz dem Gesuchsgegner zur Finanzierung seiner übrigen vier Kinder im Senegal.

Die Gesuchstellerin kritisiert vor Obergericht einerseits das dem Gesuchsgegner angerechnete Erwerbseinkommen (Urk. 22 Rz 6-13) und beanstandet andererseits gewisse Positionen in der vorinstanzlichen Bedarfsberechnung (Urk. 22 Rz 14-17). Schliesslich rügt die Gesuchstellerin die Aufteilung der verfügbaren Mittel auf die insgesamt fünf Kinder des Gesuchsgegners (Urk. 22 Rz 18-25).

2. Einkommen des Gesuchsgegners

2.1 Die Vorinstanz ging davon aus, dass der Gesuchsgegner sein Einkommen durch Konzertauftritte mit zwei verschiedenen Bands erwirtschaftete. Zusammen

mit der Band von E._____ ergäben sich gemäss Informationen auf der Internetseite (*www.E._____.ch*) im Durchschnitt 3.3 Auftritte pro Monat. Zudem spiele der Gesuchsgegner mit F._____ in der Formation "G._____" (*www.F._____.ch*). In dieser Konstellation trete der Gesuchsgegner rund einmal pro Monat auf. Insgesamt sei demnach durchschnittlich von vier bis fünf Auftritten des Gesuchsgegners pro Monat auszugehen, wobei er nach Angaben der Gesuchstellerin pro Auftritt Fr. 300.– verdiene. Nach dem Gesagten sei dem Gesuchsgegner somit ein Nettoeinkommen von monatlich Fr. 1'500.– anzurechnen. In diesem Betrag sei auch gleichzeitig ein allfälliges von der Gesuchstellerin behauptetes Einkommen des Gesuchsgegners im Zusammenhang mit seinem Engagement im Trommelbereich als berücksichtigt zu betrachten (Urk. 23 S. 14-16).

2.2 Die Gesuchstellerin rügt im Berufungsverfahren vorab eine Verletzung der Untersuchungsmaxime durch die Vorinstanz. Art. 296 Abs. 1 ZPO verlange, dass das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen erforsche. Dies verlange ein aktives Vorgehen des Gerichts bei der Feststellung des relevanten Sachverhaltes und bedeute nicht nur eine erweiterte Fragepflicht. Indem die Vorinstanz darlege, die kurze Ehedauer der Parteien sei der Grund, dass wenig über die finanziellen Verhältnisse des Gesuchsgegners bekannt sei, und gleichzeitig beanstande, die Gesuchstellerin habe die Einnahmen des Gesuchsgegners zu wenig glaubhaft gemacht, verhalte sie sich widersprüchlich und verkenne den Sinn und Zweck der Untersuchungsmaxime. Die Vorinstanz habe mittels standardisierter Vorladung vom Gesuchsgegner zwar verlangt, dass er Unterlagen zu seiner finanziellen Situation einreiche. Der Gesuchsgegner sei dieser Aufforderung aber nicht nachgekommen. Er sei auch unentschuldigt nicht zur Verhandlung erschienen. Weitere Anstrengungen, Informationen über den Gesuchsgegner bzw. über sein Einkommen einzuholen, seien von der Vorinstanz gänzlich unterblieben. Auch die Gesuchstellerin sei äusserst marginal zu den Tätigkeiten des Gesuchsgegners befragt worden, obwohl sie durchaus sachdienliche Informationen hätte liefern können. Die Befragung der Gesuchstellerin zu den Einnahmen des Gesuchsgegners sei explizit als Beweis offeriert worden. Die Vorinstanz habe zur Abklärung des Einkommens des Gesuchsgegners lediglich auf zwei Internetseiten abgestellt, welche beide von der Gesuchstellerin anlässlich der Verhandlung erwähnt worden

sein. Allerdings habe die Vorinstanz die Auftritte des Gesuchsgegners, die er als "... B. _____" oder mit seinen eigenen Bands "H. _____", "I. _____" und neu "J. _____" absolviere, gänzlich ausser Acht gelassen. Die Gesuchstellerin habe in ihrem Plädoyer diese selbstständige Tätigkeit des Gesuchsgegners explizit erwähnt. Die Vorinstanz habe jedoch keinerlei Anstrengungen unternommen, etwas über die selbstständige Tätigkeit des Gesuchsgegners in Erfahrung zu bringen, was ohne grossen Zeitaufwand möglich gewesen wäre. Alles in allem sei aufgrund der vorstehenden Ausführungen beim Gesuchsgegner von einem Nettoeinkommen von mindestens Fr. 1'800.– pro Monat auszugehen (Urk. 22 Rz 6-13).

2.3 Wie einleitend bereits erwogen (E. II.4), kommt gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime zur Anwendung, soweit in familienrechtlichen Angelegenheiten Kinderbelange zu regeln sind. Demnach hat das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen zu "erforschen", bis über die Tatsachen, die für die Beurteilung des strittigen Anspruchs erforderlich sind, hinreichende Klarheit besteht. Das Gericht ist dabei nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, alle nötigen Abklärungen zu treffen. Es muss daher – unabhängig von Kostenüberlegungen oder Arbeitsbelastung – jede Sachverhaltsabklärung vornehmen, die notwendig oder geeignet ist, den massgeblichen Sachverhalt zu erstellen. Es hat insbesondere durch Befragung der Parteien nachzuprüfen, ob ihre Vorbringen und Beweisofferten vollständig sind. Es ist somit grundsätzlich von einem Obligatorium der Parteibefragung im strittigen Eheschutzverfahren auszugehen (ZR 116/2017 Nr. 63, S. 214 f., E. III.2.3, m.w.H.; *OGer ZH LE170050 vom 05.12.2017, E. IV.2.4; OGer ZH LE170063 vom 26.04.2018, E. III.2.1*). Die Geltung der Untersuchungsmaxime ändert allerdings nichts an der Beweislast und enthebt die Parteien nicht davon, an der Sammlung des Prozessstoffes mitzuwirken. Es obliegt ihnen, dem Gericht die rechtserheblichen Tatsachen zu unterbreiten und es auf die verfügbaren Beweismittel hinzuweisen (BGer 5A_645/2016 vom 18. Mai 2017, E. 3.2.3, m.w.H.). In diesem Zusammenhang ist das Gericht nicht an die in Art. 168 Abs. 1 ZPO abschliessend aufgezählten Beweismittel gebunden (sog. Freibeweis; Art. 168 Abs. 2 ZPO). Es kann zur Klärung des Sachverhalts von sich aus auch mit Beweismitteln operieren, die nicht den klassischen Formen entsprechen (BGer 5A_503/2017 vom 14. Mai 2018, E. 3.2). Ausserdem

ändert die Untersuchungsmaxime im Sinne von Art. 296 ZPO nichts an der summarischen Natur des Eheschutzverfahrens. Die tatsächlichen Verhältnisse sind nicht strikt zu beweisen, sondern lediglich glaubhaft zu machen. Selbst bei Kinderbelangen kann das Gericht auf ihm plausibel erscheinende Aussagen einer Partei abstellen, ohne weitere Beweismittel beizuziehen (*OGer ZH LE160066 vom 01.03.2017, E. III.A.3.1; ZK ZPO-Sutter-Somm/Hostettler, Art. 271 N 12*).

2.4 Die Befragung der Gesuchstellerin durch die Vorinstanz anlässlich der Verhandlung vom 31. Januar 2019 ist relativ summarisch erfolgt. Die Fragen des Gerichts sind nicht ersichtlich. Die Aussagen der Gesuchstellerin betreffen einzig das Einkommen und sind lediglich in einer Protokollnotiz zusammengefasst (Prot. I S. 5 f.). Den Ausführungen der Gesuchstellerin ist immerhin zu entnehmen, dass sie während des Zusammenlebens jeweils die Buchungen für die Auftritte des Gesuchsgegners gemacht und auch seine Homepage gestaltet habe. Der Gesuchsgegner sei in zwei Schweizer Bands engagiert und habe auch eigene Auftritte gemacht. Sie habe mit E._____, dem Leader einer der Bands, einen engen Kontakt. E._____ habe ihr damals gesagt, sie solle keine Buchungen unter Fr. 300.– pro Person und Auftritt vornehmen. Die Zusammenarbeit zwischen dem Gesuchsgegner und den erwähnten Bands bestehe bereits seit dem Jahr 2012. Eine gewisse Zeit lang habe der Gesuchsgegner zusätzlich für einen Lieferservice gearbeitet (Prot. I S. 5). Gestützt auf die Vorbringen der Gesuchstellerin hat die Vorinstanz die Internetseiten der beiden vorgenannten Musikbands analysiert und die Anzahl der durchschnittlichen Auftritte des Gesuchsgegners berechnet (Urk. 23 S. 15 f.). So erwog sie insbesondere, dass im Zusammenhang mit der Band von E._____ im Jahr 2019 insgesamt 24 Auftritte geplant seien, bei welchen der Gesuchsgegner in der Bandbesetzung aufgeführt sei (Urk. 23 S. 15). Der angefochtene Entscheid datiert vom 12. Februar 2019. In Übereinstimmung mit der Gesuchstellerin ist davon auszugehen, dass anfangs Jahr noch nicht sämtliche Auftritte einer Band festgelegt bzw. gebucht sind. Nach Angaben der Gesuchstellerin seien seit dem Urteil der Vorinstanz weitere Konzerte hinzugekommen (Urk. 22 Rz 9). Ein Blick auf die Internetseite von E._____ bestätigt dieses Vorbringen. Aktuell sind bereits 30 Auftritte zusammen mit dem Gesuchsgegner im Zeitraum von Januar bis Dezember 2019 aufgelistet (vgl. www.E._____.ch/..., letztmals be-

sucht am 6. Juni 2019). Entgegen der Annahme der Vorinstanz ist für das Jahr 2019 somit von mindestens sechs weiteren Konzerten auszugehen, was einem zusätzlichen Einkommen von rund Fr. 1'800.– entspricht. Dabei ist allerdings anzumerken, dass die Gesuchstellerin in Bezug auf die jeweilige Gage ausgeführt hat, dass der Gesuchsgegner pro Auftritt "*mindestens*" Fr. 300.– erhalte (Urk. 12 Rz 18). Die Vorinstanz ist in ihren Berechnung dann von diesem Mindestbetrag ausgegangen. Anlässlich der gerichtlichen Befragung hat die Gesuchstellerin ausgesagt, E._____ habe sie angewiesen, "keine Buchungen für unter Fr. 300.– pro Person und Auftritt" vorzunehmen (Prot. I S. 5). Demgemäss ist es durchaus möglich bzw. sogar wahrscheinlich, dass der Gesuchsgegner auch Konzerte gibt, bei welchen er mehr als nur Fr. 300.– verdient.

2.5 Überdies hat die Gesuchstellerin im Berufungsverfahren glaubhaft dargelegt, dass der Gesuchsgegner neben den zwei bereits erwähnten Bands noch in weiteren Formationen auftritt. Den eingereichten Medienberichten (Urk. 26/6a-6k) ist zu entnehmen, dass der Gesuchsgegner neben Soloauftritten als "... B._____" noch in mindestens drei weiteren Bands engagiert ist ("I._____", "J._____" und "H._____"). Aufgrund der vorliegend zur Anwendung kommenden uneingeschränkten Untersuchungsmaxime sind diese von der Gesuchstellerin vorgebrachten (unechten) Noven im Berufungsverfahren zu berücksichtigen (vgl. vorstehend E. II.4). Damit hat die Gesuchstellerin belegt, dass der Gesuchsgegner neben den beiden von der Vorinstanz bereits berücksichtigten Bands noch über weitere Engagements und somit Einnahmequellen verfügt. Dies bestätigt auch ein Blick auf die öffentlich zugängliche facebook-Seite des Gesuchsgegners "... B._____'s I._____" , wo für den Mai und Juni 2019 insbesondere auf folgende Konzerte hingewiesen wird (www.facebook.com/... B'._____'I'._____, letztmals besucht am 6. Juni 2019):

- tt.05.2019: ... [Ort], ... [Ortschaft] (AT)
- tt.05.2019: ..., ... (CH)
- tt.06.2019: ..., ... (AT)
- tt.06.2019: ..., ... (AT)
- tt.06.2019: ..., ... (AT)

Damit ist erstellt, dass der Gesuchsgegner nicht nur zusammen mit F._____ und E._____ auftritt, sondern auch mit anderen (eigenen) Formationen und Bands Konzerte gibt. Das von der Vorinstanz berechnete Einkommen von Fr. 1'500.– erweist sich nach dem Gesagten als zu gering. In Übereinstimmung mit der Gesuchstellerin erscheint ein anrechenbares Einkommen von monatlich **Fr. 1'800.–** als realistisch und angemessen, was im Durchschnitt einem zusätzlichen Konzert pro Monat entspricht.

3. Bedarfsberechnung

3.1 Die Gesuchstellerin beanstandet berufsweise, dass die Vorinstanz die geltend gemachten Gesundheitskosten von ihr und der Tochter nicht im Bedarf berücksichtigt hat (vgl. Urk. 23 S. 19). Bei einem Kleinkind sei notorisch, dass es mindestens einmal pro Jahr zu einem Vorsorgeuntersuch sowie zum Impfen müsse. Ebenfalls notorisch sei, dass Kleinkinder häufig krank seien und entsprechend häufiger den Kinderarzt aufsuchen müssten und/oder Medikamente bräuchten. C._____ habe im letzten Jahr zwei Mal eine Mittelohrentzündung sowie eine Infektion mit dem RSV-Virus gehabt und habe innert kurzer Zeit sieben Termine beim Kinderarzt wahrnehmen müssen. Die Gesundheitskosten in der Höhe von Fr. 10.– pro Monat seien der Tochter C._____ im Bedarf anzurechnen. Die Gesuchstellerin ihrerseits gehe einmal pro Jahr zum Vorsorgeuntersuch bei der Frauenärztin. Zudem sei sie seit der Trennung von ihrem Mann stressbedingt häufig krank. Sie besuche seit August 2017 regelmässig eine Psychotherapie und sei aufgrund andauernder Rückenschmerzen bei einem Osteopathen in Behandlung. Zudem trage sie eine Brille. Bei einer Franchise von Fr. 300.– beliefen sich die Gesundheitskosten auf maximal Fr. 83.– pro Monat. Dieser Betrag sei ihr ebenfalls anzurechnen (Urk. 22 Rz 14).

3.2 Mit Bezug auf die im Bedarf zu berücksichtigenden Gesundheitskosten ist zunächst von den tatsächlich bezahlten Krankenkassenprämien auszugehen. Darüber hinaus sind Kosten für nicht gedeckte Gesundheitskosten wie Selbstbehalte und Franchisen in der Bedarfsberechnung zu berücksichtigen, wenn sie gegenwärtig oder in naher Zukunft tatsächlich anfallen (*OGer ZH LE170061 vom 13.03.2018, E. III.4.8.3; OGer ZH LE110015 vom 23.03.2012, E. III.D.2.d*, mit

Hinweis auf BGE 129 III 242 E. 4). Dass Franchise und Selbstbehalt in der geltend gemachten Höhe effektiv anfallen, ist zu belegen (*OGer ZH LE150053 vom 16.06.2016, E. B.6.6.d; OGer ZH LE120068 vom 18.04.2013, E. III.4.a; Six, Ehe-schutz, 2. Aufl. 2014, Rz 2.109*). Dies hat die Gesuchstellerin nicht getan. Im erstinstanzlichen Verfahren hat sie die behaupteten Gesundheitskosten im Rahmen ihrer Ausführungen zum Bedarf weder substantiiert vorgebracht noch belegt (Urk. 12 Rz 20). Lediglich in einer als Beilage eingereichten Unterhaltsberechnungstabelle hat sie die zusätzlichen Gesundheitskosten aufgeführt (Urk. 13/18). Entsprechend ist die Erwägung der Vorinstanz nicht zu beanstanden, wonach diese Ausgaben "nicht als glaubhaft gemacht" gelten könnten und daher in der Unterhaltsberechnung nicht zu berücksichtigen seien (Urk. 23 S. 19). Entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin hat die Vorderrichterin dadurch die Untersuchungsmaxime nicht verletzt. Wie einleitend bereits dargelegt, befreit der Untersuchungsgrundsatz die Parteien nicht von ihrer Mitwirkungspflicht. Eine Partei kann nicht bloss in einer Beilage (Urk. 13/18) gewisse Bedarfspositionen (kommentarlos) auführen und darauf vertrauen, dass das Gericht daraufhin von sich aus die notwendigen Abklärungen trifft. Es wäre für die Gesuchstellerin durchaus möglich und zumutbar gewesen, die behaupteten Gesundheitskosten mit Urkunden zu belegen (bspw. mit Arztrechnungen, Abrechnungen der Krankenkasse, Zahlungsbelegen, Arztzeugnissen, Bestätigungen der Therapeuten, etc.). Trotz der klaren Hinweise der Vorinstanz hat sie dies auch im Berufungsverfahren nicht getan. Vor Obergericht macht die Gesuchstellerin zwar (neu) Ausführungen zu ihrem angeblichen Gesundheitszustand und demjenigen ihrer Tochter. Sie unterlässt es jedoch gänzlich, diese neuen Parteibehauptungen mit entsprechenden Belegen zu untermauern. Nach dem Gesagten ist nicht glaubhaft gemacht, dass die Gesuchstellerin ihre jährliche Franchise sowie ihren Selbstbehalt (und denjenigen ihrer Tochter) regelmässig und in vollem Umfang ausschöpft. Aufgrund der fehlenden Belege können in der Bedarfsberechnung in Übereinstimmung mit der Vorinstanz keine zusätzlichen Gesundheitskosten berücksichtigt werden. Bei der Gesuchstellerin und der Tochter C._____ bleibt es somit bei den von der Vorinstanz berechneten Bedarfszahlen (vgl. Urk. 23 S. 21).

3.3 Weiter kritisiert die Gesuchstellerin, dass die Vorinstanz dem Gesuchsgegner die Rundfunkgebühren von Fr. 30.– im Bedarf angerechnet hat (vgl. Urk. 23 S. 19). Im Untermietvertrag stehe ausdrücklich, dass alle öffentlichen Abgaben inbegriffen seien, worunter auch die Rundfunkgebühren fielen. Die Fr. 30.– seien daher im Bedarf des Gesuchsgegners nicht zu berücksichtigen (Urk. 22 Rz 15).

3.4 Ähnlich wie in der Schweiz werden auch in Österreich Empfangsgebühren für Radio und Fernsehen erhoben (sog. "Rundfunkgebühren"). Je nach Bundesland beträgt die gesamte Abgabe zwischen EUR 20.93 und EUR 26.73 pro Monat (vgl. www.gis.at/gebuehren/uebersicht). "Private Standorte" bezahlen pro Haushalt nur eine Rundfunkgebühr, unabhängig von der Anzahl der Rundfunkempfangseinrichtungen (vgl. www.gis.at/information/privater-standort). Der Gesuchsgegner wohnt als Untermieter in einer 5-Zimmerwohnung. Der Mietgegenstand ist im Untermietvertrag wie folgt umschrieben (Urk. 11/16 Ziff. 1): "*Zimmer im O.G. mit Wohnfläche 20m2, Mitbenützung von Bad, Küche, Gang, WC*". Gemäss Ziff. 3 des Untermietvertrages beträgt die Miete "pauschal" EUR 100.– pro Monat, wobei die "Betriebskosten" sowie die "öffentlichen Abgaben" in diesem Mietzins bereits enthalten sind (vgl. Urk. 11/16 S. 2, Ziff. 3.b). Aus dem Untermietvertrag geht sodann nicht hervor, dass der Gesuchsgegner zusätzlich noch etwas für die Rundfunkgebühren abzugeben hat. Entsprechend ist davon auszugehen, dass diese Kosten bereits in der vereinbarten Pauschalmiete enthalten sind. Nach dem Gesagten ist der Bedarf des Gesuchsgegners (Urk. 23 S. 21) um Fr. 30.– auf insgesamt Fr. 1'120.– zu reduzieren. Entgegen der Vorinstanz (vgl. Urk. 23 S. 23) verfügt der Gesuchsgegner somit über einen Überschuss bzw. eine Leistungsfähigkeit von **Fr. 680.–** pro Monat (Fr. 1'800.– ./ Fr. 1'120.–).

4. Unterhaltsberechnung

4.1 Die Vorinstanz hat zur Aufteilung der verfügbaren Mittel auf die fünf Kinder des Gesuchsgegners auf die "Zürcher Kinderkostentabelle" abgestellt und diese auf das Preisniveau Senegals umgerechnet. Dabei ging sie davon aus, dass bei einem Durchschnittswert aller Länder von 100 Punkten das Preisniveau in der Schweiz bei 209.6 und dasjenige Senegals bei 64.6 Punkten liegt. Entsprechend

berechnete die Vorinstanz folgende nach Alter abgestufte Barbedarfe der vier im Senegal lebenden Kinder des Gesuchsgegners (Urk. 23 S. 22):

	Alter	Barbedarf Schweiz	Barbedarf Senegal
Kind A	13 Jahre	Fr. 1'510.00	Fr. 465.39
Kind B	7 Jahre	Fr. 1'115.00	Fr. 343.65
Kind C	3 Jahre	Fr. 875.00	Fr. 269.68
Kind D	1 Jahr	Fr. 875.00	Fr. 269.68

4.2 Gemäss Erhebungen der Weltbank betrug das Bruttonationaleinkommen pro Kopf ("Gross National Income") im Jahr 2017 im Senegal USD 1'240.– pro Jahr (vgl. <https://data.worldbank.org/indicator/NY.GNP.PCAP.CD>). Vereinfacht ausgedrückt misst das Bruttonationaleinkommen das in einer Berechnungsperiode an Inländer geflossene Einkommen aus Erwerbstätigkeit und Vermögensertrag. Umgerechnet verdient ein Senegalese somit im Durchschnitt rund USD 103.– pro Monat. Somit ist bereits an dieser Stelle offensichtlich, dass die von der Vorinstanz berechneten Barbedarfe der Kinder im Senegal viel zu hoch ausgefallen sind, da sie das durchschnittliche Monatseinkommen von USD 103.– teilweise um ein Vielfaches übersteigen. Bereits die Anwendung der Zürcher-Tabelle zur Berechnung von Kinderkosten im Senegal erscheint nicht sachgerecht. Die Gesuchstellerin hat anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung zu Protokoll gegeben, die Kinder des Gesuchsgegners lebten in einem Art "Clan", in welchem für sie gesorgt werde (Prot. I S. 5). Die Lebenshaltungskosten eines Kindes im Senegal können nicht mit dem durchschnittlichen Barbedarf eines Kindes in der Schweiz verglichen werden. Es rechtfertigt sich vorliegend, den dem Gesuchsgegner zur Verfügung stehenden monatlichen Überschuss von Fr. 680.– nach einem gewissen Verteilschlüssel (nach Prozentanteilen) zwischen den Kindern im Senegal und der Tochter in der Schweiz aufzuteilen.

4.3 Die Weltbank hat auch eine Statistik mit den kaufkraftbereinigten Bruttonationaleinkommen veröffentlicht. Gemäss dieser Erhebung betrug das kaufkraftbereinigte Bruttonationaleinkommen im Jahr 2017 im Senegal pro Kopf USD 3'360.– und in der Schweiz USD 67'220.–, was rund dem Zwanzigfachen entspricht (vgl. <https://data.worldbank.org/indicator/NY.GNP.PCAP.PP.CD>). Damit erscheint es angemessen, den im Senegal lebenden Kindern im Durchschnitt je

etwa 5 % des Überschusses des Gesuchsgegners zukommen zu lassen, was pro Kind Fr. 34.– bzw. bei vier Kindern (gerundet) Fr. 135.– entspricht. Damit verbleibt für die in der Schweiz lebende Tochter C._____ eine Differenz und somit ein Barunterhalt von Fr. 545.– pro Monat (Fr. 680.– ./ Fr. 135.–).

4.4 Zusammenfassend ist der Gesuchsgegner in Abänderung von Dispositiv-Ziffer 4 des angefochtenen Urteils zu verpflichten, der Gesuchstellerin für die Tochter C._____ einen monatlichen Barunterhaltsbeitrag in der Höhe von **Fr. 545.–** zu bezahlen. Damit erhöht sich der Unterhaltsbeitrag im Vergleich zum vorinstanzlichen Entscheid um Fr. 365.–, weshalb beim Barbedarf von C._____ kein Manko mehr besteht (vgl. Urk. 23 S. 24 und Urk. 22 Rz 26). Überdies sind aufgrund der vorstehenden Ausführungen zum Einkommen und Bedarf die finanziellen Grundlagen gemäss Dispositiv-Ziffer 5 des angefochtenen Entscheids entsprechend anzupassen.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen blieben unangefochten und erscheinen nach wie vor angemessen, weshalb diese zu bestätigen sind (vgl. Art. 318 Abs. 3 ZPO).
2. Für das Berufungsverfahren rechtfertigt sich in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2, § 5 Abs. 1 und 2 sowie § 6 Abs. 2 lit. b der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) eine Entschädigungsgebühr von Fr. 3'000.–. Die Prozesskosten werden grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gesuchstellerin ist vor Obergericht mit ihren Berufungsanträgen praktisch vollumfänglich durchgedrungen. Ausgangsgemäss sind die Kosten somit dem Gesuchsgegner aufzuerlegen.
3. Entsprechend der Kostenverteilung ist der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin eine volle Parteientschädigung zu bezahlen. Die für die Festsetzung der Parteientschädigung massgeblichen Bestimmungen finden sich in der

Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV). Die Parteientschädigung ist gestützt auf § 13 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2, § 5 Abs. 1 und 2, § 6 Abs. 3 sowie § 11 AnwGebV auf Fr. 2'800.– zu bemessen, mangels eines entsprechenden Antrages ohne Mehrwertsteuerzuschlag (vgl. Urk. 22 S. 2). Aufgrund der finanziellen Verhältnisse des Gesuchsgegners sowie seines ausländischen Wohnsitzes ist in Übereinstimmung mit der Gesuchstellerin (Urk. 22 Rz 28) davon auszugehen, dass die Parteientschädigung voraussichtlich uneinbringlich ist im Sinne von Art. 122 Abs. 2 ZPO.

4. Die Gesuchstellerin stellt auch für das Berufungsverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 22 S. 3). Ihr kann insoweit gefolgt werden, dass unter den gegebenen Umständen vom Gesuchsgegner kein Prozesskostenbeitrag erhältlich gemacht werden kann (vgl. Urk. 22 Rz 29). 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, besteht darüber hinaus ein Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

5.1 Der Gesuchstellerin werden vorliegend keine Gerichtskosten auferlegt, weshalb ihr Gesuch um unentgeltliche Prozessführung als gegenstandslos geworden abzuschreiben ist. Hingegen ist die unentgeltliche Rechtsverbeiständung aufgrund der Uneinbringlichkeit der Parteientschädigung (vgl. vorstehend E. IV.3) nach wie vor von Relevanz (vgl. Art. 122 Abs. 2 ZPO).

5.2 Die Gesuchstellerin arbeitet in einem 70 %-Pensum und verdient dabei monatlich netto Fr. 4'720.–, exklusiv Kinderzulagen (Urk. 23 S. 14; Urk. 11/2). Diesen Einkünften steht ein familienrechtlicher Bedarf von Fr. 3'160.– gegenüber (Urk. 23 S. 21). Allerdings ist bei der Berechnung des zivilprozessualen Bedarfs der alleinerziehenden Gesuchstellerin zusätzlich ein Zuschlag von 25 % auf dem Grundbetrag (entsprechend Fr. 338.–) zu gewähren (*OGer ZH LA180028 vom 03.12.2018, E. 5.3.3; OGer ZH LE170053 vom 02.11.2017, E. 5.5; OGer ZH LY160046 vom 05.12.2017, E. IV.3.2.4; Huber, Dike-Komm-ZPO, Art. 117 ZPO N 56*). Insgesamt ist bei der Gesuchstellerin somit von einem Bedarf von (gerundet) Fr. 3'500.– auszugehen, womit ein monatlicher Überschuss von Fr. 1'220.– verbleibt. Mit diesem

Überschuss hat die Gesuchstellerin vorab den Bedarf ihrer beiden minderjährigen Töchter zu decken. Für die sechzehnjährige Tochter aus erster Ehe, D._____, welche das Gymnasium besucht (vgl. Urk. 11/14), erhält die Gesuchstellerin einen Unterhaltsbeitrag von lediglich Fr. 300.– pro Monat (Urk. 23 S. 14). Vom Gesuchsgegner hat sie bis anhin höchstens sporadisch kleinere Beträge für den Unterhalt von C.____ erhalten (Urk. 12 Rz 23). Somit muss die Gesuchstellerin für die Unterhaltskosten ihrer beiden minderjährigen Töchter überwiegend alleine aufkommen. Dass dafür der Freibetrag von rund Fr. 1'200.– pro Monat kaum ausreichen dürfte, ist offensichtlich (bereits der Barbedarf von C.____ beträgt rund Fr. 1'400.– pro Monat [Urk. 23 S. 21]). Zudem verfügt die Gesuchstellerin über kein Vermögen (Urk. 11/15). Da die Berufung überdies nicht aussichtslos und die Gesuchstellerin auf rechtlichen Beistand angewiesen war, ist ihr für das Berufungsverfahren Rechtsanwältin lic. iur. X.____ als unentgeltliche Rechtsbeistandin zu bestellen. Aufgrund der Uneinbringlichkeit der Parteientschädigung ist diese der Rechtsvertreterin aus der Gerichtskasse zu entrichten. Der Anspruch auf die uneinbringliche Entschädigung geht dadurch auf den Kanton über (Art. 122 Abs. 2 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositiv-Ziffern 1-3 sowie 6 und 7 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 12. Februar 2019 in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Das Gesuch der Gesuchstellerin um unentgeltliche Prozessführung wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
3. Der Gesuchstellerin wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtsverteiständung gewährt und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X.____ eine unentgeltliche Rechtsvertretung bestellt.
4. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für C._____ einen monatlichen Unterhaltsbeitrag in der Höhe von Fr. 545.– (Barunterhalt) zu bezahlen; zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, rückwirkend ab 1. Dezember 2017.

Es ist kein Betreuungsunterhalt geschuldet.

2. Diesem Entscheid liegen die folgenden finanziellen Verhältnisse der Parteien zu Grunde:

Einkommen:

(netto pro Monat, inkl. Anteil 13. Monatslohn, Familienzulagen separat)

- Gesuchstellerin: Fr. 4'720.– (70 % Pensum)
- Gesuchsgegner: Fr. 1'800.–
- C._____: Familienzulage von derzeit Fr. 200.–

Vermögen: kein relevantes Vermögen

familienrechtlicher Bedarf:

- Gesuchstellerin: Fr. 3'160.– (ohne Tochter D._____)
- Gesuchsgegner: Fr. 1'120.– (ohne aussereheliche Kinder)
- C._____: Fr. 1'440.–

3. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Dispositiv-Ziffer 8-10) wird bestätigt.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsgegner auferlegt.
6. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'800.– zu bezahlen.

Diese Parteientschädigung wird Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ direkt aus der Gerichtskasse bezahlt. Der Anspruch der Gesuchstellerin auf Parteientschädigung in Höhe von Fr. 2'800.– geht mit Zahlung der Entschädigung auf den Kanton Zürich über.

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Migrationsamt des Kantons Zürich, an die Obergerichtskasse sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

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 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 beträgt mehr als Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 12. Juni 2019

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Kirchheimer

versandt am:
am