

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE190017-O/U

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

Beschluss und Urteil vom 12. August 2019

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____,

betreffend **Abänderung Eheschutz**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 22. Februar 2019, berichtigt mit Verfügung vom 18. April 2019 (EE170074-I)

Modifizierte Rechtsbegehren des Gesuchstellers:

(Urk. 118 S. 2 f.)

- „1. Es sei die Teilvereinbarung vom 17. September 2018 hinsichtlich Ziff. 1 bis 4 sowie Ziff. 5.2.a, 5.2.c bis 5.2.e zu genehmigen bzw. hiervon Vormerk zu nehmen.
2. Es sei in Abänderung von Dispositiv-Ziffer 2 und 3.2.b des Eheschutzurteils sowie von Ziff. 5.2.b der Teilvereinbarung vom 17. September 2018 C._____ unter die alleinige Obhut des Gesuchstellers zu stellen.
3. Es sei in Abänderung von Dispositiv-Ziffer 3.2.c des Eheschutzurteils sowie von Ziff. 5.2.c der Teilvereinbarung vom 17. September 2018 auf eine ausdrückliche Regelung des persönlichen Verkehrs von C._____ zu verzichten und vorzusehen, dass sich die Eltern und der Sohn im direkten Gespräch über die Gestaltung des gegenseitigen Anspruchs des Sohns und der Mutter auf angemessenen persönlichen Verkehr einigen.

Beide Eltern seien zu verpflichten, dafür besorgt zu sein, dass der Kontakt zwischen Mutter und Sohn behutsam wieder aufgebaut wird.

Im Sinne eines Ziels soll vorgesehen werden, dass C._____ in der Regel an den Wochenenden gerader Kalenderwochen einen ganzen Tag (10:00 Uhr bis 18:00 Uhr) bei oder mit der Gesuchsgegnerin verbringt. In einem nächsten Schritt soll angestrebt werden, dass C._____ zukünftig auch ein ganzes Wochenende (Samstag, 10:00 Uhr, bis Sonntag, 18:00 Uhr) bei oder mit der Gesuchsgegnerin verbringt.

4. Es sei zur Verbesserung der Beziehung von Mutter und Sohn eine angemessene Familientherapie bei D._____, Psychotherapeutische Praxis, ...-str. ..., E._____ einzurichten und es sei der Auftrag an die Erziehungsbeiständin dahingehend zu ergänzen, dass diese zusätzlich die Aufgabe erhält, für die Organisation, Begleitung und Überwachung dieser Familientherapie besorgt zu sein.
5. Der Gesuchsteller sei in Abänderung bzw. Ergänzung von Dispositiv-Ziffer 3.4 des Eheschutzurteils zu verpflichten, an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der Kinder monatliche Unterhaltsbeiträge (zzgl. Familienzulagen) wie folgt zu bezahlen:

Für F._____:

- CHF 0.– ab 1. September 2017

Für C. _____ :

- CHF 1'745.– ab 1. September 2017 (davon CHF 953.– als Betreuungsunterhalt) bis zum 14. Juli 2018, danach
- CHF 891.– vom 15. Juli 2018 bis zum 31. Dezember 2018 und
- CHF 0.– ab dem 1. Januar 2019

zahlbar im Voraus, je auf den Ersten eines jeden Monats.

Die übrigen in Dispositiv-Ziffer 3.4 des Eheschutzurteils festgehaltenen Zahlungsmodalitäten sind unter Anpassung an die veränderten Verhältnisse beizubehalten.

6. Weiter sei der Gesuchsteller in Abänderung von Dispositiv-Ziffer 3.5 des Eheschutzurteils zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin Ehegattenunterhaltsbeiträge wie folgt zu bezahlen:
 - CHF 532.– ab 1. September 2017 bis zum 14. Juli 2018
 - CHF 511.– vom 15. Juli 2018 bis zum 31. Dezember 2018zahlbar im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.
7. An die Unterhaltspflicht des Gesuchstellers seit dem 1. September 2017 bis heute sind die bereits geleisteten Zahlungen im Umfang von mind. CHF 75'246.60 anzurechnen.
8. Die in Dispositiv-Ziffer 7 des Eheschutzurteils festgehaltenen Berechnungsgrundlagen seien an die veränderten Verhältnisse anzupassen
9. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Gesuchsgegnerin.“

Modifizierte Rechtsbegehren der Gesuchsgegnerin:

(Urk. 130 S. 2 f. i.V.m. Urk. 109 S. 1 f.)

- "1. Es seien die Kinderbelange (exklusive Kindesunterhalt) gemäss der anlässlich der Verhandlung vom 17. September 2018 geschlossenen Vereinbarung zu regeln.
2. Es sei Dispositiv-Ziffer 3/Vereinbarungs-Ziffer 4 des Urteils vom 16. März 2018 [recte: 2017] (G-Nr. EE160109-I) insoweit abzuändern, als die Zahlung von Unterhalt für die Tochter F. _____ an die Beklagte ab dem 1. November 2018 für die Dauer des Getrenntlebens aufzuheben sei. Im Übrigen seien die klägerischen Anträge 5-9 gemäss Plädoyer vom 17.09.2018 auf Abänderung des

Unterhalts gemäss erwähntem Urteil abzuweisen, ebenso die früher gestellten Anträge in diesem Zusammenhang.

3. Es sei Dispositiv-Ziffer 3/Vereinbarungs-Ziffer 5 lit. a des Urteils vom 16. März 2018 [recte: 2017] (G-Nr. EE160109-I) **mit Wirkung ab 1. September 2017** insoweit abzuändern, als der Gesuchsteller zu verpflichten sei, der Gesuchsgegnerin monatliche Unterhaltsbeiträge von CHF 3'450.00 zu bezahlen, zahlbar jeweils im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats, **erstmals per 1. September 2017**. Im Übrigen sei diese Bestimmung unverändert zu belassen.
4. Eventualiter sei Dispositiv-Ziffer 3/Vereinbarungs-Ziffer 4 und 5 lit. a des Urteils vom 16. März 2018 [recte: 2017] (G-Nr. EE160109- I) **mit Wirkung ab 1. September 2017** insoweit abzuändern, als der Barunterhalt (zuzüglich Kinder- bzw. Ausbildungszulagen) für den Sohn C._____ auf CHF 1'980.00 pro Monat, subeventualiter auf CHF 1'065.00 pro Monat, sein Betreuungsunterhalt auf CHF 2'000.00 pro Monat und der Unterhalt für die Gesuchsgegnerin auf CHF 2'490.00 pro Monat festzusetzen sei, zahlbar jeweils im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats, **erstmals per 1. September 2017**. Im Übrigen seien diese Bestimmungen (mit Ausnahme des Unterhalts für F._____, vgl. Antrag Ziff. 2 vorstehend) unverändert zu belassen.
5. **Soweit der Gesuchsteller im vorliegenden Verfahren anderslautende Anträge gestellt hat, namentlich bezüglich des Sohnes C._____, seien diese abzuweisen.**
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt.) zu Lasten des Klägers.“

Urteil des Bezirksgerichtes Uster vom 22. Februar 2019:

(Urk. 135 = Urk. 143 i.V.m. Urk. 140 = Urk. 154)

1. In Abänderung von Dispositiv-Ziffer 2 und 3.2 lit. b des Urteils des Bezirksgerichtes Uster vom 16. März 2017 (Geschäfts-Nr. EE160109-I) wird die aus der Ehe der Parteien hervorgegangene Tochter F._____, geboren am tt.mm.2003, für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut des Vaters gestellt.
2. Die Vereinbarung der Parteien vom 17. September 2018 wird in Bezug auf die weiteren Kinderbelange genehmigt und im Übrigen vorgemerkt. Sie lautet wie folgt:

- "1. Die Kosten der Familientherapie, welche von der Beiständin organisiert wurde (vgl. Dispositivziffer 3 in der Verfügung vom 13. Februar 2018), werden von den Parteien je hälftig übernommen.
2. Die Gesuchsgegnerin verpflichtet sich, in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Uster (Zahlungsbefehl vom 9. Februar 2018) das Fortsetzungsbegehren vorläufig, mindestens bis 31. März 2019, nicht zu stellen. Der Gesuchsteller verpflichtet sich, die ausstehenden Unterhaltsbeiträge für den Monat September 2018 bis spätestens 21. September 2018 an die Gesuchsgegnerin zu überweisen.
3. Die Parteien sind sich einig, dass die angeordneten Beistandschaften nach Art. 308 Abs. 1 und Abs. 2 ZGB aufrecht zu erhalten sind.
4. Die Gesuchsgegnerin verpflichtet sich, F._____ auf ihre Anfrage hin ihre persönlichen Gegenstände (insb. Pass, Geburtsschein, Impfausweis etc.) herauszugeben.
5. Die Parteien vereinbaren, Ziff. 2 und 3.2 des Eheschutzurteils vom 16. März 2017 (Geschäfts-Nr. EE160109-I) wie folgt abzuändern:

2. Elterliche Sorge, Obhut und Betreuung

a) Elterliche Sorge

Die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes ändert nichts an der gemeinsamen elterlichen Sorge für die Kinder

- F._____, geboren am tt.mm.2003 und
- C._____, geboren am tt.mm.2005.

Entsprechend sind die Parteien verpflichtet, sämtliche wesentlichen Fragen der Pflege, Erziehung und Ausbildung, wie namentlich Wahl der Schule, Berufswahl, Abschluss von Lehrverträgen sowie medizinische Eingriffe von einiger Tragweite, miteinander abzusprechen.

Den Parteien ist bekannt, dass ein Aufenthaltswechsel der Kinder der Zustimmung beider Eltern bedarf, wenn der neue Aufenthaltsort im Ausland liegt, oder der Wechsel des Aufenthaltsortes erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge oder auf die persönlichen Kontakte zwischen einem Elternteil und den Kindern hat.

b) Obhut C._____

Die Eltern beantragen, es sei ihnen die Obhut für den Sohn C._____ für die Dauer des Getrennlebens gemeinsam zu belassen.

Basierend auf dem nachfolgenden Betreuungsplan befindet sich der Wohnsitz des Sohnes bei der Mutter.

c) Betreuungsanteile C._____

Die Eltern einigen sich über die Aufteilung der Betreuung des Sohnes wie folgt:

Der Vater betreut den Sohn

- Jeweils am Montag nach Schulschluss bis Dienstagmorgen vor Schulbeginn (mit Übernachtung);
- Jeweils am Mittwoch nach Schulschluss bis Donnerstagmorgen vor Schulbeginn (mit Übernachtung) in den ungeraden Kalenderwochen;
- An den Wochenenden gerader Kalenderwochen von Samstagmorgen, 10.00 Uhr, bis Montagmorgen vor Schulbeginn (wobei Ausflüge am Samstagmorgen nicht vor 10.00 Uhr beginnen sollten);
- In Jahren mit gerader Jahreszahl jeweils die erste Woche der Weihnachtsferien, in Jahren mit ungerader Jahreszahl jeweils die zweite Woche der Weihnachtsferien;
- Für die Weihnachtsferien 2019 vereinbaren die Parteien abweichend, dass C._____ die vollen zwei Wochen mit der Gesuchsgegnerin verbringen wird. Im Gegenzug verbringt C._____ die vollen Sportferien 2020 mit dem Gesuchsteller. Kommt in den Weihnachtsferien keine Reise ins Ausland zustande, greift die normale Ferienregelung;
- In Jahren mit gerader Jahreszahl von Gründonnerstag nach Schulschluss bis Ostermontag, 18.00 Uhr, und in Jahren mit ungerader Jahreszahl an Freitag vor Pfingsten nach Schulschluss bis Pfingstmontag, 18.00 Uhr.

In der übrigen Zeit wird C._____ von der Mutter betreut.

Der Vater wird C._____ insbesondere jeweils am Mittwoch, wenn er ihn betreut, selber betreuen (Ausnahmen bleiben vorbehalten).

Ausserdem ist der Vater berechtigt und verpflichtet, C._____ während der Hälfte der Schulferienwochen wochenweise auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen. Der Vater hat mindestens 2, maximal 3 zusammenhängende Ferienwochen in den Sommerferien von C._____ zu nehmen. Der Vater ist nicht berechtigt, in zwei aufeinanderfolgenden Jahren die Sommerferien mit C._____ während 3 Wochen zu verbringen.

Die Eltern sprechen sich über die Aufteilung der Ferien mindestens drei Monate im Voraus ab. Können sie sich nicht einigen, so kommt dem Vater in Jahren mit ungerader Jahreszahl das Entscheidungsrecht bezüglich der Aufteilung der Ferien zu; in Jahren mit gerader Jahreszahl der Mutter.

Weitergehende oder abweichende Wochenend-, Feiertags- oder Ferienkontakte auf einvernehmlicher Basis und unter Rücksichtnahme auf die Interessen und Bedürfnisse aller Familienmitglieder bleiben vorbehalten.

d) Obhut F._____

Die Eltern beantragen, es sei die Obhut für die Tochter F._____ für die Dauer des Getrenntlebens dem Vater zuzuteilen.

e) Persönlicher Verkehr F._____

Die Eltern und die Tochter einigen sich im direkten Gespräch über die Gestaltung des gegenseitigen Anspruchs der Tochter und der Mutter auf angemessenen persönlichen Verkehr. Auf die ausdrückliche Regelung des persönlichen Verkehrs wird in Anbetracht des Alters der Tochter verzichtet.

Die Eltern sind sich bewusst, dass der Kontakt zwischen Mutter und Tochter behutsam wieder aufgebaut werden muss. Sie wollen sich beide dafür einsetzen.

Die Eltern stimmen im Sinne eines Ziels überein, dass F._____ in der Regel den Donnerstagabend (nach dem Reittraining) sowie an den Wochenenden ungerader Kalenderwochen einen ganzen Tag (10.00 Uhr bis 18.00 Uhr) bei oder mit der Mutter verbringen sollte. In einem nächsten Schritt wird auch angestrebt, dass F._____ zukünftig auch ein ganzes Wochenende (Samstag, 10.00 Uhr, bis Sonntag, 18.00 Uhr), bei oder mit der Mutter verbringen sollte.

Weitergehende oder abweichende Wochenend-, Feiertags- oder Ferienkontakte auf einvernehmlicher Basis und unter Rücksichtnahme auf die Interessen und Bedürfnisse aller Familienmitglieder bleiben vorbehalten."

3. Dispositiv-Ziffer 3.4 des Urteils des Bezirksgerichts Uster vom 16. März 2017 (Geschäfts-Nr. EE160109-I) wird aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

'4. Kinderunterhalt

Die Parteien übernehmen diejenigen Kosten für die Kinder F._____ und C._____, die während der Zeit anfallen, die sie beim betreuenden Elternteil verbringen (insb. Verpflegung, Anteil Miete), jeweils selber.

Der Gesuchsteller wird verpflichtet, für C._____ ab 1. September 2017 einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 2'630.– (davon Fr. 1'583.– Betreuungsunterhalt) zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Familienzulagen zu bezahlen.

Der Unterhaltsbeitrag und die allfälligen Familienzulagen sind an die Gesuchsgegnerin zahlbar und zwar im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats.

Die Zahlungsmodalitäten gelten bis zur Volljährigkeit von C._____ bzw. bis zum Abschluss einer angemessenen Erstausbildung auch über die Volljährigkeit hinaus, so-

lange er im Haushalt der Gesuchsgegnerin lebt und keine eigenen Ansprüche gegenüber dem Gesuchsteller stellt bzw. keinen anderen Zahlungsempfänger bezeichnet.

Die Gesuchsgegnerin verpflichtet sich, die regelmässig anfallenden Kinderkosten von C._____ (wie Alltagsbekleidung, Krankenkasse, Gesundheitskosten, Sport- und Musikkosten, Freizeitkurse, Sportbekleidung und -ausrüstung, Schulkosten, Kosten für den öffentlichen Verkehr, Handy, Taschengeld, etc.) zu bezahlen.

Es wird festgehalten, dass der Gesuchsteller ab 1. September 2017 keine Unterhaltsbeiträge für F._____ zu bezahlen hat. Ab diesem Zeitpunkt wäre die Gesuchsgegnerin unterhaltspflichtig. Mangels Leistungsfähigkeit der Gesuchsgegnerin hat diese jedoch keine Unterhaltsbeiträge für F._____ zu leisten.

Die Parteien übernehmen diejenigen Kosten für die Kinder C._____ und F._____, die während der Zeit anfallen, die sie beim betreuenden Elternteil verbringen (insb. Verpflegung, Anteil Miete, Ferienkosten), jeweils selber.

Ausserordentliche Kinderkosten (mehr als Fr. 200.– pro Ausgabeposition, z.B. Zahnarztkosten, ungedeckte Gesundheitskosten, Kosten für schulische Fördermassnahmen, etc.), denen beide Elternteile ausdrücklich zugestimmt haben, übernehmen die Parteien je zur Hälfte nach Vorlage der entsprechenden Rechnungen, soweit diese nicht von Dritten, insbesondere Versicherungen, finanziert werden. Kommt keine Einigung zustande, so trägt der veranlassende Elternteil die entsprechende Ausgabe einstweilen allein; die gerichtliche Geltendmachung der Kostenbeteiligung bleibt vorbehalten.'

4. In Abänderung von Dispositiv-Ziffer 3.5 lit. a des Urteils des Bezirksgerichts Uster vom 16. März 2017 (Geschäfts-Nr. EE160109-I) wird der Gesuchsteller für die Dauer des Getrenntlebens verpflichtet, für die Gesuchsgegnerin ab 1. September 2017 einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'520.– zu bezahlen.
Im Übrigen bleibt die Regelung unverändert.
5. In Abänderung von Dispositiv-Ziffer 3.7 des Urteils des Bezirksgerichts Uster vom 16. März 2017 (Geschäfts-Nr. EE160109-I) liegen diesem Entscheid die folgenden finanziellen Verhältnisse zugrunde:

Einkommensverhältnisse		
Gesuchsteller		Fr. 12'200.–
Gesuchsgegnerin		Fr. 1'590.–
F._____	Familienzulagen	Fr. 250.–
C._____	Familienzulagen	Fr. 250.–

Bedarfszahlen		
Gesuchsteller		Fr. 4'041.–
Gesuchsgegnerin		Fr. 3'878.10
F. _____	Barbedarf bei Gesuchsteller	Fr. 1'780.–
	Barbedarf bei Gesuchsgegnerin	Fr. 0.–
	Anspruch aus Betreuungsunterhalt	Fr. 0.–
C. _____	Barbedarf bei Gesuchsteller	Fr. 838.–
	Barbedarf bei Gesuchsgegnerin	Fr. 1'021.20
	Anspruch aus Betreuungsunterhalt	Fr. 1'583.–

Die Parteien verfügen nicht über für die Unterhaltsberechnung relevante Vermögenswerte.

6. Auf Ziff. 7 der am 17. September 2018 gestellten Rechtsbegehren des Gesuchstellers wird nicht eingetreten.
7. Auf die am 10. Dezember 2018 gestellten Rechtsbegehren des Gesuchstellers wird nicht eingetreten.
8. Auf die am 16. Januar 2019 gestellten Rechtsbegehren der Gesuchsgegnerin wird nicht eingetreten.
9. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 6'000.00; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. 1'875.00 Dolmetscherkosten.
10. Die Gerichtskosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt. Der Anteil der Gesuchsgegnerin wird infolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Gesuchs-

gegnerin wird ausdrücklich auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.

11. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
12. (Mitteilung)
13. (Berufung)

Berufungsanträge:

des Berufungsklägers (Urk. 142 S. 2):

- "1. Es seien Dispositiv Ziffer 6 und 7 (hinsichtlich Rechtsbegehren Ziff. 7 der Novenstellungnahme vom 10. Dezember 2018) des Urteils des Bezirksgerichts Uster vom 22. Februar 2019 aufzuheben und es seien an die Unterhaltspflicht des Gesuchstellers bzw. Berufungsklägers vom 1. September 2017 bis zum 31. Dezember 2018 die bereits geleisteten Zahlungen im Umfang CHF 57'098.80 anzurechnen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. Mehrwertsteuer) zu Lasten der Berufungsbeklagten."

der Berufungsbeklagten (Urk. 162 S. 2):

- "1. Es sei die Berufung vollumfänglich abzuweisen.
2. Es sei der Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagten auch im Rechtsmittelverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gemäss Art. 119 Abs. 1 ZPO zu gewähren und ihr in der Person der Unterzeichneten eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich gesetzliche Mehrwertsteuer zu Lasten des Gesuchstellers und Berufungsklägers."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind verheiratet und Eltern der Kinder F._____, geboren am tt.mm.2003, und C._____, geboren am tt.mm.2005. Mit Urteil vom 16. März 2017 berechnete das Bezirksgericht Uster die Parteien zum Getrenntleben (Urk. 7/72 Dispositiv-Ziffer 1), belass die Kinder unter der gemeinsamen Obhut der Parteien (Dispositiv-Ziffer 2), genehmigte eine von den Parteien am 13. März 2017 geschlossene Vereinbarung in Bezug auf die weiteren Kinderbelange und merkte die Vereinbarung im Übrigen vor (Dispositiv-Ziffer 3). Zudem wurden für beide Kinder Beistandschaften gemäss Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB angeordnet (Dispositiv-Ziffern 4 bis 6). In der Vereinbarung verpflichtete sich der Gesuchsteller und Berufungskläger (fortan: Gesuchsteller), monatliche Unterhaltsbeiträge für die Tochter F._____ von Fr. 1'920.– (davon Fr. 856.– als Betreuungsunterhalt) und für den Sohn C._____ von Fr. 1'980.– (davon Fr. 856.– als Betreuungsunterhalt), je rückwirkend ab dem 1. Februar 2016, zu bezahlen (Urk. 7/72 Dispositiv-Ziffer 3.4.). Weiter verpflichtete sich der Gesuchsteller, der Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagten (fortan: Gesuchsgegnerin) für die Dauer des Getrenntlebens monatliche Ehegattenunterhaltsbeiträge von Fr. 1'580.– zu bezahlen, ebenfalls rückwirkend ab dem 1. Februar 2016 (Dispositiv-Ziffer 3.5. lit. a). Zudem wurden eine Mehrverdienstklausel vereinbart (Dispositiv-Ziffer 3.5. lit. b), bereits geleistete Unterhaltszahlungen des Gesuchstellers angerechnet sowie für ausstehende Unterhaltsschulden von Fr. 37'000.– eine Abzahlungsregelung abgemacht (eine Rate à Fr. 10'000.– bis spätestens 1. Mai 2017 und 27 Raten à Fr. 1'000.– ab 1. Oktober 2017, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats; Dispositiv-Ziffer 3.6.). Mit Eingabe datierend vom 4. September 2017 gelangte der Gesuchsteller an die Vorinstanz und ersuchte um Abänderung der Eheschutzmassnahmen und stellte im weiteren Verlauf des vorinstanzlichen Verfahrens schliesslich eingangs wiedergegebene Rechtsbegehren (Urk. 1, 2 und 118). Betreffend den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 143 S. 10 bis 13). Die Vorinstanz fällte am 22. Februar 2019 das eingangs wiedergegebene Urteil (Urk. 135 = Urk. 143).

2. Gegen dieses Urteil erhob der Gesuchsteller am 1. April 2019 innert Frist Berufung, wobei er die oben angeführten Anträge stellte (Urk. 142 S. 2). Mit Verfügung vom 11. April 2019 wurde der Gesuchsgegnerin Frist angesetzt, um zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung Stellung zu nehmen (Urk. 149 Dispositiv-Ziffer 1); dem Gesuchsteller wurde Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses angesetzt (Dispositiv-Ziffer 4). Nach Eingang der Stellungnahme der Gesuchsgegnerin vom 25. April 2019 (Urk. 150) sowie des Gerichtskostenvorschusses (Urk. 151) wurde der Berufung des Gesuchstellers mit Verfügung vom 24. Mai 2019 im beantragten Umfang von Fr. 57'098.80 die aufschiebende Wirkung gewährt (Urk. 155 Dispositiv-Ziffer 1). Nach Vorlage einer rechtsgenügenden, auf Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____ lautenden Vollmacht der Gesuchsgegnerin (Urk. 160) wurde dieser mit Verfügung vom 12. Juni 2019 Frist zur Berufungsantwort angesetzt (Urk. 161). Die Berufungsantwort datiert vom 24. Juni 2019 (Urk. 162) und wurde dem Gesuchsteller mit Verfügung vom 25. Juni 2019 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 163). Mit Eingabe vom 3. Juli 2019 machte der Gesuchsteller von seinem Replikrecht Gebrauch (Urk. 164). Seine Stellungnahme wurde der Gesuchsgegnerin am 11. Juli 2019 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 165). Es erfolgten keine weiteren Eingaben. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II.

1. 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 hinsichtlich dessen Dispositiv-Ziffern 1, 2, 4, 5 sowie 8 bis 11 am 2. April 2019 in Rechtskraft erwachsen (vgl. Urk. 136). Aufgrund einer Berichtigungsverfügung vom 18. April 2019 erwuchs die Dispositiv-Ziffer 3 erst am 7. Mai 2019 in Rechtskraft (Urk. 140 f.). Die Rechtskraft der unangefochtenen Dispositiv-Ziffern ist vorzumerken.

2. Vorliegend stellt sich die Frage, ob die Vorinstanz zu Recht oder zu Unrecht feststellte, der vom Gesuchsteller anlässlich der Fortsetzung der Hauptverhandlung vom 17. September 2018 gestellte Antrag auf Feststellung der aus-

stehenden Unterhaltsschuld (Urk. 102 S. 3) sei verspätet und auf den mit Eingabe vom 10. Dezember 2018 gestellten Antrag auf Anrechnung bereits geleisteter Unterhaltsbeiträge (Urk. 118 S. 3) sei mangels Zuständigkeit nicht einzutreten, oder ob die bereits bezahlten Beträge an die rückwirkend geschuldeten Unterhaltsbeiträge anzurechnen sind (Urk. 143 S. 15 f.). Die Parteien sind diesbezüglich gegensätzlicher Ansicht: Der Gesuchsteller spricht sich dafür aus, dass bei einer rückwirkenden Verpflichtung zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen bereits erbrachte Zahlungen anzurechnen seien und der Unterhaltsschuldner nicht zu Zahlungen von Unterhalt verpflichtet werden dürfe, die bereits geleistet worden seien. Im Umfang der bereits erbrachten Leistungen sei die entsprechende Verpflichtung untergegangen und dürfe der Unterhaltsschuldner nicht zur abermaligen Leistung verpflichtet werden (Urk. 142 S. 4 ff.). Dagegen hält die Gesuchsgegnerin mit der Vorinstanz dafür, dass der Antrag verspätet gestellt worden sei und – da das Scheidungsverfahren bereits hängig sei – im Rahmen vorsorglicher Massnahmen vorgebracht werden könne. Sodann fehle es am notwendigen Feststellungsinteresse (Urk. 162 S. 2 ff.).

3.1. Im Eheschutzverfahren stellt das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 272 ZPO). Soweit der Untersuchungsgrundsatz gilt, können neue Tatsachen und Beweismittel (echte und unechte Noven) im ordentlichen Verfahren noch bis zur Urteilsberatung vorgetragen werden und sind sie auch zu berücksichtigen (Art. 229 Abs. 3 ZPO). Art. 229 Abs. 3 ZPO gilt analog auch für das (summarische) Eheschutzverfahren (vgl. hierzu BK ZPO-Killias, Art. 229 N 22 f. und BK ZPO-Spycher, Art. 272 N 7, mit Hinweis auf die Botschaft; Pahud, DIKE-Komm-ZPO, Art. 229 N 23). Sodann zeichnet sich die im Eheschutzverfahren geltende beschränkte Untersuchungsmaxime gerade dadurch aus, dass Tatsachen, die von keiner Partei behauptet wurden, berücksichtigt und Beweise, welche keine Partei beantragt hat, abgenommen werden können (BK ZPO-Spycher, Art. 272 N 3; *OGer ZH LE160021 vom 23.10.2016, E. II./B./4.4.*).

3.2. In Anwendung des soeben Ausgeführten kann der Vorinstanz nicht gefolgt werden, wonach das Begehren des Gesuchstellers vom 17. September 2018 auf Feststellung der ausstehenden Unterhaltsschuld verspätet sei (Urk. 143

S. 16). Neben dem Umstand, dass im Eheschutzverfahren gemäss dem soeben Ausgeführten der beschränkte Untersuchungsgrundsatz gilt, ist vorliegend auch Kinderunterhalt strittig, für den gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO sogar der strenge Untersuchungsgrundsatz zur Anwendung gelangt (vgl. Urk. 142 S. 8). Im Ergebnis können selbst unechte Noven bis zur Urteilsberatung vorgebracht werden und sind sie zu berücksichtigen (vgl. BGE 144 III 349 E. 4.2.1.). Obwohl die Untersuchungsmaxime in erster Linie dem Interesse des Kindes dient, muss sie auch dem Schuldner der Unterhaltsbeiträge zugute kommen (BGE 128 III 411 E. 3.2.1.; damit braucht auf die Frage, inwieweit die Vorinstanz den anlässlich der ersten Verhandlung nicht anwaltlich vertretenen Gesuchsteller diesbezüglich mittels richterlicher Fragepflicht hätte unterstützen müssen, nicht eingegangen zu werden; vgl. Urk. 142 S. 8).

4.1. Zwar kann der Antrag des Gesuchstellers vom 17. September 2018, wonach in Abänderung von Dispositiv-Ziffer 3.6 des Eheschutzurteils festzuhalten sei, dass sich die vom 1. Februar 2016 bis zum 30. September 2018 ausstehende Unterhaltsschuld auf Fr. 3'600.– belaufe (Urk. 102 S. 3 Ziff. 7), für sich alleine missverstanden werden. Mit Blick auf die Begründung (Urk. 102 S. 22) wird jedoch klar, dass es ihm bereits damals um die Anrechenbarkeit der bereits geleisteten Unterhaltsbeiträge ging. Damit ist der Einwand der Gesuchsgegnerin, dem Gesuchsteller fehle ein Feststellungsinteresse, nicht zutreffend. Vorliegend geht es um die Frage, inwiefern jemand zu einer Leistung verpflichtet werden kann, die er bereits getilgt hat.

4.2. Bei einer rückwirkenden Verpflichtung zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen sind die tatsächlich bereits erbrachten Unterhaltsleistungen zu berücksichtigen bzw. anzurechnen (ZK-Bräm, Art. 163 ZGB N 150; BK-Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 173 ZGB N 23; ZR 107 Nr. 60). Das Eheschutzgericht darf den Unterhaltsschuldner nicht zur Zahlung einer zur Zeit der Festsetzung der Unterhaltsbeiträge bereits erfüllten Schuld verpflichten, da ein allfälliger Anspruch des Unterhaltsgläubigers im Umfang der bereits erfolgten Leistung untergegangen ist. Wird der Unterhaltsschuldner unter Vorbehalt von bereits beglichenen Unterhaltsleistungen zu rückwirkenden Unterhaltszahlungen verpflichtet, ohne dass aus

dem Eheschutzurteil hervorgeht, welche Unterhaltszahlungen bereits geleistet wurden, kann mangels einer klaren Zahlungsverpflichtung gestützt auf dieses Urteil in einem allfälligen Vollstreckungsverfahren keine definitive Rechtsöffnung erteilt werden. Der Vollstreckungsrichter hat davon auszugehen, dass die gerichtlich bezifferte Verpflichtung zur Zeit ihrer Festsetzung bestanden hat und dass dabei sämtliche Einwendungen gegen diese Verpflichtung berücksichtigt und bereinigt worden sind. Somit hat er Behauptungen betreffend die Tilgung einer auf einem vollstreckbaren gerichtlichen Urteil beruhenden Forderung nur soweit zu beachten, als die Schuld *seit* Erlass des Urteils getilgt worden ist (Art. 81 Abs. 1 SchKG). Sämtliche vor Erlass des Eheschutzurteils behaupteten Tilgungen sind demgegenüber (entgegen der Gesuchsgegnerin, Urk. 162 S. 2 f.) vom Eheschutzgericht zu berücksichtigen. Wenn somit ein Unterhaltsschuldner behauptet, der Unterhaltsgläubigerin seit der Trennung der Ehegatten bereits Unterhaltsleistungen bezahlt zu haben, dann ist es notwendig, dass das Eheschutzgericht über die Beträge entscheidet, die an die ausstehende Schuld angerechnet werden können, und zwar gestützt auf die Behauptungen und die im Verfahren offerierten Beweise (ZR 107 Nr. 60, E. II.2.4; BGE 135 III 315 E. 2.5; BGE 138 III 583 E. 6.1.1).

5.1. Es geht vorliegend nicht um die Frage der Zuständigkeit (immerhin hat das mit der Abänderung befasste Eheschutzgericht die neuen Unterhaltsbeiträge unbefristet zugesprochen), sondern um die Frage, ob die nach Einleitung des Scheidungsverfahrens im Eheschutzverfahren für die Festsetzung des Unterhalts geltende Rechtsprechung, wonach lediglich Tatsachen bis zum Zeitpunkt der Einleitung des Scheidungsverfahrens berücksichtigt werden dürfen, mit Blick auf die Vollstreckung auch für die Frage der Anrechnung bereits geleisteter, rückwirkend geschuldeter Unterhaltsbeiträge zu gelten hat. Hintergrund dieser novenrechtlichen Fragestellung ist der folgende: Die Kinder C. _____ und F. _____ lebten bis im Sommer 2017 unter der geteilten Obhut der Parteien. Seit Sommer 2017 wohnt F. _____ ausschliesslich beim Gesuchsteller, worauf dieser am 5. September 2017 das vorliegende Abänderungsverfahren (Eheschutz) anstrebte (Urk. 1 f.). Am 2. Februar 2018 machte der Gesuchsteller zudem die Scheidungsklage vor Vorinstanz anhängig (vorinstanzliche Geschäfts-Nr.:

FE180035-I; Urk. 7/1 im Berufungsverfahren mit der Geschäfts-Nr. LY190026). Seit Herbst 2018 lebt auch C. _____ beim Vater. Infolgedessen stellte der Gesuchsteller am 10. Dezember 2018 im Scheidungsverfahren ein Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen. Er machte geltend, es sei unklar, ob das Gericht, welches mit der Abänderung des Eheschutzurteils befasst sei, Noven auch über die Einreichung der Scheidung hinaus berücksichtigen werde. Damit ihm aufgrund der unklaren Rechtslage keine Rechtsnachteile entstünden, sehe er sich gezwungen, die seit Einreichung der Scheidungsklage ergangenen Noven nicht nur im Verfahren betreffend Abänderung des Eheschutzurteils einzubringen, sondern auch beim Scheidungsgericht um Erlass vorsorglicher Massnahmen zu ersuchen. Sollte das Gericht die Noven im Abänderungsverfahren als zulässig erachten, so könne das Massnahmenbegehren voraussichtlich zurückgezogen werden (Urk. 7/66 S. 4 f. in der Geschäfts-Nr. LY190026).

5.2. Die Vorinstanz handelte die wesentliche Sachverhaltsänderung im Hinblick auf F. _____ im vorliegenden Verfahren ab und hielt fest, die weitere vorgebrachte Sachverhaltsänderung im Hinblick auf C. _____ werde im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren beurteilt (Urk. 143 S. 15). Dieses Vorgehen blieb unbeanstandet. Deshalb braucht vorliegend nicht beurteilt zu werden, ob an der von der Vorinstanz zitierten Rechtsprechung der urteilenden Kammer, wonach Tatsachen, die sich erst nach Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens ereignen bzw. erst in einem Zeitpunkt danach wirksam werden, nicht mehr in die materielle Beurteilung der Eheschutzmassnahmen einfliessen dürfen (weshalb für die Berücksichtigung solcher Tatsachen das Massnahmegesicht in der Scheidung anzurufen ist), festzuhalten ist (Urk. 143 S. 14 unter Verweis auf *OGer ZH LE170039 vom 14.03.2018, E. II.A.3.1.*). Solange kein Kompetenzkonflikt (vgl. ebenda, *E. II.A.3.2.*) besteht – und ein solcher bestand vorliegend bis zum 10. Dezember 2018 nicht –, erscheint die Rechtsprechung überdenkenswert (vgl. *BGer 5A_316/2018 vom 5. März 2019, E. 3*; vgl. *KGer SG FS.2018.25 vom 20. Juni 2019, E. 3b*). Das Massnahmegesicht kann jedenfalls im Scheidungsverfahren die Abänderung der Unterhaltsbeiträge grundsätzlich frühestens auf den Zeitpunkt der Gesuchseinreichung, d.h. vorliegend auf den 10. Dezember 2018, zurückbeziehen (Urk. 164 S. 3; *BGer 5A_501/2015 vom*

12. Januar 2016, E. 4.1.; BGer 5A_274/2015 vom 25. August 2015, E. 3.5; Zogg, "Vorsorgliche" Unterhaltszahlungen im Familienrecht, in: FamPra.ch 2018 S. 47, 58). So hielt die Vorinstanz im Massnahmeentscheid denn auch fest, dass die Unterhaltsbeiträge ab dem 10. Dezember 2018 anzupassen seien, wobei es sich aus Praktikabilitätsgründen rechtfertige, den 1. Dezember 2018 als Stichtag zu verwenden (Urk. 7/112 S. 16 in der Geschäfts-Nr. LY190026). Die Vorinstanz merkte im Massnahmeverfahren vor, dass der Gesuchsteller seit 1. Dezember 2018 (eigentlich: seit 10. Dezember 2018) folgende Unterhaltszahlungen an die Gesuchsgegnerin geleistet hat: je Fr. 4'330.– am 31. Dezember 2018, 1. Februar 2019, 1. März 2019 und 1. April 2019 (Urk. 7/112 S. 36 in der Geschäfts-Nr. LY190026, Dispositiv-Ziffer 7).

5.3. Soweit dem Eheschutzgericht die Kompetenz zusteht, Unterhaltsbeiträge auch für die Zeit nach Einleitung des Scheidungsverfahrens zuzusprechen, muss es auch in seine Kompetenz fallen, über die während dieser Zeit bereits geleisteten Unterhaltszahlungen zu befinden (vgl. Urk. 164 S. 3). Vorliegend verlangt der Gesuchsteller die Berücksichtigung von Unterhaltszahlungen ab dem 31. August 2017 bis am 3. Dezember 2018 im Gesamtbetrag von Fr. 57'098.80 (Urk. 142 S. 6). Es kann nicht sein, dass Unterhaltsleistungen unbefristet zugesprochen werden und zugleich bei den anzurechnenden Zahlungen die zeitliche Novenschranke der Scheidungseinleitung gelten soll mit dem Ergebnis, dass nur Zahlungen angerechnet werden könnten, die vor Anhebung der Scheidung erfolgten (vgl. Urk. 164 S. 4). Wie bereits erwähnt, wurden im Massnahmeverfahren nur die ab dem 10. Dezember 2018 geleisteten Unterhaltsbeiträge angerechnet. Damit würde der Gesuchsteller für die zwischen dem 2. Februar bis 10. Dezember 2018 geleisteten Unterhaltszahlungen "zwischen Stuhl und Bank fallen", da sie der Vollstreckungsrichter (wie in E. 4.2. erwähnt) nicht mehr berücksichtigen dürfte. Die vom 31. August 2017 bis 2. Februar 2018 – mithin vor Einleitung des Scheidungsverfahrens – bezahlten Unterhaltsbeiträge wären sowieso anzurechnen gewesen.

6.1. Die vom Gesuchsteller belegten Zahlungen (Urk. 103/11 und 119/14) werden von der Gesuchsgegnerin nicht bestritten. Vielmehr anerkennt sie implizit,

dass der Gesuchsteller vom 31. August 2017 bis 10. Dezember 2018 Unterhaltszahlungen von total Fr. 57'098.80 leistete, und macht nicht geltend, dass es sich dabei um Unterhaltszahlungen für andere Perioden handle (Urk. 162 S. 3 und Urk. 164 S. 3). Aus den bei den Überweisungen angegebenen Zahlungszwecken ergibt sich zudem entweder der Monat, für den die Unterhaltszahlungen geleistet wurden ("Unterhaltszahlung Februar 2018", analoges für März, April und September 2018), oder dass es sich um die monatlichen Unterhaltszahlungen handelte ("Monatli. Unterhaltszahlung" bzw. "Monatliche Unterhaltszahlung" (Urk. 103/11 und 119/14; vgl. Urk. 142 S. 9 f.). Zwar hat der Gesuchsteller gemäss (originärer) Eheschutzvereinbarung noch ausstehende Abzahlungsverpflichtungen. Hat der Schuldner jedoch mehrere Schulden an denselben Gläubiger zu bezahlen, so ist er berechtigt, bei der Zahlung zu erklären, welche Schuld er tilgen will (Art. 86 Abs. 1 OR). Dies hat der Gesuchsteller mit den eben erwähnten Zahlungsbefehlen getan. Er ist damit seinen jeweils aktuellen Zahlungsverpflichtungen nachgekommen.

6.2. Schliesslich macht die Gesuchsgegnerin geltend, bei Beilage 4 (gemeint ist Urk. 146/3), welche Zahlungen im Betrag von Fr. 57'098.80 an sie belege, handle es sich um einen Gesamtbetrag. Es werde nicht aufgeschlüsselt, welcher Teil auf C._____ als Bar- und Betreuungsunterhalt und welcher Betrag auf den persönlichen Unterhaltsbeitrag der Gesuchsgegnerin anzurechnen sei. Der Antrag sei daher unbestimmt und damit abzuweisen bzw. es sei mangels Bestimmtheit darauf nicht einzutreten (Urk. 162 S. 3 f.). Dieser Einwand verfährt nicht. Der Gesuchsteller musste seine Unterhaltszahlungen nicht in solche für C._____ und solche für die Gesuchsgegnerin aufschlüsseln. Einerseits macht er zu Recht geltend, bis zum Entscheid der Vorinstanz über die rückwirkend festgesetzten (gemeint: abgeänderten) Unterhaltsbeiträge habe er noch gar nicht gewusst, wie hoch der Kinder- bzw. der Ehegattenunterhalt ausfallen würde (Urk. 164 S. 4). Andererseits ergibt sich die Reihenfolge der Unterhaltsverpflichtungen aus dem Gesetz. Die Unterhaltspflicht gegenüber dem minderjährigen Kind geht den anderen familienrechtlichen Unterhaltspflichten vor (Art. 276a Abs. 1 ZGB). Beim Kinderunterhalt wiederum geht der Bar- dem Betreuungsunterhalt vor (BSK ZGB I-Fountoulakis, Art. 276a N 6 mit Hinweisen). Es ist somit

klar, wie die Zahlungen des Gesuchstellers auf seine Unterhaltsverpflichtungen anzurechnen sind.

7. Die Vorinstanz sprach im angefochtenen Entscheid die Unterhaltsbeiträge unbefristet zu. Der Gesuchsteller fordert in seiner vorliegenden Berufung vom 1. April 2019, es seien an seine Unterhaltspflicht vom 1. September 2017 bis zum 31. Dezember 2018 die bereits geleisteten Zahlungen im Umfang Fr. 57'098.80 anzurechnen (Urk. 142 S. 2 und S. 6). Die von der Vorinstanz im Massnahmeentscheid vorgemerkten Unterhaltszahlungen betreffen die Unterhaltsschulden ab dem 1. Januar 2019 (die Zahlung vom 31. Dezember 2018 betrifft den Januar 2019). Der Gesuchsteller wusste im Zeitpunkt der Berufungserhebung noch nicht, ab welchem Zeitpunkt das Massnahmegericht die Unterhaltsbeiträge für C._____ abändern würde. Der Kompetenzkonflikt bestand ab dem 10. Dezember 2018. In diesem Zeitpunkt war der Unterhaltsbeitrag für Dezember 2018 bereits fällig und vom Gesuchsteller am 3. Dezember 2018 bezahlt worden. Damit ist die Anrechnung für die Unterhaltsdauer bis 31. Dezember 2018 (wobei die Pflicht zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen für C._____ gemäss Massnahmeentscheid vom 20. Mai 2019 nur bis 30. November 2018 dauerte) vorzunehmen. Der Gesuchsteller schuldet gemäss dem vorliegend angefochtenen Urteil und dem Massnahmeentscheid vom 20. Mai 2019 (Dispositiv-Ziffer 5, Urk. 7/112 in der Geschäfts-Nr. LY190026) für die Zeit vom 1. September 2017 bis 30. November 2018 für C._____ Unterhaltsbeiträge von insgesamt Fr. 43'200.- ([15 x Fr. 2'630.- = Fr. 39'450.-] + [15 x Fr. 250.- Familienzulagen = Fr. 3'750.-]). Die Familienzulagen werden nach wie vor vom Gesuchsteller bezogen (Urk. 21/25-45; Urk. 105/4 in der Geschäfts-Nr. LY190026) und waren damit zusätzlich geschuldet. Damit ist festzuhalten, dass der Gesuchsteller den rückwirkend zu zahlenden Kindesunterhalt für C._____ gemäss Dispositiv-Ziffer 3 des angefochtenen erstinstanzlichen Urteils für die Zeit vom 1. September 2017 bis 30. November 2018 bereits vollumfänglich beglichen hat. Weiter ist festzuhalten, dass er den rückwirkend zu zahlenden Ehegattenunterhalt gemäss Dispositiv-Ziffer 4 des angefochtenen erstinstanzlichen Urteils für die Zeit vom 1. September 2017 bis 31. Dezember 2018 bereits im Umfang von Fr. 13'898.80 beglichen hat.

III.

1.1. Die Gesuchsgegnerin ersucht für das Rechtsmittelverfahren um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____ (Urk. 150 S. 2). Zur Begründung führt die Gesuchsgegnerin an, dass sie gemäss angefochtenem Entscheid der Vorinstanz (monatlich) Fr. 1'590.– verdiene. Ihr Armenrechtsgesuch sei sowohl im Abänderungs- als auch im Scheidungsverfahren gutgeheissen worden. An ihren finanziellen Verhältnissen habe sich seitdem nichts geändert. Daher sei ihr Armenrechtsgesuch auch im Rechtsmittelverfahren gutzuheissen (Urk. 162 S. 5).

1.2. Der Gesuchsteller machte daraufhin geltend, die Gesuchsgegnerin habe weder einen Antrag auf Prozesskostenvorschuss gestellt noch explizit dargelegt, weshalb sie auf einen solchen verzichtet habe. Daher sei ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung abzuweisen. Die Gesuchsgegnerin verfüge gemäss dem angefochtenen Entscheid der Vorinstanz denn auch über einen Überschussanteil von monatlich Fr. 819.70 (Urk. 143 E. 6.13.4) und sei somit nicht bedürftig (Urk. 164 S. 5).

1.3.1. Als bedürftig gilt, wer für die Kosten eines Prozesses nicht aufkommen kann, ohne die Mittel anzugreifen, derer er zur Deckung des notwendigen Lebensunterhalts für sich und seine Familie bedarf, wobei die gesamte wirtschaftliche Situation, d.h. einerseits sämtliche finanziellen Verpflichtungen und andererseits die Einkünfte sowie die Vermögenssituation des Gesuchstellers zu berücksichtigen sind (BK ZPO I-Bühler, Art. 117 N 6 m.H.). In zeitlicher Hinsicht ist die wirtschaftliche Situation des Gesuchstellers im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs massgeblich. Steht aber fest, dass der Gesuchsteller im Zeitpunkt des Entscheids nicht bzw. nicht mehr bedürftig ist, kann auf diese Verhältnisse abgestellt werden. Dies ergibt sich aus Art. 123 ZPO, wonach die Partei zur Nachzahlung verpflichtet ist, sobald sie "dazu in der Lage ist" (BGer 5A_124/2012 vom 28. März 2012, E. 3.3). Soweit die finanziellen Mittel des Gesuchstellers den Betrag überschreiten, dessen er zur Deckung seiner persönlichen Bedürfnisse bedarf, ist dieser Überschuss mit den voraussichtlichen Kosten des Verfahrens in Beziehung zu setzen, für das um unentgeltliche Rechtspflege ersucht wird: Dabei

sollte der monatliche Überschuss es ihm ermöglichen, die Prozesskosten bei weniger aufwendigen Prozessen binnen eines Jahres, bei anderen binnen zweier Jahre zu tilgen (BGer 5A_810/2011 vom 7. Februar 2012, E. 2.3 m.H.; BGer 5A_849/2014 vom 30. März 2015, E. 2.2).

1.3.2. Nach der Rechtsprechung darf von einer anwaltlich vertretenen Partei verlangt werden, dass sie im Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ausdrücklich darlegt, weshalb ihrer Ansicht nach auf einen Prozesskostenvorschuss zu verzichten ist. Damit wird die Beachtung des Grundsatzes der Subsidiarität der unentgeltlichen Rechtspflege sichergestellt. Fehlt die entsprechende Begründung, kann das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ohne weiteres abgewiesen werden (BGer 5A_49/2017 vom 18. Juli 2017, E. 3.1. m.H.). Davon kann nur abgesehen werden, wenn im konkreten Fall die Mittellosigkeit des anderen Ehegatten gleichsam offensichtlich bzw. augenfällig ist, so dass es einem überspitzten Formalismus gleichkäme, eine formale Erörterung der Aussichtslosigkeit eines Prozesskostenvorschussgesuches zu verlangen (BGer 5A_244/2019 vom 15. April 2019, E. 4.).

1.4. Gemäss angefochtenem Entscheid führte der Gesuchsteller anlässlich der Verhandlung vor Vorinstanz vom 17. September 2018 aus, er könne keinen Prozesskostenbeitrag leisten (Urk. 143 S. 46 unter Verweis auf Prot. I S. 32). Die Vorinstanz wies das Gesuch der Gesuchsgegnerin, es sei der Gesuchsteller zu verpflichten, ihr einen angemessenen Prozesskostenbeitrag von einstweilen Fr. 15'000.– zu bezahlen, mangels Leistungsfähigkeit des Gesuchstellers ab (Urk. 143 S. 47 und S. 51). Vor diesem Hintergrund ist es vorliegend nicht zu beanstanden, wenn die Gesuchsgegnerin vor Berufungsinstanz darauf verzichtete, ein weiteres Mal ein Gesuch um einen Prozesskostenbeitrag zu stellen und zu begründen.

1.5. Obschon die Ausführungen der Gesuchsgegnerin zu ihren finanziellen Verhältnissen sehr rudimentär ausfallen, erscheint es vorliegend glaubhaft, dass sie nicht über nennenswertes, liquides Vermögen verfügt (Urk. 74; Urk. 143 Dispositiv-Ziffer 5 am Ende; Urk. 143 S. 48 und Urk. 44/10, 40/33-39). Was den vom Gesuchsteller erwähnten Überschuss anbelangt, ist es zwar zutreffend, dass die-

ser in dem der vorliegenden Berufung zugrunde liegenden Eheschutzurteil vom 22. Februar 2019 betreffend Abänderung des Urteils vom 16. März 2017 so festgehalten wurde (Urk. 143 S. 42). Jedoch betrifft dieses Urteil die Vergangenheit, wurde es doch mit Massnahmeentscheid vom 20. Mai 2019 erneut abgeändert, und der Gesuchsteller verpflichtet, der Gesuchsgegnerin ab dem 1. Dezember 2018 bis 31. Dezember 2019 monatliche Ehegattenunterhaltsbeiträge von Fr. 3'230.– und danach für die weitere Dauer des Getrenntlebens monatlich Fr. 1'910.– zu bezahlen (Urk. 7/112 Dispositiv-Ziffer 6 in der Geschäfts-Nr. LY190026). Der Gesuchsgegnerin würde gemäss Vorinstanz bis am 31. Dezember 2019 ein Freibetrag von monatlich Fr. 855.95 und danach von Fr. 1'295.95 pro Monat zur Verfügung stehen (Urk. 7/112 S. 31 in der Geschäfts-Nr. LY190026). Der zugesprochene Unterhalt ist jedoch Gegenstand eines Berufungsverfahrens, in welchem der Gesuchsteller der Gesuchsgegnerin noch bis zum 30. September 2019 monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 2'885.– zugesteht und den Ehegattenunterhalt danach aufgehoben wissen möchte (Urk. 1 S. 2). Da somit für die hier relevante Periode zweitinstanzlich noch nicht über die Unterhaltsbeiträge entschieden worden ist, kann auch kein genügender Überschuss zur Verneinung der Mittellosigkeit der Gesuchsgegnerin herangezogen werden. Gemäss aktuell geltender Unterhaltsregelung verfügt die Gesuchsgegnerin über ein Einkommen von monatlich Fr. 1'764.– (Urk. 7/112 Dispositiv-Ziffer 8 in der Geschäfts-Nr. LY190026). Damit ist ihre Mittellosigkeit glaubhaft gemacht und es ist ihr für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

2.1. Die Höhe der Gerichtsgebühr richtet sich für das Berufungsverfahren nach § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2, § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 2 lit. b der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG). Unter Berücksichtigung des tatsächlichen Streitinteresses, des Zeitaufwands des Gerichts und der Schwierigkeit des Falles erscheint eine Gerichtsgebühr von Fr. 3'000.– angemessen. Ausgangsgemäss sind die Kosten von der Gesuchsgegnerin zu tragen (Art. 106 Abs. 2 ZPO).

2.2. Entsprechend der Kostenverteilung ist die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, dem Gesuchsteller eine volle Parteientschädigung zu bezahlen. Die Parteientschädigung ist in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 3, § 11 und § 13 der Anwaltsgebührenverordnung vom 8. September 2010 (AnwGebV) auf Fr. 2'477.10 (Fr. 2'300.– zuzüglich 7,7 % MwSt.) festzusetzen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 22. Februar 2019 hinsichtlich der Dispositiv-Ziffern 1, 2, 4, 5 sowie 8 bis 11 am 2. April 2019 sowie hinsichtlich der Dispositiv-Ziffer 3 am 7. Mai 2019 in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Der Gesuchsgegnerin wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung gewährt, und es wird ihr in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
3. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung des Gesuchstellers werden die Dispositiv-Ziffern 6 und 7 (hinsichtlich Rechtsbegehren Ziffer 7 der Novenstellungnahme vom 10. Dezember 2018) des Urteils des Bezirksgerichtes Uster vom 22. Februar 2019 aufgehoben und wie folgt ersetzt:
 - "6. Es wird festgehalten, dass der Gesuchsteller den rückwirkend zu zahlenden Kindesunterhalt für C._____ gemäss Dispositiv-Ziffer 3 des angefochtenen erstinstanzlichen Urteils für die Dauer vom 1. September 2017 bis 30. November 2018 bereits vollumfänglich beglichen hat.
 7. Es wird festgehalten, dass der Gesuchsteller den rückwirkend zu zahlenden Ehegattenunterhalt gemäss Dispositiv-Ziffer 4 des angefochte-

nen erstinstanzlichen Urteils für die Dauer vom 1. September 2017 bis 31. Dezember 2018 bereits im Umfang von Fr. 13'898.80 beglichen hat."

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchsgegnerin auferlegt, jedoch zufolge der ihr gewährten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.
Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
4. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, dem Gesuchsteller eine Parteientschädigung von Fr. 2'477.10 zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

6. 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 beträgt Fr. 57'098.80.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 12. August 2019

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Iseli

versandt am:
am