

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE200006-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. M. Spahn und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würgler
sowie Gerichtsschreiber MLaw H. Schinz

Beschluss und Urteil vom 5. Juni 2020

in Sachen

A._____,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin PhD, lic. iur., LL.M. X._____,

gegen

B._____,

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Horgen vom 28. November 2019 (EE190071-F)**

Rechtsbegehren:

A. Gesuchstellerin (Urk. 1 S. 2):

- "1. Der gemeinsame eheliche Haushalt der Parteien sei auf unbestimmte Zeit aufzuheben.
2. Die eheliche Wohnung an der C.____-strasse ..., ... D.____ sei der Gesuchstellerin für die Dauer des Getrenntlebens samt Mobilien und Inventar zu alleinigem Nutzen und Gebrauch zuzuweisen.
3. Die gemeinsame Tochter, E.____, geb. tt. mm. 2003, sei unter die Obhut der Gesuchstellerin zu stellen.
4. Von der Festlegung eines konkreten Besuchsrechts sei angesichts des Alters der Tochter E.____ abzusehen.

Ein allfälliges Besuchs- und Ferienrecht sei zwischen den Parteien und der Tochter E.____ unter Berücksichtigung des Wohles und der Bedürfnisse von E.____ in gegenseitiger Absprache zu vereinbaren.

5. Der Gesuchsgegner habe der Gesuchstellerin folgende monatliche, ab Verfall zu je 5% verzinsliche und gerichtsüblich indexierte Unterhaltsbeiträge zu bezahlen:

- Barunterhalt für E.____ CHF 1'013.85;
- Für die Gesuchstellerin persönlich CHF 184.20.

Zuzüglich erhältlichlicher Kinder- bzw. Ausbildungszulagen.

Es wird vorbehalten, die Unterhaltsbeiträge nach Abschluss des Beweisverfahrens allenfalls anzupassen.

Falls der Gesuchsgegner Taggelder von der Arbeitslosenversicherung bezieht, habe er der Gesuchstellerin einen entsprechenden Teil der Taggelder als Unterhaltsbeiträge zu bezahlen.

Falls der Gesuchsgegner nicht bei der Arbeitslosenkasse angemeldet ist, habe er sich umgehend anzumelden.

6. Hinsichtlich des Güterstandes sei die Gütertrennung mit Wirkung ab Einreichung des Gesuchs anzuordnen.
7. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten des Gesuchsgegners."

B. Gesuchsgegner (Prot. VI S. 5 ff. sinngemäss):

1. Der gemeinsame eheliche Haushalt der Parteien sei auf unbestimmte Zeit aufzuheben.
2. Die eheliche Wohnung an der C.____-strasse ..., ... D.____ sei der Gesuchstellerin für die Dauer des Getrenntlebens samt Mobilien zu alleinigem Nutzen und Gebrauch zuzuweisen.

3. Die gemeinsame Tochter, E._____, geb. tt. mm. 2003, sei unter die Obhut der Gesuchstellerin zu stellen.
4. Von der Festlegung eines konkreten Besuchsrechts sei angesichts des Alters von E._____ abzusehen.
5. Die Gesuchstellerin habe dem Gesuchsgegner persönlich einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von CHF 1'500.– zu zahlen.
6. Hinsichtlich des Güterstandes sei die Gütertrennung mit Wirkung ab dem 1. Oktober 2019 anzuordnen.
7. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten derjenigen Person, welche die Vorladung bewirkt hat.

**Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Horgen vom 28. November 2019:**

1. Den Parteien wird das Getrenntleben bewilligt. Es wird vorgemerkt, dass die Parteien seit dem 13. August 2019 auf unbestimmte Zeit getrennt leben.
2. Die Tochter E._____, geboren am tt. mm. 2003, wird für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Gesuchstellerin gestellt.
3. Es wird die Gütertrennung mit Wirkung per 1. Oktober 2019 angeordnet.
4. Die Teilvereinbarung der Parteien vom 28. November 2019 wird genehmigt beziehungsweise vorgemerkt. Sie lautet wie folgt:

"1. Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes

Die Parteien stellen fest, dass sie seit 13. August 2019 getrennt leben. Sie vereinbaren, weiterhin auf unbestimmte Zeit getrennt zu leben.

2. Alleinige Obhut

Die Parteien beantragen, es sei die Obhut für die Tochter E._____, geboren am tt. mm. 2003 der Ehefrau zuzuteilen.

3. Betreuungsregelung

Auf eine ausdrückliche Betreuungsregelung wird in Anbetracht des Alters der Tochter verzichtet.

4. Familienwohnung, Mobiliar und Hausrat

Der Ehemann überlässt der Ehefrau die eheliche Wohnung (Adresse: C._____-strasse ..., ... D._____) samt Mobiliar und Hausrat zur alleinigen Benützung.

5. Gütertrennung

Die Parteien beantragen dem Gericht gemeinsam, es sei per 1. Oktober 2019 der Güterstand der Gütertrennung anzuordnen.

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Parteien übernehmen die Kosten des unbegründeten Teilvergleichs je zur Hälfte. Verlangt eine Partei die Begründung des Teilvergleichs, so trägt sie die entfallende Reduktion der Gebühr von einem Drittel."

5. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner ab Rechtskraft des Urteils für die Dauer des Getrenntlebens für sich persönlich monatliche Unterhaltsbeiträge in der Höhe von CHF 1'500.– zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.
6. Die Entscheidgebühr (Pauschalgebühr) wird festgesetzt auf:
CHF 3'200.–; die weiteren Auslagen betragen:
CHF 435.– Dolmetscherkosten
CHF. 3'635.– Total
7. Die Gerichtskosten werden zu drei Fünftel (CHF 2'181.–) der Gesuchstellerin und zu zwei Fünftel (CHF 1'454.–) dem Gesuchsgegner auferlegt, jedoch zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung im Sinne von Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
8. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
9. (Mitteilung)
10. (Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

A. Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (Urk. 21 S. 2):

- " 1. Dispositiv Ziffer 5 des Urteils vom 28. November 2019 des Bezirksgerichts Horgen (Geschäfts-Nr. EE190071-F) sei aufzuheben und der Berufungsbeklagte habe der Berufungsklägerin ange-

messene, mindestens aber folgende monatliche, ab Verfall zu je 5% verzinsliche und gerichtsüblich indexierte Unterhaltsbeiträge zu bezahlen:

- Barunterhalt für E. _____ CHF 406.85;
- Für die Berufungsklägerin persönlich CHF 184.20.

Zuzüglich erhältlicher Kinder- bzw. Ausbildungszulagen.

2. Eventualiter sei Dispositiv Ziffer 5 des Urteils vom 28. November 2019 des Bezirksgerichts Horgen (Geschäfts-Nr. EE190071-F) aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Der Berufung sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten des Berufungsbeklagten."

Prozessuale Anträge (Urk. 21 S. 3):

- " 1. Der Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, der Berufungsklägerin einen vorläufigen Prozesskostenbeitrag (für Gerichtskosten und Anwaltskosten) in der Höhe von CHF 5'000 zu bezahlen.
2. Eventualiter sei der Berufungsklägerin die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und es sei ihr Rechtsanwältin Dr. X. _____, Wildeisen Anwaltskanzlei, als unentgeltliche Rechtsbeiständin zur Seite zu stellen."

B. Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter:

Erwägungen:

A. Prozessgeschichte

1. Die Parteien haben am tt. Juli 2014 zum zweiten Mal geheiratet und sind Eltern der gemeinsamen Tochter E. _____, geboren am tt. mm. 2003 (Urk. 3/1). Seit dem 13. August 2019 leben die Ehegatten getrennt (Urk. 22 S. 27). Mit Eingabe vom 1. Oktober 2019 machte die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (nachfolgend: Gesuchstellerin) das vorliegende Eheschutzverfahren bei der Vorinstanz anhängig (Urk. 1). Der weitere Prozessverlauf kann den Erwägungen des eingangs wiedergegebenen und am 28. November 2019 ergangenen erstinstanzlichen Entscheids entnommen werden (Urk. 22 S. 4 f.).

2. Mit Eingabe vom 27. Januar 2020 erhob die Gesuchstellerin fristgerecht Berufung mit den vorstehend aufgeführten Anträgen (Urk. 20/1 und Urk. 21). Nachdem sich der Gesuchsgegner innert der mit Verfügung vom 17. Februar 2020 (Urk. 26) angesetzten Frist zur Stellungnahme zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung nicht vernehmen liess, wurde der Berufung mit Verfügung vom 3. März 2020 die aufschiebende Wirkung erteilt (Urk. 27). Die dem Gesuchsgegner mit Verfügung vom 9. März 2020 angesetzte Frist zur Erstattung der Berufungsantwort verstrich ungenutzt (Urk. 28).

3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-20). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

B. Prozessuales

1. Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens ist einzig die Dispositivziffer 5 des angefochtenen Entscheids. Die Dispositivziffern 1-4 und 6 blieben unangefochten, weshalb sie in Rechtskraft erwachsen sind (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Dies ist vorzumerken. Gestützt auf Art. 318 Abs. 3 ZPO gilt dies nicht für das erstinstanzliche Kostendispositiv.

2. Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1).

3. In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintretensvoraussetzung) voraus, dass der Gesuchsgegner die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anfecht, sich argumentativ mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweise auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus

welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 mit weiteren Hinweisen). Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Berufungsverfahren eine Relativierung (BK ZPO-Hurni, Art. 57 N 21 und N 39 ff.; Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 57 N 22). Ungeachtet dessen ist die Berufungsinstanz bei der Rechtsanwendung weder an die in der Parteieingabe geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden (BGer 2C_124/2013 vom 25. November 2013, E. 2.2.2; Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm et al., ZPO-Komm., Art. 318 N 21; Seiler, Die Berufung nach ZPO, 2013, § 17 N 1507).

4. Die dargelegten Anforderungen an die Begründung einer Berufung gelten sinngemäss auch für die Berufungsantwort (BGer 4A_580/2015 vom 11. April 2016, E. 2.2, nicht publiziert in BGE 142 III 271). Die in vorliegendem Verfahren ausgebliebene Berufungsantwort hat entsprechend dem Hinweis in der Verfügung vom 9. März 2020 (Urk. 28) zur Folge, dass das Verfahren ohne sie fortgesetzt wird (Art. 147 Abs. 2 ZPO). Es kann indes keine stillschweigende Anerkennung der Berufungsanträge unterstellt werden. Die vor erster Instanz rechtmässig eingebrachten Parteivorbringen bleiben vielmehr im Berufungsverfahren beachtlich (BK ZPO-Sterchi, Art. 312 N 13; Scheiwiller, Säumnisfolgen nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2016, S. 247 N 598). Hingegen gelten die zweitinstanzlich form- und fristgerecht vorgebrachten neuen Tatsachenbehauptungen als nicht bestritten und sind grundsätzlich ohne weiteres dem Entscheid zugrunde zu legen (BGE 144 III 394 E. 4.1.2; Seiler, Die Berufung nach ZPO, 2013, § 14 N 1135; Scheiwiller, Säumnisfolgen nach der Schweizerischen Zivilprozessord-

nung, 2016, S. 247 N 597). Dies gilt aufgrund der Mitwirkungspflicht der Parteien auch im Geltungsbereich der Untersuchungsmaxime.

5. Betreffend Kinderbelange gelten die Official- und Untersuchungsmaxime (Art. 55 Abs. 2 ZPO; Art. 58 Abs. 2 ZPO; Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO). Das Gericht ist demgemäss nicht an die Anträge und tatsächlichen Vorbringen der Parteien gebunden (BSK ZGB I-Breitschmid, Art. 280 N 5; vgl. auch BGE 128 III 411 E. 3.2.1). Die Untersuchungsmaxime wirkt dabei umfassend, d. h. zugunsten sämtlicher Parteien (BGer 5A_745/2014 vom 16. März 2015, E. 2.3 mit weiteren Hinweisen). Trotz Untersuchungs- und Officialmaxime haben die Parteien das Tatsächliche vorzutragen und bei der Sammlung des massgebenden Prozessstoffs mitzuwirken. Insbesondere obliegt es ihnen, dem Gericht das Tatsachenmaterial mit vollständigen und bestimmten Behauptungen zu unterbreiten und die Beweismittel zu bezeichnen (Mitwirkungspflicht; BGer 5A_357/2015 vom 19. August 2015, E. 4.2). Dies gilt verstärkt bei anwaltlich vertretenen Parteien (OGer ZH LY120054 vom 27. Mai 2013, E. 1.5; vgl. auch BGE 141 III 569 E. 2.3.1 und E. 2.3.2).

6. Bezüglich der Unterhaltsbeiträge der Ehegatten gilt einerseits der Dispositionsgrundsatz (Art. 58 Abs. 1 ZPO), andererseits aber auch die beschränkte Untersuchungsmaxime gemäss Art. 272 ZPO (BGer 5A_478/2017 vom 7. Juni 2018, E. 5; OGer ZH LY150052 vom 21.01.2016, E. B.2, OGer ZH LY110022 vom 29.11.2011, E. II/2). Sind – wie vorliegend – sowohl Kinder- als auch Ehegattenunterhaltsbeiträge festzulegen, ist eine gemeinsame Berechnung durchzuführen (Six, Eheschutz, Ein Handbuch für die Praxis, 2. A., Bern 2014, S. 104 N 2.61). Somit schlägt die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime auch hinsichtlich der Ermittlung der (möglichen) Ehegattenunterhaltsbeiträge durch (OGer ZH LE190019 vom 3. Oktober 2019, E. II/3.1).

7. Schliesslich können die Parteien bei Verfahren betreffend Kinderbelange im Berufungsverfahren auch dann neue Tatsachen und Beweismittel vorbringen, wenn die Voraussetzungen nach Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt sind (BGE 144 III 349 E. 4.2.1). Die von der Gesuchstellerin erstmals im Berufungsverfahren ein-

gereichten Urkunden sowie die daraus abgeleiteten Vorbringen können somit voraussetzungslos berücksichtigt werden.

C. Unterhalt

1. Einkommen des Gesuchsgegners

1.1 Die Gesuchstellerin rügt die Beweiswürdigung der Vorinstanz, da diese auf die bestrittenen Angaben des Gesuchsgegners abgestellt habe, obgleich hierzu keinerlei Belege vorgelegt worden seien (Urk. 21 S. 9 f. und S. 12 f.). Auch habe die Vorinstanz trotz entsprechender Androhung die fehlende Mitwirkung des Gesuchsgegners nicht nach Art. 164 ZPO zu seinen Ungunsten berücksichtigt (Urk. 21 S. 10 f.). Dadurch habe sie den Sachverhalt unrichtig festgestellt, so namentlich indem sie eine Einkommenssteigerung beim Gesuchsgegner weder als möglich noch als zumutbar erachtet habe. Dies werde durch das Arztzeugnis von Dr. med. F._____ vom 1. April 2019 widerlegt. Demnach sei der Gesuchsgegner hinsichtlich angepassten, leichteren Tätigkeiten arbeitsfähig, weshalb ihm ein hypothetisches Einkommen anzurechnen sei. Der Bandscheibenvorfall habe sich im Übrigen bereits vor mehr als einem Jahr ereignet und sei zwischenzeitlich wieder ausgeheilt (Urk. 21 S. 12 und S. 15). Aufgrund seiner Ausbildung als Autolackierer und seiner vormaligen Tätigkeit als Hilfgärtner könne der Gesuchsgegner ohne weiteres spätestens in drei bis vier Monaten eine neue Stelle mit einem Monatslohn von mindestens Fr. 3'100.– antreten (Urk. 21 S. 16).

1.2 Die Grundsätze der Unterhalts- und Einkommensberechnung wurden von der Vorinstanz zutreffend dargelegt (Urk. 22 S. 9 ff.). Hierauf sei verwiesen. In der Folge wird im angefochtenen Entscheid festgehalten, die Diskushernie des Gesuchsgegners sei von der Gesuchstellerin anerkannt worden, ebenso der Umstand, dass der Gesuchsgegner nur einer leichten und angepassten Tätigkeit nachgehen könne. Zudem bestätige die Gesuchstellerin den längeren Erwerbsunterbruch und die mangelnden Deutschkenntnisse des Gesuchsgegners. Aufgrund dieser Umstände und wegen seines fortgeschrittenen Alters und des regelmässigen Therapiebedarfs sei es für den Gesuchsgegner weder zumutbar noch möglich in der nächsten Zeit eine Einkommenssteigerung zu erreichen, zumal weder

die Arbeit als Autolackierer, Bauarbeiter oder Reinigungskraft noch jene als Hilfgärtner mit seinen gesundheitlichen Problemen zu vereinbaren sei (Urk. 22 S. 14 f.).

1.3 Im Prinzip muss diejenige Partei die (höhere) wirtschaftliche Leistungskraft der Gegenpartei beweisen, die sich darauf beruft. Gewisse Informationen über ihr tatsächliches oder hypothetisches Leistungsvermögen sind aber nur für die betroffene Partei (sei sie Unterhaltsgläubigerin oder -schuldnerin) greifbar, weshalb sie insoweit eine Behauptungs- und Substanziierungsobliegenheit trifft, wenn sie in Abrede stellt, das strittige hypothetische Einkommen tatsächlich erzielen zu können (BGer 5A_808/2018 vom 15. Juli 2018, E. 4.3; 5A_96/2016 vom 18. November 2016, E. 3.1). Die Gesuchstellerin hat bereits vor Vorinstanz die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens verlangt und darauf hingewiesen, dass der letzte Verdienst des Gesuchsgegners im Jahr 2018 als Hilfgärtner Fr. 3'100.– betragen habe (Urk. 1 S. 10).

1.4 Aus dem von der Gesuchstellerin vorgelegten ärztlichen Zeugnis von Dr. med. F. _____ vom 1. April 2019 ergibt sich, dass der Gesuchsgegner damals aus somatischer Sicht nur in körperlich leichten Tätigkeiten mit wirbelsäulenadaptierten Wechselpositionen voll arbeitsfähig war (Urk. 25/10). Anlässlich der polizeilichen Einvernahme vom 14. August 2019 gab der Gesuchsgegner an, Anfang August operiert worden zu sein (Urk. 3/4). Weiter blieb die berufsweise erstmals vorgebrachte Behauptung der Gesuchstellerin unwidersprochen, wonach die Diskushernie des Gesuchsgegners zwischenzeitlich verheilt sei (vgl. Urk. 21 S. 15). Dass eine Diskushernie im Regelfall nach gewisser Zeit ausheilt, ist als notorisch zu erachten. Dass dies gerade in der Zeit zwischen der vorinstanzlichen Verhandlung (28. November 2020) und der Berufungseingabe (27. Januar 2020) erfolgt sein soll, erscheint dagegen zweifelhaft. Grundsätzlich ist in Zusammenhang mit einer Diskushernie davon auszugehen, dass selbst bei grösseren Eingriffen die Arbeitsfähigkeit auch für eine physisch anspruchsvolle Tätigkeit spätestens nach einem Jahr wieder gegeben ist (eingehend zum Heilungsverlauf z. Bsp.: Swiss Medical Board, Operative versus konservative Behandlung von Diskushernien - Assessment, Bericht vom 11. Februar 2015, abrufbar unter:

https://www.swissmedicalboard.ch/fileadmin/public/news/2015/assessmentbericht_smb_diskushernie_lang_2015.pdf). Gründe, welche gegen diesen zurückhaltend bemessenen Heilungsverlauf sprechen würden, wurde nicht geltend gemacht. Auch das erwähnte Arztzeugnis steht dem nicht entgegen, bezieht sich dieses schliesslich auf den Zustand vor der Operation. Die aufgrund der anerkannten Diskushernie geltend gemachte Arbeitsunfähigkeit kann insoweit bis August 2020 als glaubhaft erachtet werden. Für die Zeit danach ist es dem hierfür beweispflichtigen Gesuchsgegner nicht gelungen, seine fehlende Leistungsfähigkeit glaubhaft zu machen bzw. er ist hinsichtlich des Kindesunterhalts seiner Behauptungs- und Substantiierungsobliegenheit nicht nachgekommen, soweit er in Abrede stellt, das strittige hypothetische Einkommen auch nach August 2020 nicht erzielen zu können. Die Arbeitsaufnahme zugunsten der Gesuchstellerin auf einen früheren Zeitpunkt als 1. September 2020 festzusetzen, scheitert unabhängig des zum Genesungsprozess Ausgeführten bereits daran, als die rückwirkende Anrechnung eines hypothetischen Einkommens ausser Betracht fällt und auch die Gesuchstellerin dem Gesuchsgegner eine Übergangsfrist von drei bis vier Monaten für die Arbeitssuche zubilligt (Urk. 21 S. 16).

1.5 Dem Gesuchsgegner ist es nach dem Gesagten zuzumuten, umgehend nach Wiedererlangen seiner Arbeitsfähigkeit eine neue Stelle in seinem bisherigen Tätigkeitsgebiet anzutreten. Mit einer Stelle als Autolackierer, Bauarbeiter, Reinigungskraft oder Hilfspfleger wird es ihm denn auch ohne weiteres möglich sein, die gemäss den unbestrittenen Angaben der Gesuchstellerin (Urk. 1 S. 10) von ihm vor seiner Diskushernie bei der G. _____ AG verdienten Fr. 3'100.– netto im Monat zu erwirtschaften (Bruttomonatslöhne gemäss Tosoni, Lohnbuch Schweiz 2020, Alle Löhne der Schweiz auf einen Blick, Zürich 2020: Arbeitnehmer ohne Lehrabschluss in der Carrosseriebranche Fr. 3'800.– [S. 238], Bau- und Hilfsarbeiter ohne Fachkenntnisse Fr. 4'708.– [S. 182], Unterhaltsreiniger I Fr. 3'494.40 [S. 445], Gartenarbeiter und Gärtnerimitarbeiter Fr. 3'800.– [S. 58]). Die Berufung ist demnach insoweit gutzuheissen und dem Gesuchsgegner ab 1. September 2020 ein hypothetisches Nettoeinkommen von monatlich Fr. 3'100.– anzurechnen. Die glaubhaft gemachte Arbeitsunfähigkeit infolge der erlittenen Diskushernie steht einer frühzeitigen Stellensuche nicht entgegen, wes-

halb dem Gesuchsgegner bis September 2020 hinreichend Zeit bleibt, um die rechtlichen Vorgaben in die Tat umzusetzen.

1.6 Für die Zeit vor September 2020 gilt es, ungeachtet einer konkreten Rüge und in Anwendung der Untersuchungsmaxime, die vom Gesuchsgegner erwähnten Krankentaggelder bei der Einkommensberechnung (anders) zu berücksichtigen.

1.6.1 Die Vorinstanz erachtete es zu Recht als glaubhaft, dass der Gesuchsgegner seit seinem Unfall Krankentaggelder bezieht. Nicht einsichtig ist indes, dass in der Folge darauf mit der Begründung nicht weiter eingegangen wird, aus der Unterhaltsberechnung resultiere ohnehin ein Manko. Ebenso unzureichend ist die Feststellung der Höhe der Krankentaggelder, welche einzig auf den vagen Angaben des Gesuchsgegners basiert (vgl. Urk. 22 S. 15).

1.6.2 Der Gesuchsgegner erwähnte anlässlich der Eheschutzverhandlung Leistungen einer Krankentaggeldversicherung, wobei Höhe und Dauer nicht restlos geklärt werden konnten. Die erst auf mehrfache Nachfrage hin erfolgten Angaben des Gesuchsgegners taugen zumindest nicht ohne weiteres als Berechnungsgrundlage. So gab er anlässlich der Eheschutzverhandlung an, aufgrund seiner Krankheit bis Ende 2019 Krankentaggelder zu erhalten, wobei eine erste Tranche von Fr. 9'800.– Mitte November 2019 ausbezahlt worden sei. Zum Zeitpunkt und zur Höhe von weiteren Auszahlungen konnte der Gesuchsgegner vorerst keine Angaben machen (Prot. VI S. 13 ff.). Nachdem die Gesuchstellerin beispielhaft von einem Betrag von Fr. 20'000.– sprach (Prot. VI S. 28), nahm dies der Gesuchsgegner auf und erklärte, er würde diesen Betrag für eine Dauer von 14 Monaten erhalten (Prot. VI S. 29 f.). Die auf diesen Angaben abgestützte Berechnung der Vorinstanz (Urk. 22 S. 15) vermag nicht zu überzeugen.

1.6.3 Unbestrittenermassen war der Gesuchsgegner vom 1. Februar 2018 bis zu seiner Diskushernie am 15. Oktober 2018 als Hilfspfleger bei der G._____ AG angestellt (Prot. VI S. 13 und Urk. 1 S. 10). Die G._____ AG ist Mitglied des Unternehmensverbands H._____ (<https://www.....ch/mitglieder/mitgliederliste>) und deshalb zur Einhaltung des Gesamtarbeitsvertrags der ... Branche (nachfolgend GAV) verpflichtet (Art. 3 GAV). Gemäss Art. 55.3

GAV hat der Arbeitgeber bei unbefristet angestellten Arbeitnehmern 80 % ihres Lohnes mittels Abschluss einer Krankentaggeldversicherung zu versichern. Im Krankheitsfall haben die Arbeitnehmer folglich für die Dauer von maximal 720 Tagen bzw. zwei Jahren (Art. 55.5 GAV) weiterhin einen auf 80 % reduzierten Lohnanspruch.

1.6.4 Gestützt auf die vorstehend zitierten Bestimmungen des GAV ist davon auszugehen, dass der Gesuchsgegner während seiner andauernden Arbeitsunfähigkeit (zum mutmasslichen Heilungsverlauf vgl. vorstehende Erwägung C/1.4) Krankentaggelder in der Höhe von 80 % seines versicherten Lohns ausbezahlt erhalten wird. Gemäss den unbestritten gebliebenen Angaben der Gesuchstellerin betrug der Monatslohn des Gesuchsgegners Fr. 3'100.– (Urk. 1 S. 10), was auch mit Blick auf die Steuererklärung 2018 als realitätsnah erscheint (Urk. 3/14).

1.6.5 Es ist demzufolge beim Gesuchsgegner bis zum 31. August 2020 von einem monatlichen Nettolohn bzw. von Leistungen der Krankentaggeldversicherung in der Höhe von monatlich Fr. 2'480.– (Fr. 3'100.– x 0.8) auszugehen. Sollte der Gesuchsgegner den Anspruch auf Krankentaggelder aufgrund seiner vollumfänglichen Genesung vor dem erwähnten Zeitpunkt verlieren, wäre ihm das erörterte hypothetische Einkommen bereits früher anzurechnen. Die Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit wird kaum je ein überraschendes Ereignis sein, weshalb davon auszugehen ist, dass sich der Gesuchsgegner diesfalls frühzeitig um eine geeignete Anstellung bemühen kann.

1.7 Zusammenfassend ist beim Gesuchsgegner bis zum 31. August 2020 von einem Einkommen in Form von Krankentaggeldern von monatlich Fr. 2'480.– netto auszugehen. Ab 1. September 2020 ist ihm sodann ein hypothetisches monatliches Nettoeinkommen von Fr. 3'100.– anzurechnen.

2. Bedarfsberechnung

2.1 Aufgrund der vorstehend abgehandelten Modifikationen bei der Berechnung des Einkommens des Gesuchsgegners resultiert vorliegend, anders als von der Vorinstanz angenommen, ein Überschuss. Es erweist sich daher als angezeigt

den familienrechtlichen Notbedarf um gewisse Positionen zu erweitern, soweit diese ausgewiesen und insgesamt angemessen erscheinen. Namentlich die von der Gesuchstellerin berufsweise geltend gemachten Steuern von monatlich Fr. 125.– (Urk. 21 S. 15) und die Kosten der überobligatorischen Krankenversicherung von sämtlichen Beteiligten (Urk. 3/9-12 und Urk. 25/16) sind als weitere Positionen in den Bedarf der Parteien aufzunehmen (vgl. BGE 140 III 337 E. 4.2.3 mit weiteren Hinweisen; BGE 114 II 393 E. 3 f.; BGer 5A_24/2016 vom 23. August 2016, E. 4.6.2). Zudem sind dem Bedarf der Gesuchstellerin unter den konkreten Umständen die ausgewiesenen Zahlungen an die Lebensversicherung von monatlich Fr. 250.– (Urk. 25/22) anzurechnen, zumal diese bereits während des ehelichen Zusammenlebens regelmässig geleistet wurden und insoweit dem ehelichen Lebensstandard entsprechen.

2.2 Privatkredit

2.2.1 Unter rechtlichen Gesichtspunkten darf als anerkannt gelten, dass vor einer allfälligen Überschussverteilung Zinsen und Ratenzahlungen für Abzahlungsgeschäfte und Konsumkredite zum Bedarf hinzuzurechnen sind, wenn die Verpflichtungen vor Aufhebung des gemeinsamen Haushalts einverständlich eingegangen wurden und auch tatsächlich und nachweisbar bezahlt werden. Zudem ist entscheidend, dass die aufgenommene Schuld für den gemeinsamen Lebensunterhalt beider Ehegatten eingesetzt wurde (BGer 5A_131/2007 vom 8. Juni 2007, E. 2.2; OGer ZH LY150025 vom 6. November 2015, E. D/4.3/a; Six, a.a.O., S. 151 N 2.166 mit weiteren Hinweisen).

2.2.2 Dass der gegenwärtig ausstehende Kredit der Gesuchstellerin erst nach dem Auszug des Gesuchsgegners aufgenommen wurde, steht dessen Berücksichtigung vorliegend nicht entgegen, denn die behauptete Aufnahme zur Tilgung eines anderen Kredits erscheint glaubhaft. Insoweit handelt es sich nicht um eine Neuverschuldung sondern um eine Umschuldung (vgl. Prot. VI S. 21 f.). Entsprechendes ergibt sich auch aus der Steuererklärung des Jahres 2018 (Urk. 25/17) und wird vom Gesuchsgegner nicht bestritten. Ferner blieb auch die Verwendung des Kredits zur gemeinsamen Lebenshaltung unbestritten und wurde von der Gesuchstellerin glaubhaft dargetan (vgl. Prot. VI S. 21 f.). Entgegen der Gesuchstel-

lerin (vgl. Urk. 21 S. 15) erscheinen indes lediglich monatliche Raten in der vertraglich vereinbarten Höhe von Fr. 420.80 als glaubhaft (vgl. Urk. 25/23). Dem Bedarf der Gesuchstellerin sind folglich Kreditraten von Fr. 420.80 anzurechnen.

2.3 Berücksichtigung von I. _____

Die Gesuchstellerin hält abweichend von der Bedarfsaufstellung der Vorinstanz fest, ihr Sohn I. _____, welcher mit ihr und der gemeinsamen Tochter der Parteien im gleichen Haushalt lebe, sei zwischenzeitlich infolge eines Unfalls arbeitsunfähig geworden und nunmehr auf ihre Unterstützung angewiesen. Deshalb sei er in ihrem Bedarf nicht mehr bedarfsmindernd zu berücksichtigen (Urk. 21 S. 13 ff). Die Gesuchstellerin verkennt, dass I. _____s Arbeitsunfähigkeit nicht einen rechtlichen Unterhaltsanspruch gegenüber der Gesuchstellerin zu begründen vermag. Ein solcher ist gemäss Art. 277 Abs. 2 ZGB mit dem Abschluss der Ausbildung zum Hygiene-ökologischen Techniker (vgl. Urk. 1 S. 4) erloschen. Die Gesuchstellerin ist mithin rechtlich nicht verpflichtet, die wirtschaftlichen Folgen von I. _____s Unfall zu tragen bzw. moralisch geschuldete Unterstützungsbeiträge können bei der Bedarfsermittlung nicht berücksichtigt werden (BSK SchKG-Vonder Mühl, Art. 93 N 29; *OGer ZH LQ040004 vom 6. April 2004, E. II/B.2.2.1a*). I. _____ hat demnach – notfalls unter Rückgriff auf die öffentliche Sozialhilfe – selbst für seinen Lebensunterhalt aufzukommen. Sowohl die Höhe des vorinstanzlich festgelegten Grundbetrags als auch die zufolge der Haushaltsgemeinschaft reduzierten weiteren Kosten (Wohnkosten, Kosten für die Hausrat- und Haftpflichtversicherung, Kommunikationskosten und Serafe-Gebühren) sind demnach nicht zu beanstanden und auch nach dem Unfall von I. _____ gleichbleibend zu berücksichtigen (zur Kostenreduktion bei Haushaltsgemeinschaft mit volljährigen Kindern vgl. BGE 132 III 483 E. 4 ff.). Mit der gleichen Begründung ist auch die von der Gesuchstellerin in der Bedarfsaufstellung geltend gemachte monatliche Unterstützungsleistung für I. _____ von Fr. 1'000.– (vgl. Urk. 21 S. 15) bei der Bedarfsermittlung ausser Acht zu lassen.

2.4 Soweit die Gesuchstellerin über die vorstehend abgehandelten Punkte hinaus berufsweise ohne weitere Begründung von der Bedarfsaufstellung der Vorinstanz abweicht (vgl. Urk. 21 S. 15), ist sie offensichtlich ihrer einleitend erörter-

ten Begründungsobliegenheit nicht nachgekommen. Insoweit ist deshalb auf die Berufung nicht einzutreten. Beim Gesuchsgegner gilt es dagegen von Amtes wegen aufgrund des ihm ab 1. September 2020 angerechneten hypothetischen Einkommens die damit zusammenhängenden unumgänglichen Berufsauslagen zu berücksichtigen. Sein Bedarf ist folglich ab dem genannten Zeitpunkt um Fr. 220.– für auswärtige Verpflegung und Fr. 50.– für die Kosten des Arbeitswegs (ZVV-NetzPass Lokaltarif) zu erweitern.

3. Unterhaltsberechnung

3.1 Abweichend von der vorinstanzlichen Unterhaltsberechnung (Urk. 22 S. 22 ff.) beläuft sich der Bedarf der Gesuchstellerin aufgrund der zusätzlich zu berücksichtigenden Kosten auf Fr. 2'922.40 (Fr. 1'250.– [Grundbetrag] + Fr. 307.– [Miete] + Fr. 362.60 [Krankenkasse KVG] + Fr. 42.– [Krankenkasse VVG; Urk. 3/10 und Urk. 25/16] + Fr. 12.– [Hausrat- und Haftpflichtversicherung] + Fr. 15.– [Serafe-Gebühr] + Fr. 100.– [Kommunikationskosten] + Fr. 38.– [Berufsauslagen] + Fr. 250.– [Prämie Lebensversicherung] + Fr. 125.– [Steuern] + Fr. 420.80 [Kreditraten]). Bei E. _____ sind zusätzlich zum vorinstanzlichen Bedarf einzig Fr. 79.75 für die überobligatorische Krankenversicherung zu berücksichtigen (Urk. 3/12 und Urk. 25/16), weshalb bei ihr von gesamthaft Fr. 1'159.35 auszugehen ist. Ebenso ist der dem Gesuchsgegner von der Vorinstanz zugestandene Bedarf um die Kosten der überobligatorischen Krankenversicherung (Fr. 45.90; Urk. 3/11 und Urk. 25/16) auf Fr. 2'516.20 zu erhöhen. Ab dem 1. September 2020 gilt es bei ihm zudem Berufsauslagen von insgesamt Fr. 270.– und somit einen Bedarf von Fr. 2'786.20 zu berücksichtigen.

3.2 Dem von der Gesuchstellerin generierten Überschuss von Fr. 1'837.90 (Fr. 4'760.30 - Fr. 2'922.40) steht bei E. _____ eine Unterdeckung von Fr. 739.35 (Fr. 420.– - Fr. 1'159.35; entgegen der Gesuchstellerin [Urk. 21 S. 15 f.] berücksichtigte die Vorinstanz bei E. _____ zu Recht nicht ihr volles Einkommen [vgl. BGer 5A_727/2018 vom 22. August 2019, E. 5.3.1]) und beim Gesuchsgegner bis zum 31. August 2020 eine solche von Fr. 36.20 (Fr. 2'480.– - Fr. 2'516.20) gegenüber. Ab dem 1. September 2020 ist beim Gesuchsgegner von einem Überschuss von Fr. 313.80 (Fr. 3'100.– - Fr. 2'786.20) auszugehen.

3.3 Da der Gesuchsgegner bis zum 31. August 2020 mangels Leistungsfähigkeit nicht zu Unterhaltszahlungen an E._____ verpflichtet werden kann, hat die Gesuchstellerin zusätzlich zu dem von ihr erbrachten Naturalunterhalt mit ihrem Überschuss auch den ungedeckt gebliebenen Barunterhalt von E._____ zu tragen. Ebenso ist sie gestützt auf Art. 163 ZGB dazu zu verpflichten, für den ungedeckten Bedarf des Gesuchsgegners aufzukommen. Der danach resultierende Überschuss von Fr. 1'062.35 (Fr. 1'837.90 - Fr. 739.35 - Fr. 36.20) ist schliesslich nach grossen (Fr. 424.95) und kleinen (Fr. 212.50) Köpfen aufzuteilen. Die Gesuchstellerin ist daher zu verpflichten dem Gesuchsgegner bis zum 31. August 2020 einen Unterhaltsbeitrag von monatlich Fr. 460.– (gerundet) zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den ersten eines jeden Monats erstmals rückwirkend auf den ersten des auf das Begehren folgenden Monats, d.h. per 1. Dezember 2019 (vgl. Prot. VI S. 6).

3.4 In Anbetracht des von der Gesuchstellerin für die bald siebzehnjährige E._____ erbrachten Naturalunterhalts und der von den Parteien ab 1. September 2020 erwirtschafteten Überschüsse (Fr. 1'837.90 bzw. Fr. 313.80) erscheint es als angemessen, den Gesuchsgegner ab dem 1. September 2020 zu verpflichten, der Gesuchstellerin für E._____ monatlich im Voraus jeweils auf den ersten eines jeden Monats zahlbare Kinderunterhaltsbeiträge von Fr. 120.– zu bezahlen. Der danach verfügbare Gesamtüberschuss der Parteien von Fr. 1'412.35 (Fr. 1'837.90 [Überschuss Gesuchstellerin] - Fr. 619.35 [Anteil Barunterhalt Gesuchstellerin] + Fr. 313.80 [Überschuss Gesuchsgegner] - Fr. 120.– [Anteil Barunterhalt Gesuchsgegner]) ist erneut nach grossen (Fr. 564.95) und kleinen (Fr. 282.45) Köpfen aufzuteilen. Die Gesuchstellerin ist folglich zu verpflichten, dem Gesuchsgegner ab dem 1. September 2020 einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von gerundet Fr. 370.– (Fr. 564.95 - 193.80 [Überschussanteil Gesuchsgegner nach Abzug seines Anteils am Barbedarf]) zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den ersten eines jeden Monats.

D. Unbilligkeit der Unterhaltsverpflichtung

1. Die Gesuchstellerin rügt, die Vorinstanz habe Art. 125 Abs. 3 ZGB zu Unrecht nicht zur Anwendung gebracht, obgleich bereits im Eheschutzgesuch sowie

anlässlich der Eheschutzverhandlung auf das hängige Strafverfahren gegen den Gesuchsgegner hingewiesen worden sei. Auch in ihrer Eingabe vom 13. Dezember 2019 habe sie diesen Umstand erneut dargelegt, was jedoch unberücksichtigt geblieben sei. Unter Bezugnahme auf ein Strafurteil hält die Gesuchstellerin fest, dass sie der Gesuchsgegner mehrfach schwer bedroht habe und deshalb zu einer bedingten Geldstrafe von 150 Tagessätzen verurteilt worden sei. Weiter habe er seit seinem Zuzug in die Schweiz im Jahr 2014 in keiner Weise zum Unterhalt der Familie beigetragen und zudem seine Bedürftigkeit mutwillig herbeigeführt, weil er nicht gearbeitet habe, obgleich er dies hätte tun können. Es erscheine deshalb als unbillig, die Gesuchstellerin zur Leistung von Unterhalt an den Gesuchsgegner zu verpflichten (Urk. 21 S. 4 ff.).

2. Unbilligkeit aufgrund einer schweren Straftat (Art. 125 Abs. 3 Ziff. 3 ZGB)

2.1 Nach Art. 125 Abs. 3 Ziff. 3 ZGB ist ein nachehelicher Unterhaltsbeitrag ausnahmsweise einzuschränken oder zu verweigern, wenn die berechtigte Person gegen die verpflichtete Person eine schwere Straftat begangen hat. Das Bundesgericht verneint die Anwendung von Art. 125 Abs. 3 ZGB in einem Eheschutzverfahren. Im Rahmen von Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB könnten einzig die in Art. 125 Abs. 2 ZGB aufgeführten Kriterien zur Bemessung des Unterhalts analoge Anwendung finden, nicht jedoch die Ausnahmebestimmung von Art. 125 Abs. 3 ZGB. Wie jeder zivilrechtliche Anspruch stünden jedoch auch eheliche Unterhaltsansprüche unter dem Vorbehalt des offenbaren Rechtsmissbrauchs gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB (BGer 5A_405/2019 vom 24. Februar 2020, E. 7.2; BGer 5P_522/2006 vom 5. April 2007, E. 3; vgl. auch *OGer ZH LY170015 vom 3. Juli 2017, E. 3.6* und *OGer ZH LE160045 vom 10. November 2016, E. III/2.4*). Ungeachtet des Umstands, dass Art. 125 Abs. 3 ZGB im Eheschutzverfahren weder direkt noch analog anzuwenden ist, erscheinen bei der Prüfung eines offenbaren Rechtsmissbrauchs im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB die zu Art. 125 Abs. 3 ZGB ergangenen Präjudizen als beachtlich, liegt besagter Norm schliesslich selbst das Prinzip des Rechtsmissbrauchsverbots zugrunde (vgl. BGE 127 III 65 E. 2a).

2.3 Die Ausnahmenorm von Art. 125 Abs. 3 ZGB ist mit grosser Zurückhaltung anzuwenden (BGer 5A_801/2011 und 5A_808/2011 vom 29. Februar 2012, E. 4.4

mit weiteren Hinweisen, publ. in FamPra.ch 2012 S. 773) und will einzig stossende (*venire contra factum proprium*) oder offensichtlich unbillige Fälle erfassen (BGE 127 III 65 E. 2a mit weiteren Hinweisen). Die durch Art. 125 Abs. 3 Ziff. 3 ZGB vorausgesetzte Schwere der Straftat ist nach rein privatrechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen. Massgeblich ist dabei nicht die strafrechtliche Qualifikation als Verbrechen oder Vergehen, sondern ausschliesslich die objektive Schwere der Tat (Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 15. November 1995, BBl 1996 I 1 ff., S. 115). In Betracht kommen in erster Linie Gewaltdelikte wie Tötung oder schwere Körperverletzung, jedoch auch Sexualdelikte und gegebenenfalls Vermögensdelikte (BSK ZGB-Gloor/Spycher, Art. 125 N 40). Eine einfache Körperverletzung, welche zusammen mit zahlreichen Drohungen erfolgte, wurde von der hiesigen Kammer als Grenzfall erachtet, was indirekt zu einem reduzierten Unterhaltsanspruch führte (*OGer ZH LC100083 vom 17. Oktober 2011*, publ. in ZR 111/2012 S. 70 ff., vom Bundesgericht bestätigt in BGer 5A_801/2011 und 5A_808/2011 vom 29. Februar 2012; vgl. zur einfachen Körperverletzung auch Bächler, Bemerkung zum Entscheid des Obergerichts des Kantons Basel-Landschaft vom 12. Dezember 2000, in: FamPra.ch 2001 S. 774 f.). Hingegen wurde die Nötigung einer Ehefrau zum Konsum von Bildern einer Exekution verbunden mit der Drohung ihr die Augen auszustechen vom Bundesgericht nicht als schwere Straftat im Sinne von Art. 125 Abs. 3 Ziff. 3 ZGB qualifiziert (BGer 5C_286/2006 vom 12. April 2007, E. 3.4.2). In gleicher Weise waren auch Morddrohungen (allerdings ohne Anzeigeerstattung) hierzu nicht genügend gravierend (BGer 5C.232/2004 vom 10. Februar 2005, E. 2.4; ebenso *OGer ZH LC110032 26. Januar 2012, E. IV*). Letztlich gilt es die Anwendung von Art. 125 Abs. 3 Ziff. 3 ZGB bzw. die Annahme von Rechtsmissbräuchlichkeit im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB im Einzelfall und unter Beachtung des entsprechenden Ermessens abzuwägen (vgl. BGer 5A_801/2011 und 5A_808/2011 vom 29. Februar 2012, E. 4.4). Abweichend von den Überlegungen zu Art. 125 Abs. 3 Ziff. 3 ZGB ist im Rahmen eines Eheschutzverfahrens dessen vorläufiger Charakter zu beachten, weshalb bei der Annahme von offenbarem Rechtsmissbrauch zusätzlich Zurückhaltung angezeigt ist (vgl. *OGer ZH*

LY170030 16. Juli 2018, E. E/2.4, bestätigt in BGer 5A_681/2018 vom 1. Mai 2019, E. 5.2.2).

2.4 Die Gesuchstellerin begnügt sich bei der Begründung der schweren Straftat mit einem Hinweis auf das erstinstanzliche Strafurteil (Urk. 21 S. 4 ff.). Aus dem mit der Berufung eingereichten unbegründeten Urteil des Einzelgerichts in Strafsachen am Bezirksgericht Horgen vom 15. Januar 2020 (GG190024-F) geht hervor, dass der Gesuchsgegner wegen mehrfacher Drohung gegen seine Ehegattin (Art. 180 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 180 Abs. 2 lit. a StGB) verurteilt und mit einer Geldstrafe von 150 Tagessätzen zu je Fr. 30.– bestraft wurde. Der Anklagesachverhalt ergibt sich aus der dem Urteil beigehefteten Anklageschrift. Der Gesuchsgegner wird darin beschuldigt, der Gesuchstellerin im Zuge einer verbalen Auseinandersetzung am 13. August 2019 mehrfach gedroht zu haben, sie umzubringen und ihr das Leben zur Hölle zu machen. Auch bereits in den Wochen zuvor soll er gedroht haben sie umzubringen. Schliesslich soll er im Sommer 2018 der Gesuchstellerin gesagt haben, er würde sie schlachten. Zudem habe er gegenüber I. _____ gesagt, er würde die Gesuchstellerin aufschlitzen, wenn sie anwesend wäre (Urk. 25/7).

2.5 Die Verurteilung des Gesuchsgegners wegen mehrfacher Drohung zulasten der Gesuchstellerin ist aufgrund des vorerwähnten Urteils belegt. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass der Gesuchsgegner anlässlich der Eheschutzverhandlung diese strafrechtlichen Vorwürfe vehement bestritten hat (Prot. VI S. 9 f. und S. 24 f.). Indes erhellt sich auch aus den Ausführungen der Gesuchstellerin nicht, für welche konkreten Drohungen der Gesuchsgegner verurteilt wurde und welche Überlegungen dem Strafmass zugrunde lagen. Ebenso unterlässt sie es zu erklären, weshalb es sich bei den Drohungen des Gesuchsgegners um schwere Straftaten im Sinne von Art. 125 Abs. 3 Ziff. 3 ZGB handeln sollte. Grundsätzlich ist alleine gestützt auf Drohungen eher nicht von einer schweren Straftat in vorerwähntem Sinne auszugehen. Dies bedeutet nicht, dass derartige Verhaltensweisen nicht strikte zu verurteilen sind, was vorliegend im Rahmen des Strafverfahrens auch geschehen ist. Im zivilrechtlichen Sinne bedarf es allerdings besonderer Gründe, damit ein Unterhaltsbeitrag als offensichtlich rechtsmissbräuch-

lich erscheint. Solcherlei Gründe wurden vorliegend nicht geltend gemacht und sind auch nicht ersichtlich. Die mit dem Scheitern einer Ehe oftmals miteinhergehende Enttäuschung und Frustration entlädt sich in gewissen Fällen in strafrechtlich relevantem Verhalten gegenüber dem anderen Ehegatten. Dies kann zu einer strafrechtlichen Verurteilung führen. Ein Unterhaltsbeitrag ist allerdings nur in den vergleichsweise seltenen Fällen von schweren Delikten gegenüber dem anderen Ehegatten als stossend zu qualifizieren, ansonsten dieser Ausnahmebestimmung ungewollt grosse Tragweite zukäme. Es ist folglich festzuhalten, dass die strafrechtliche Verurteilung des Gesuchsgegners wegen mehrfacher Drohung keinen Einfluss auf seinen Unterhaltsanspruch hat.

3. Unbilligkeit infolge grober Verletzung der Unterhaltspflicht (Art. 125 Abs. 3 Ziff. 1 ZGB)

Die Ausführungen der Gesuchstellerin bleiben in diesem Zusammenhang von pauschaler Natur. Es wird nicht dargelegt, welche konkrete eheliche Aufgabe der Gesuchsgegner schwer vernachlässigt haben soll und inwieweit diese schwere Pflichtverletzung Auswirkungen auf die betroffenen Familienmitglieder gezeitigt habe bzw. dadurch die Familie in ernstliche Schwierigkeiten gekommen sei (vgl. zum Ganzen BSK ZGB-Gloor/Spycher, Art. 125 N 38; FamKomm Scheidung/Schwenzer/Büchler, Art. 125 N 116).

4. Unbilligkeit zufolge mutwillig herbeigeführter Bedürftigkeit (Art. 125 Abs. 3 Ziff. 1 und 2 ZGB)

Aufgrund der Möglichkeit der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens sind die Voraussetzungen von Art. 125 Abs. 3 Ziff. 2 ZGB durch das blosses Unterlassen einer zumutbaren und möglichen Erwerbstätigkeit noch nicht erfüllt (BSK ZGB-Gloor/Spycher, Art. 125 N 39). Inwieweit darüber hinaus Umstände vorliegen, welche den Unterhaltsanspruch vorliegend als rechtsmissbräuchlich im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB erscheinen lassen, wird nicht dargelegt und ist überdies auch nicht ersichtlich.

E. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Aufgrund der sich aus den vorstehenden Erwägungen ergebenden neuen Entscheidung, ist vorliegend über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens zu befinden (vgl. Art. 318 Abs. 3 ZPO).

2. Kosten- und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens

2.1 Die Vorinstanz hat die auf Fr. 3'200.– festgesetzten Kosten des Verfahrens, zuzüglich Fr. 435.– Dolmetscherkosten, der Gesuchstellerin zu drei Fünfteln und dem Gesuchsgegner zu zwei Fünfteln auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege auf die Staatskasse genommen.

2.2 Für die mutmassliche Geltungsdauer der vorliegenden Eheschutzmassnahmen von insgesamt zweieinhalb Jahre (gerechnet ab 1. Dezember 2019) beantragte die Gesuchstellerin vor erster Instanz Kinderunterhaltsbeiträge von gesamthaft Fr. 30'415.50 (Fr. 1'013.85 x 30) und Ehegattenunterhaltsbeiträge von gesamthaft Fr. 5'526.– (Fr. 184.20 x 30; Urk. 1 S. 2), wogegen der Gesuchsgegner Unterhalt von insgesamt Fr. 45'000.– (Fr. 1'500.– x 30) verlangte (Prot. VI S. 6). Mit nachfolgendem Erkenntnis wird die Gesuchstellerin zu verpflichten sein, dem Gesuchsgegner persönlich innert der mutmasslichen Geltungsdauer Unterhalt von insgesamt Fr. 11'910.– (Fr. 460.– x 9 + Fr. 370.– x 21) zu bezahlen. Der Gesuchsgegner seinerseits wird während dieser Zeit für E._____ Unterhaltsbeiträge von insgesamt Fr. 2'400.– (120.– x 20) leisten müssen. In Anbetracht des nur leichten Unterliegens der Gesuchstellerin hinsichtlich der Unterhaltsansprüche und da betreffend die weiteren Anträge die hälftige Teilung der Kosten vereinbart wurde (Urk. 12), erweist sich eine hälftige Kostenaufgabe als angemessen. Entsprechend ist auf die Zusprechung von Parteientschädigungen zu verzichten. Aufgrund der beiden Parteien vor Vorinstanz gewährten unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 22 S. 27) sind die erstinstanzlichen Gerichtskosten einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen, unter Vorbehalt der Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO.

3. Kosten- und Entschädigungsfolgen des zweitinstanzlichen Verfahrens

3.1 Die Höhe der Entscheidgebühr richtet sich für das Berufungsverfahren nach § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 2 lit. b der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG). Unter Berücksichtigung des tatsächlichen Streitinteressens, des Zeitaufwands des Gerichts und der Schwierigkeit des Falles erscheint eine Entscheidgebühr von Fr. 3'000.– als angemessen.

3.2 Die Gesuchstellerin verlangt im Berufungsverfahren Ehegattenunterhaltsbeiträge in gleicher Höhe wie vor Vorinstanz. Hinsichtlich des geltend gemachten Kinderunterhalts reduziert sie ihr Begehren auf monatlich Fr. 406.85. Infolgedessen obsiegt sie in vorliegendem Verfahren bei einer mutmasslichen Geltungsdauer der Eheschutzmassnahme von zweieinhalb Jahren nur marginal, weshalb die Gerichtskosten des zweitinstanzlichen Verfahrens den Parteien hälftig aufzuerlegen und vom Zusprechen einer Parteienschädigung abzusehen ist.

4. Prozesskostenbeitrag

4.1 Die Gesuchstellerin ersucht im Berufungsverfahren um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags von Fr. 5'000.–, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 21 S. 3 und S. 17 f.).

4.2 Die Verpflichtung zur Leistung eines Prozesskostenbeitrags setzt einerseits Bedürftigkeit der ansprechenden und andererseits Leistungsfähigkeit der angesprochenen Partei im Zeitpunkt der Gesuchstellung voraus. Auf zukünftige Verhältnisse darf nur ausnahmsweise abgestellt werden (Maier, Die Finanzierung von familienrechtlichen Prozessen, FamPra.ch 2019, S. 818, 843 und 845). Es sind die für die Gewährung des prozessualen Armenrechts entwickelten Grundsätze – Mittellosigkeit und Nicht-Aussichtslosigkeit – analog anzuwenden, wobei nach dem Effektivitätsgrundsatz nur effektiv erzieltetes Einkommen zu berücksichtigen ist und demnach noch im Streit liegende Unterhaltsbeiträge ausser Acht zu lassen sind (Maier, Die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung in familienrechtlichen Prozessen im Spannungsfeld mit der Vorschusspflicht von Ehegatten und Eltern, dargestellt anhand der Praxis der Zürcher Gerichte seit Inkraftsetzung der eidgenössischen ZPO, in: FamPra.ch 2014, S. 635, 655) .

4.3 Die Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners ist unter Verweis auf die unter vorstehender Erwägung C/3.2 festgehaltene Unterdeckung, welche der Gesuchsgegner zum relevanten Zeitpunkt aufweist, zu verneinen. Das Gesuch um Zuspreehung eines Prozesskostenbeitrags ist deshalb abzuweisen.

5. Unentgeltliche Rechtspflege

5.1 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).

5.2 Mit Verweis auf die unter Erwägung C/3.2 gemachten Ausführungen standen der Gesuchstellerin zum Zeitpunkt der Gesuchseinreichung überschüssige Mittel von monatlich Fr. 1'837.90 zur Verfügung. Hiervon ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein Zuschlag auf den Grundbetrag von 25 %, d. h. Fr. 312.50 in Abzug zu bringen (vgl. BGer 4D_30/2015 vom 26. Mai 2015, E. 3.1; BGer 4A_432/2016 vom 21. Dezember 2016, E. 6). Nach Abzug der von der Gesuchstellerin für E._____ aufgewendeten Mittel von Fr. 739.35 sowie des auf E._____ entfallenden Überschussanteils von Fr. 212.50 und unter Berücksichtigung der mit vorliegendem Entscheid zu sprechenden Ehegattenunterhaltsbeiträgen von monatlich Fr. 460.– (vgl. Erwägung C/3.3), verbleiben der Gesuchstellerin Fr. 113.55 pro Monat. Sie hat demnach als mittellos zu gelten.

5.3 Da das vorliegende Berufungsverfahren nicht aussichtslos ist und die Gesuchstellerin zur Bewältigung des Prozesses auf die Unterstützung einer Rechtsvertreterin angewiesen war, ist ihr die unentgeltliche Rechtspflege im Sinne von Art. 117 ZPO zu gewähren und ihr in der Person von Rechtsanwältin X._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen. Weiter sind die ihr auferlegten Gerichtskosten einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen und sie ist auf das Nachforderungsrecht des Staats gemäss Art. 123 ZPO hinzuweisen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositivziffern 1-4 und 6 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 28. November 2019 in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Der Antrag der Gesuchstellerin auf Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
3. Der Gesuchstellerin wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwältin X. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
4. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin an den Unterhalt der gemeinsame Tochter E. _____, geboren am tt. mm. 2003, ab dem 1. September 2020 für die weitere Dauer des Getrenntlebens einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 120.– zu bezahlen, zuzüglich allfälliger Ausbildungszulagen.

Der Unterhaltsbeitrag und eine allfällige Ausbildungszulage ist an die Gesuchstellerin zahlbar, und zwar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats. Die Zahlungsmodalitäten gelten über die Volljährigkeit hinaus, solange E. _____ im Haushalt der Gesuchstellerin lebt, keine ordentliche Erstausbildung abgeschlossen hat und keine eigenen Ansprüche gegenüber dem Gesuchsgegner stellt bzw. keinen anderen Zahlungsempfänger bezeichnet.

2. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner für die Dauer des Getrenntlebens monatliche Unterhaltsbeiträge wie folgt zu bezahlen:
 - Fr. 460.– rückwirkend ab 1. Dezember 2019 bis 31. August 2020;

- Fr. 370.– ab 1. September 2020 für die weitere Dauer des Getrenntlebens.

Die Unterhaltsbeiträge sind – soweit nicht rückwirkend geschuldet – monatlich im Voraus, je auf den Ersten eines jeden Monats zahlbar.

3. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren von Fr. 3'635.– werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge der gewährten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
4. Für das erstinstanzliche Verfahren werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
6. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt. Der Anteil der Gesuchstellerin wird zufolge der gewährten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
7. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
8. 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.

9. 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 mehr als Fr. 30'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 5. Juni 2020

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw H. Schinz

versandt am:
am