

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY200022-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichter lic. iur. et phil.
D. Glur sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili

Beschluss und Urteil vom 15. Juli 2020

in Sachen

A._____,

Beklagter und Berufungskläger

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____,

gegen

B._____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 29. April 2020; Proz. FE190143

Rechtsbegehren der Klägerin und Berufungsbeklagten (act. 6/39 S. 2):

- "1. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin monatliche Beiträge an die Kinderkosten von C._____ in der Höhe von Fr. 2'231.90 (zuzüglich Familien-, Kinder- und Ausbildungszulagen) zu bezahlen, davon Fr. 965.06 als Be-

treuungsunterhalt. Die Beiträge an die Kinderkosten sind im Voraus zahlbar, und zwar jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.

Es sei festzustellen, dass der Betreuungsunterhalt im Umfang von Fr. 142.44 pro Monat nicht gedeckt ist.

2. Es sei festzustellen, dass der Beklagte momentan finanziell nicht in der Lage ist, der Klägerin einen persönlichen Unterhaltsbeitrag zu bezahlen.
3. Der Unterhaltsbeitrag gemäss Ziff. 1 sei gerichtsüblich zu indexieren.
4. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin jährlich zwei Drittel seines Bonus zu bezahlen, unabhängig davon, ob dieser als Bonus, Provision, Beteiligung am Geschäftsergebnis, o.ä. bezeichnet wird.

Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin jährlich unaufgefordert seinen Lohnausweis zukommen zu lassen.

5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MWST zulasten des Beklagten."

**Verfügung des Einzelgerichtes des
Bezirksgerichtes Dietikon (act. 6/69 = act. 5):**

- "1. Der Beklagte wird in Abänderung von Ziff. 4 und 5 des Urteils des Bezirksgerichtes Dietikon vom 26. Juni 2017 im Sinne einer vorsorglichen Massnahme verpflichtet, an den Unterhalt und die Erziehung der Tochter C._____ einen monatlichen Kinderunterhaltsbeitrag (zuzüglich allfälliger vertraglicher und/oder gesetzlicher Kinderzulagen) wie folgt, zu bezahlen:

- Fr. 1'190.00 rückwirkend ab 16. Januar 2020 bis 31. August 2020 (davon Fr. 0.00 als Betreuungsunterhalt);
- Fr. 1'415.00 ab 1. September 2020 für die weitere Dauer des Getrenntlebens (davon Fr. 0.00 als Betreuungsunterhalt).

Diese Unterhaltsbeträge sind an die Klägerin zahlbar und zwar jeweils im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats.

2. Die Festsetzung dieser Unterhaltsbeiträge basiert auf folgenden Grundlagen:

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

- Klägerin: Fr. 3'822.00 (70%)
- Beklagter: Fr. 4'905.00 (aktueller Lohn; 100%)
Fr. 5'200.00 (hypothetisches Einkommen
ab 1. September 2020; 100%)
- Tochter C._____: Fr. 200.00 (Familienzulage)

familienrechtlicher Bedarf:

- Klägerin: Fr. 3'180.00
- Beklagter: Fr. 3'652.00
Fr. 3'452.00 (ab 1. September 2020)
- Tochter C._____: Fr. 1'324.00
Fr. 1'284.00 (ab 1. September 2020)

Vermögen:

- Klägerin: Fr. 0.00
- Beklagter: Fr. 0.00
- Tochter C._____: Fr. 0.00

3. Im Übrigen wird das Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen abge-
wiesen.
4. Die Kostenregelung bleibt dem Endentscheid vorbehalten.
- 5./6. [Schriftliche Mitteilung / Rechtsmittelbelehrung.]"

Rechtsmittelanträge:

des Berufungsklägers (act. 2 S. 2 f.):

- "1. Es sei die Dispositiv-Ziff. 1 des vorinstanzlichen Entscheides vom
29. April 2020 wie folgt abzuändern:

Der Berufungskläger sei in Abänderung von Ziff. 4 und 5 des Urteils des Be-
zirksgerichts Dietikon vom 26. Juni 2017 im Sinne einer vorsorglichen Mass-
nahme zu verpflichten, an den Unterhalt und die Erziehung der Tochter
C._____ einen monatlichen Kinderunterhaltsbeitrag (zuzüglich allfälliger ver-
traglicher und/oder gesetzlicher Kinderzulagen) wie folgt zu bezahlen:

- CHF 1'190.00 rückwirkend ab Januar 2020 für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens (davon CHF 0.00 als Betreuungsunterhalt).

Diese Unterhaltsbeiträge sind an die Berufungsbeklagte zu zahlen und zwar jeweils im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats.

2. Es sei die Dispositiv-Ziff. 2 des vorinstanzlichen Entscheides vom 20. April 2020 betreffend Einkommen wie folgt abzuändern:

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

- Klägerin (Berufungsbeklagte): Fr. 3'822.00 (70%)
- Beklagter (Berufungskläger): Fr. 4'905.00 (Nettolohn; 100%)
- Tochter C._____: Fr. 200.00 (Familienzulage)

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. 7.7 % MWST zu Lasten der Berufungsbeklagten.

Prozessuale Anträge:

4. Es sei die Berufungsbeklagte zur Leistung von Kostenvorschüssen betreffend Prozesskosten und Parteientschädigung zu verpflichten.
5. Eventualiter sei dem Berufungskläger für das zweitinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und es sei ihm in der Person der Unterzeichnenden eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen;"

der Berufungsbeklagten (act. 11 S. 2):

- "1. Die materiellen und prozessualen Anträge des Berufungsklägers seien abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MWST zulasten des Berufungsklägers.

Prozessualer Antrag:

Es sei der Berufungsbeklagten die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und ihr in der Person des Unterzeichneten ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen."

Erwägungen:

- 1.

1.1. Die Parteien haben am tt. Juni 2015 geheiratet und sind Eltern der gemeinsamen Tochter C._____, geb. tt.mm.2016 (act. 5 S. 1). Die Parteien stehen sich seit dem 8. August 2019 in einem Scheidungsverfahren vor dem Einzelgericht des Bezirksgerichtes Dietikon gegenüber (act. 6/1). In diesem Verfahren setzte das Einzelgericht mit Verfügung vom 29. April 2020 im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen in Abänderung des Eheschutzurteils vom 26. Juni 2017 für die Dauer des Scheidungsverfahrens Unterhaltsbeiträge für die gemeinsame Tochter fest (act. 6/4/34, act. 6/69 = act. 5). Für die Einzelheiten der vorinstanzlichen Prozessgeschichte wird auf die Ausführungen im angefochtenen Entscheid verwiesen (act. 5 S. 2-3).

1.2. Gegen diese Verfügung vom 29. April 2020 erhob der Berufungskläger mit Eingabe vom 11. Mai 2020 (Datum Poststempel) Berufung bei der Kammer und stellte die eingangs genannten Anträge (act. 2).

1.3. Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 8/1-40). Mit Verfügung vom 4. Juli 2020 wurde der Berufungsbeklagten Frist zur Beantwortung der Berufung angesetzt (act. 8). Am 18. Juni 2020 (Datum Poststempel) erstattete die Berufungsbeklagte innert Frist die Berufungsantwort (act. 11). Diese ist dem Berufungskläger mit dem vorliegenden Entscheid zuzustellen. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2.

2.1. Gegen erstinstanzliche Entscheide betreffend vorsorgliche Massnahmen in ist die Berufung zulässig (vgl. Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). In vermögensrechtlichen Angelegenheiten steht die Zulässigkeit der Berufung unter dem Vorbehalt, dass der Streitwert der zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.00 beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO).

Ob eine Angelegenheit vermögensrechtlich i.S. von Art. 308 Abs. 2 ZPO ist, hängt nicht vom Gegenstand der vorsorglichen Massnahmen ab, sondern vom zugrundeliegenden Hauptprozess. Da eine Scheidung nicht vermögensrechtlicher Natur ist, ist gegen im Rahmen eines Scheidungsverfahrens angeordnete vorsorgliche

Massnahmen daher immer die Berufung zulässig, auch wenn es im Einzelfall um Unterhaltsbeiträge geht, und ohne dass es auf den Streitwert dieser Massnahmenbegehren ankommt.

Diese Auffassung, der sich die Kammer mit dieser Entscheid anschliesst, verbessert und vereinheitlicht den Rechtsschutz im Bereich der vorsorglichen Massnahmen, was ihrem oft stark präjudizierenden Charakter besser gerecht wird, und entspricht im Übrigen der Praxis der I. Zivilkammer, was aus Sicht des rechtsuchenden Publikums zu begrüessen ist. Bei der Bemessung der Entscheidgebühr, wofür der Streitwert ausserdem von Bedeutung ist, gibt § 5 Abs. 2 GebVOG die Möglichkeit, den vermögensrechtlichen Charakter einzelner Rechtsbegehren zu berücksichtigen.

2.2. Bei der Anordnung vorsorglicher Massnahmen während des Scheidungsverfahrens sind die (materiell- sowie verfahrensrechtlichen) Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sinngemäss anwendbar (Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 271 ff. ZPO und Art. 172 ff. ZGB; ANNETTE DOLGE, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 276 N 15). Es gelangt das summarische Verfahren zur Anwendung mit entsprechender Beweismittel- und Beweismassbeschränkung, und es gilt die Dispositionsmaxime mit eingeschränktem Untersuchungsgrundsatz bzw. soweit wie hier Kinderbelange betroffen sind, die Official- und Untersuchungsmaxime (Art. 296 ZPO). Das hat die Vorinstanz bereits zutreffend und ausführlich dargestellt, weshalb darauf verwiesen werden kann (vgl. act. 5 S. 3 ff.). Diese Grundsätze sind in allen Verfahrensstadien und von allen kantonalen Instanzen zu beachten (BGE 137 III 617 E. 4.5.2; BGer 5A_923/2014 Urteil vom 27.8.2015; FamKomm Scheidung/SCHWEIGHAUSER, Anh ZPO Art. 296 N 6).

2.3. Das Berufungsverfahren richtet sich nach den Art. 308 ff. ZPO. Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Aus der Begründungspflicht ergibt sich, dass die Berufung zudem (zu begründende) Rechtsmittelanträge zu enthalten hat.

Die vorliegende Berufung vom 11. Mai 2020 wurde innert der Rechtsmittelfrist schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet bei der Kammer als der zuständigen Rechtsmittelinstanz eingereicht. Der Berufungskläger ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und zur Berufung legitimiert. Es ist daher auf die Berufung einzutreten.

2.4. Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Berufungsverfahren grundsätzlich nur zuzulassen, wenn sie (a) ohne Verzug vorgebracht werden und (b) trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Untersteht das Verfahren allerdings wie hier der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime (Art. 296 ZPO), hat das Gericht selbst die Tatsachen von Amtes wegen zu erforschen und kann hierfür von Amtes wegen die Erhebung aller für die Sachverhaltsfeststellung erforderlichen und geeigneten Beweismittel anordnen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind aus diesem Grund selbst Noven zuzulassen, die unter die Novenbeschränkung von Art. 317 ZPO fallen (vgl. BGE 144 III 349 E. 4.2.1. = Pra 108 (2019) Nr. 88; BGer 5A_77/2018 vom 6.3.2019 E. 3.2; OGer ZH LY160019 vom 21.07.2016).

Demnach sind die von beiden Parteien in ihren Rechtsschriften neu aufgestellten Behauptungen sowie die neu eingereichten Unterlagen zu berücksichtigen.

3.

3.1. Der angefochtene Entscheid betrifft die vorsorgliche Regelung des Unterhalts zwischen den Parteien für das gemeinsame Kind C._____ bis zum Abschluss des Scheidungsverfahrens. Dabei stellte die Vorinstanz die Voraussetzungen für die Abänderung von Eheschutzmassnahmen sowie die allgemeinen rechtlichen Grundlagen der Unterhaltsberechnung grundsätzlich zutreffend dar. Vor diesem Hintergrund bejahte sie das Vorliegen eines Grundes zur Abänderung der Regelungen des Eheschutzurteils vom 26. Juni 2017, korrigierte den tatsächlichen Lohn des Berufungsklägers auf gerundet Fr. 4'905.--, berechnete den Bedarf der Parteien (Berufungskläger: Fr. 3'652.-- und ab 1.9.2020 Fr. 3'452.--; Be-

rufungsbeklagte: Fr. 3'180.--) und von C._____ (Fr. 1'324.-- und ab 1.9.2020 Fr. 1'284.--) sowie das Einkommen der Berufungsbeklagten (Fr. 3'822.--) und hielt anschliessend bei der Beurteilung der Unterhaltspflicht an der bisherigen Methode der zweistufigen Ermittlung des (bei knappen finanziellen Verhältnissen strikten) Existenzminimums mit Überschussbeteiligung fest (act. 5 S. 6 ff., S. 12 ff., S. 18 f. und S. 20 f.). Die Vorinstanz verpflichtete den Berufungskläger, der Berufungsbeklagten rückwirkend ab 16. Januar 2020 für C._____ einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'190.-- zu bezahlen. All das wird vom Berufungskläger nicht beanstandet, weshalb auf eine Wiederholung verzichtet und darauf verwiesen werden kann.

3.2. Die Vorinstanz rechnete dem Berufungskläger ab 1. September 2020 indes ein hypothetisches Einkommen von Fr. 5'200.-- an und erhöhte den zu leistenden Unterhaltsbeitrag ab diesem Datum auf Fr. 1'415.--. Dazu erwog die Vorinstanz, die Ausbildung des Berufungsklägers sei inzwischen unbestrittenermassen in der Schweiz anerkannt worden und er habe weitere einschlägige Berufserfahrung sammeln können (act. 5 S. 11). Gemäss dem Gesamtarbeitsvertrag der schweizerischen Elektrobranche betrage der Mindestlohn für einen Elektromonteur Fr. 5'000.-- brutto, zzgl. 13. Monatslohn, bei fünf Jahren Erfahrung und einer 40-Stundenwoche. Gemäss dem statistischen Lohnrechner des Bundesamtes für Statistik ("Salarium 2016") könnte der Berufungskläger als Elektriker im unteren Kader mit 5-10 Jahren Erfahrung, einer abgeschlossenen Berufsausbildung und einer B-Bewilligung Fr. 5'372.-- bis Fr. 6'650.--, d.h. im Schnitt rund Fr. 6'000.-- brutto verdienen, inklusive 13. Monatslohn (act. 5 S 8 f.). Dabei sei bereits berücksichtigt, dass der Berufungskläger kein Schweizer Bürger mit den entsprechenden Sprachkenntnissen sei. Der Umstand, dass sogar bei der Arbeitgeberin des Berufungsklägers zwei der vier Angestellten einen erheblich höheren Lohn erhalten würden, sprich rund Fr. 6'700.-- und Fr 6'500.-- brutto, untermauere die Annahme, dass der Berufungskläger mehr verdienen könne. Der Berufungskläger habe nicht nachvollziehbar darlegen können, weshalb es ihm nicht zugemutet werden könne oder es ihm nicht möglich sein sollte, ebenfalls einen Lohn in dieser Grössenordnung zu erzielen. Unter Berücksichtigung der Kündigungsfrist von zwei Monaten und der aktuell nicht einfachen Situation auf dem Arbeitsmarkt erscheine eine

Übergangsfrist von rund vier Monaten (bis September 2020) angemessen. Ausgehend von Fr. 6'000.-- brutto, inkl. 13. Monatslohn, abzüglich der üblichen Beiträge von rund 10 %, einem BVG-Beitrag von geschätzt Fr. 210.--, einer Spesenentschädigung von rund Fr. 350.-- pro Monat (Fr. 16.--/Arbeitstag) und der Quellensteuer von 5.31 % sei das anzurechnende hypothetische Nettoeinkommen auf rund Fr. 5'200.-- festzusetzen (act. 5 S. 10 f.).

3.3. Der Berufungskläger bringt dagegen zusammengefasst vor, sein serbischer Abschluss als Elektromonteur sei in der Schweiz nicht anerkannt. Er, sein Arbeitgeber und die Vorinstanz seien einem Irrtum unterlegen. Bei der Niveaubestätigung handle es sich nur um eine Einstufung des ausländischen Abschlusses in das schweizerische Ausbildungssystem. Eine Anerkennung seiner Ausbildung im Sinne einer Gleichwertigkeit mit einer Schweizer Ausbildung existiere nicht. Es sei ihm allein auf Grund der fehlenden Deutschkenntnisse auch nicht möglich, eine Anerkennung zu erwirken. Gemäss dem eidgenössischen Starkstrominspektorat ESTI würden Bewerber über das Sprachniveau B2 verfügen müssen. Er spreche kaum Deutsch und verfüge nicht über das erforderliche Zertifikat. Daher könne er nicht mit denjenigen Kandidaten mit einem Schweizer Abschluss verglichen werden. Er sei auf dem Arbeitsmarkt sowohl in Bezug auf die Stellensuche als auch in Bezug auf die Lohnhöhe deutlich benachteiligt. Auch sei seine bisherige Berufserfahrung keineswegs ausreichend. Er habe erst im Jahr 2015 als Hilfsmonteur gearbeitet und sei 2017 als Elektromonteur angestellt worden, wobei er zu einem tieferen Stundenlohn angestellt gewesen sei. Hätte er eine in der Schweiz anerkannte Ausbildung, hätte er auch damals einen höheren Lohn bekommen. Seine Bemühungen, eine feste Stelle als Elektromonteur zu finden, seien jahrelang vergeblich gewesen. Seine jetzige Anstellung habe er dank Kontakten erhalten und weil der Arbeitgeber und auch andere Angestellte seine Muttersprache Serbisch sprechen würden. Würde er diese Stelle kündigen, könne er höchstens wieder temporär zu einem tiefen Stundenlohn arbeiten. Sein aktueller Lohn stehe im Einklang mit dem GAV des Schweizerischen Elektro- und Telekommunikations-Installationsgewerbe und sei angemessen und realistisch. Es sei ihm nicht zumutbar und nicht möglich, einen monatlichen Lohn von Fr. 6'000.-- brutto zu erzielen (act. 2 S. 6 f.).

3.4. Die Berufungsbeklagte wendet dagegen zusammengefasst ein, der Berufungskläger habe nach seinem Zuzug in die Schweiz sehr rasch an seine berufliche Ausbildung anknüpfen können. Es sei auffällig, dass sich der Arbeitsvertrag mit der D._____ GmbH mit demjenigen der E._____ GmbH decke, obschon zwischen beiden Gesellschaften auf den ersten Blick keine Verbindung bestehe. Es sei von einem Mantelkauf auszugehen. Auch die Statuten der beiden Gesellschaften seien textlich identisch und der Zweckartikel sei deckungsgleich. Das bestätige ihre Aussage bei der Vorinstanz, dass es sich um Gesellschaften des Berufungsklägers handle und Frau F._____ und Herr G._____ lediglich vorgeschobene Strohmänner des Berufungsklägers seien (act. 11 S. 5 f.). Des Weiteren bringt die Berufungsbeklagte vor, es wäre der E._____ GmbH ohne Weiteres zuzumuten und auch möglich, dem Berufungskläger mindestens denselben Lohn zu bezahlen, den er sich selbst oder Herrn H._____ entrichte. Auch ohne Stellenwechsel wäre somit ein entsprechendes Einkommen möglich (act. 11 S. 6). Zudem habe sie nach ihrer Erinnerung für den Berufungskläger eine volle Anerkennung von dessen ausländischer Ausbildung erhalten. Es sei möglich, dass zunächst eine Niveaubestätigung ausgestellt worden sei und später der Abschluss vollwertig anerkannt worden sei. Herr G._____ habe anlässlich seiner Befragung durch die Vorinstanz erklärt, der Berufungskläger sei der Einzige in der Gesellschaft, der einen in der Schweiz anerkannten Abschluss besitze, und er habe nicht von einer Niveaubestätigung gesprochen. Deshalb sei davon auszugehen, dass der Berufungskläger tatsächlich über einen anerkannten Abschluss verfüge. Zudem spreche der Berufungskläger besser Deutsch, als er vor Gericht zugegeben habe. Der Berufungskläger habe mit keinem Wort dargelegt, weshalb er mit einem Abschluss, der vom SBFJ als auf dem Niveau EFZ stehend beurteilt werde, nicht dieselben Lohnansprüche stellen könne, wie eine Person mit einem EFZ-Abschluss (act. 11 S. 6 f.). Es sei nicht der gemäss Gesamtarbeitsvertrag gültige Mindestlohn massgebend, sondern der in der Branche tatsächlich bezahlte und somit bei einer Stellensuche zu erwartende Lohn. Dieser liege gemäss den bei der Vorinstanz eingereichten Belegen bei netto Fr. 6'000.-- bis Fr. 7'000.--, gemäss einzelnen Stellen sogar über Fr. 8'000.--. Selbst ohne fünfjährige Berufser-

fahrung und Kaderfunktion würde er im Kanton Zürich noch ein Einkommen von monatlich Fr. 6'030.-- verdienen (act. 11 S. 8 f.).

4.

4.1. Bei der Bemessung des Unterhaltsbeitrages ist grundsätzlich vom tatsächlich erzielten Einkommen der Parteien auszugehen. Soweit dieses Einkommen aber nicht ausreicht, um den ausgewiesenen Bedarf zu decken, kann ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden, sofern dieses zu erreichen zumutbar und möglich ist (BGer 5A_744/2019 vom 07.04.2020 E. 3.3). Dabei handelt es sich um zwei Voraussetzungen, die kumulativ erfüllt sein müssen. Damit ein höheres Einkommen angerechnet werden kann, als das tatsächlich erzielte, genügt es nicht, dass der betroffenen Partei weitere Anstrengungen zugemutet werden können. Vielmehr muss es auch möglich sein, aufgrund dieser Anstrengungen ein höheres Einkommen zu erzielen. Mit Bezug auf das hypothetische Einkommen ist Rechtsfrage, welche Tätigkeit aufzunehmen als zumutbar erscheint. Tatfrage bildet hingegen, ob die als zumutbar erkannte Tätigkeit möglich und das angenommene Einkommen effektiv erzielbar ist (BGE 143 III 233 E. 3.2; BGE 137 III 118 E. 2.3).

4.2. Der Berufungskläger gab bei der Vorinstanz an, eine (serbische) Ausbildung als Elektriker oder Elektromonteur zu haben, die in der Schweiz mittels Dokument anerkannt sei (act. 5/63 S. 3 f.). Gemäss aktuellem Arbeitsvertrag mit der E. _____ GmbH vom 28. Februar 2019 ist der Berufungskläger sodann in der Funktion als "Leitender Elektromonteur" angestellt mit einem Einkommen von brutto Fr. 5'000.--, zzgl. 13. Monatslohn (act. 5/10/2). Darauf ist vorliegend abzustellen, zumal die Berufungsbeklagte lediglich behauptet, der Berufungskläger sei der eigentliche Inhaber der Gesellschaft. Die dazu eingereichten Statuten (act. 13/3-5) stellen allenfalls ein Indiz dar, reichen für sich gesehen aber nicht aus, um diese Behauptung glaubhaft zu machen, geschweige denn zu beweisen. Es liegen dafür auch keine weiteren Anhaltspunkte vor. Es ist daher nicht davon auszugehen, der Berufungskläger wäre Entscheidungsträger bei der E. _____ GmbH und hätte als solcher Einfluss auf die Höhe des ihm ausbezahlten Lohnes oder könne diesen in einem

über die Möglichkeiten eines durchschnittlichen Angestellten hinausgehendem Masse beeinflussen.

4.3. Der Beruf Elektromonteur ist in der Schweiz eine Lehre im Elektrohandwerk, wobei der Lehrberuf heute Elektroinstallateur heisst. Alternativ gibt es in der Schweiz die berufliche Grundausbildung als Montage-Elektriker (Quelle: www.sbf.admin.ch → Berufsverzeichnis; www.wikipedia.org; www.beurfsberatung.ch). Elektroinstallateur ist in der Schweiz ein reglementierter Beruf, dessen Ausübung durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften an den Besitz bestimmter Berufsqualifikationen gebunden ist. Für die Ausübung ist daher die Anerkennung (Gleichwertigkeit) der ausländischen Berufsqualifikation notwendig, welche das Eidgenössische Starkstrominspektorat (ESTI) ausstellt (Quelle: www.sbf.admin.ch/diploma; www.esti.admin.ch). Ein anerkanntes ausländisches Diplom hat für die Berufsausübung in der Schweiz die gleichen Wirkungen wie das entsprechende inländische Diplom. Demgegenüber wird insbesondere bei nicht reglementierten Berufen, wie auch beim Montage-Elektriker, die Niveaubestätigung empfohlen, weil keine Anerkennung des ausländischen Diploms notwendig ist, um in der Schweiz arbeiten zu können. Mit der Niveaubestätigung des Staatssekretariats für Bildung, Forschung und Innovation (SBFI) werden Schulen, künftige Arbeitgeber und Behörden über die Einstufung eines ausländischen Diploms in das schweizerische Bildungssystem informiert. Es liegt alleine am Arbeitsmarkt, ob ein Bewerber mit oder ohne entsprechende Ausbildung berücksichtigt wird oder nicht (Quelle: www.sbf.admin.ch → Anerkennung ausländischer Diplome).

4.4. Die Parteien waren sich im vorinstanzlichen Verfahren zwar einig, dass der Beruf des Berufungsklägers in der Schweiz *anerkannt* sei (Prot. VI S. 19 und S. 22, act. 63 S. 4 und act. 64 S. 8). Das gab auch der Zeuge G._____ an (act. 61 S. 15). Dass es sich aber, wie oben dargestellt, um eine Anerkennung des ESTI handelt, wie sie für die Ausübung des Berufs als Elektroinstallateur vorausgesetzt wird, wurde von keiner Partei explizit behauptet, geschweige denn nachgewiesen. Eine solche rechtliche Anerkennung liegt nicht bei den Akten. Darüber hinaus reicht der Berufungskläger eine Niveaubestätigung des SBFI vom

15. Februar 2017 für den Ausbildungsabschluss "Elektromonteur für Netzwerke und Anlagen" ein (act. 4/3). Damit wird bekräftigt, dass der Berufungskläger gerade nicht über eine Anerkennung im oben dargestellten Sinn verfügt. Nach den vorstehenden Ausführungen legen also die vorhandene Niveaubestätigung sowie das Fehlen einer Anerkennung des ESTI und die Tatsache, dass der Berufungskläger in den vergangenen Jahren (auch ohne Anerkennung) auf seinem Beruf gearbeitet hat, nahe, dass der Berufungskläger gerade nicht die Ausbildung zum reglementierten Beruf als Elektromonteur bzw. Elektroinstallateur abgeschlossen hat. Dafür spricht auch die Tatsache, dass die Ausbildung zum Elektroinstallateur vier Jahre und diejenige zum Montage-Elektriker drei Jahre dauert (vgl. www.sbfi.admin.ch → Berufsverzeichnis) und der Beklagte selber angibt, eine dreijährige Ausbildung absolviert zu haben (act. 2 S. 4), was die Berufungsbeklagte wiederum bloss mit Nichtwissen, aber nicht substantiiert bestreitet (act. 11 S. 4). Daher ist vorliegend darauf abzustellen, dass der Berufungskläger nicht als Elektroinstallateur tätig ist bzw. sein kann.

4.5. Für die Beurteilung der Möglichkeit eines höheren hypothetischen Einkommens ist also entsprechend der Ausbildung des Berufungsklägers von einer Tätigkeit als Montage-Elektriker auszugehen, wobei dasjenige Einkommen massgebend ist, welches mit einem gleichwertigen schweizerischen Abschluss möglich wäre. Davon ging bereits die Vorinstanz und geht im Übrigen auch die Berufungsbeklagte zu Recht aus (act. 11 S. 7 f.).

4.6. Nach Ziffer 35.4 des GAV des Schweizerischen Elektro- und Telekommunikations-Installationsgewerbes vom 25. Oktober 2013 (Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung vom 30. Oktober 2014) werden die Mindestlöhne für (a) Elektromonteur/Elektroinstallateur und (b) Montage-Elektriker unterschieden, wobei der monatliche Mindestlohn des Montage-Elektrikers unter demjenigen des Elektromonteurs/Elektroinstallateurs liegt (Anhang 8 gemäss Änderung GAV vom 14. März 2018). Unter Berücksichtigung, dass der Berufungskläger nach eigenen Angaben bereits seit 2015 als (Hilfs-)Monteur arbeitete (vgl. act. 2 S. 4) und gemäss Arbeitsvertrag seit 2019 gar in einer leitenden Funktion angestellt ist, ist hier von einer fünfjährigen Berufserfahrung auszugehen mit ei-

nem entsprechenden Mindestlohn von Fr. 4'700.-- (Anhang 8 gemäss Änderung GAV vom 14. März 2018). Der derzeitige monatliche Bruttolohn des Berufungsklägers liegt mit Fr. 5'000.--, zzgl. 13. Monatslohn, bereits über diesem Mindestlohn (act. 5/10/2). Hinzu kommt, dass der Berufungskläger offenbar kaum oder nur schlecht Deutsch spricht bzw. versteht. Zwar stellte der Berufungskläger an der vorinstanzlichen Verhandlung vom 16. Januar 2020 zunächst die Aussage des Gegenanwalts, er sei der deutschen Sprache durchaus mächtig, nicht in Abrede und gab an, nur einzelne Wörter nicht zu verstehen (Prot. VI S. 3). An der Verhandlung vom 15. April 2020 erklärte der Berufungskläger zunächst erneut, keinen Dolmetscher zu benötigen, schien die Ausführungen und Fragen der Vorderrichterin aber doch nicht zu verstehen, so dass die Dolmetscherin dennoch zum Einsatz kam (act. 63 S. 1 und Prot. VI S. 24). Nach Angaben der Berufungsbeklagten spricht der Berufungskläger zwar besser Deutsch, als er es vor Gericht zugegeben hat (act. 11 S. 7), sie bestreitet aber die Behauptung des Berufungsklägers nicht, dass alle Mitarbeiter bei der E._____ GmbH Serbisch sprechen würden, was seine Anstellung begünstigt habe (vgl. act. 2 S. 7). Abgesehen davon verdeutlicht der berufliche Werdegang des Berufungsklägers in der Schweiz, dass es mehrere Jahre bis zu einer Festanstellung gedauert hat.

4.7. Unter Berücksichtigung all dieser Umstände kann nicht davon ausgegangen werden, dass es dem Berufungskläger möglich und zumutbar ist, ein höheres Einkommen zu erzielen. Demzufolge ist in Gutheissung der Berufung der angefochtene Entscheid insofern abzuändern, als dem Berufungskläger ab 1. September 2020 kein hypothetisches Einkommen anzurechnen ist. Im Übrigen bleibt es bei den vorinstanzlichen Feststellungen (vgl. E. 3.1 vorstehend). Der Berufungskläger wird in Abänderung des Eheschutzurteils vom 26. Juni 2017 verpflichtet, der Berufungsbeklagten rückwirkend ab 16. Januar 2020 für die Dauer des Scheidungsverfahrens (und nicht nur bis 31. August 2020) für C._____ einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'190.-- zu bezahlen, wie von ihm beantragt.

5.

5.1. Abschliessend ist das Gesuch des Berufungsklägers um Verpflichtung der Berufungsbeklagten auf Leistung eines Kostenvorschusses bzw. sind die Gesu-

che beider Parteien um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege zu beurteilen. Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, um den Prozess zu finanzieren, und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 lit. a und b ZPO). Als bedürftig gilt, wer die erforderlichen Gerichts- und Parteikosten nur bezahlen kann, indem er die Mittel heranzieht, die er eigentlich zur Deckung seines Grundbedarfs braucht, wobei verlangt wird, dass die gesuchstellende Person sämtliche eigenen Hilfsmittel zur Finanzierung des Prozesses ausschöpft, so etwa Bargeld, die eigene Arbeitskraft oder einen Kredit, den sie aufgrund ihrer Vermögenslage erwarten darf (ZK ZPO-EMMEL, 3. Aufl. 2016, Art. 117 N 4; BGer 4D_30/2009 vom 01.07.2009 E. 5.1; BGE 128 I 225 E. 2.5.1). Die Bedürftigkeit ist zu verneinen, wenn der verbleibende Überschuss es ermöglicht, die Prozesskosten bei weniger aufwändigen Prozessen innert eines Jahres und in anderen Fällen innert zwei Jahren zu tilgen (ZK ZPO-EMMEL, 3. Aufl. 2016, Art. 117 N 12; BGE 135 I 221 E. 5.1).

5.2. Für die Beurteilung der finanziellen Situation der Parteien kann einerseits auf den vorinstanzlichen Entscheid vom 29. Januar 2020 verwiesen werden, mit welchem bereits die Vorinstanz beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege für das erstinstanzliche Verfahren bewilligt hat (act. 6/29). Auf der anderen Seite kann auf die Ausführungen der Vorinstanz zu den finanziellen Verhältnissen der Parteien und zur Unterhaltsberechnung im angefochtenen Entscheid abgestellt werden. Die Berechnung wäre zur Ermittlung der Bedürftigkeit im Rahmen der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zwar in spezifischen Punkten abzuändern. Auch nach dieser Berechnung würde aber den Parteien kein oder nur ein kleiner Freibetrag verbleiben. Ferner scheinen sich die Vermögensverhältnisse der Parteien seit dem vorinstanzlichen Entscheid nicht wesentlich geändert zu haben, weshalb sie beide auch im Berufungsverfahren als mittellos im Sinne von Art. 117 ZPO zu gelten haben. Dementsprechend ist das Gesuch des Berufungsklägers um Verpflichtung der Berufungsbeklagten zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses abzuweisen.

5.3. Des Weiteren kann in Status- und Ehesachen in der Regel nicht von Aussichtslosigkeit die Rede sein und die Parteien haben im Berufungsverfahren keine von vornherein aussichtslosen Standpunkte vertreten. Den Parteien ist daher für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen, und es ist dem Berufungskläger in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X._____ und der Berufungsbeklagten in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ je eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bzw. ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

6.

6.1. Trifft die Kammer wie vorliegend einen neuen Entscheid, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Da die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid auf einen Entscheid über die Prozesskosten verzichtete und diesen dem Entscheid über die Hauptsache vorbehielt (Art. 104 Abs. 3 ZPO, act. 6 Dispositiv-Ziff. 5), ist auch im Rechtsmittelverfahren kein diesbezüglicher Entscheid zu treffen. Demgegenüber ist an dieser Stelle über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens zu befinden.

6.2. Die Prozesskosten für das Berufungsverfahren setzen sich aus den Gerichtskosten (Entscheidgebühr) und der Parteientschädigung zusammen (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Die Höhe der Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren richtet sich nach § 12 GebV OG i.V.m. § 2, § 6 Abs. 1, § 5 Abs. 2 und § 8 Abs. 1 GebV OG. Unter Berücksichtigung des tatsächlichen Streitinteresses, des Zeitaufwands des Gerichts und der Schwierigkeit des Falles erscheint eine Gebühr von Fr. 900.-- als angemessen. Die Parteientschädigung ist nach Massgabe von § 13 i.V.m. § 2 Abs. 1, § 6 Abs. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1, § 9 und § 11 Abs. 1 AnwGebV festzusetzen und beträgt Fr. 1'000.--.

6.3. Die Prozesskosten werden grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ausgangsgemäss sind die Verfahrenskosten vollumfänglich der Berufungsbeklagten aufzuerlegen, wobei sie zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung unter Vorbehalt der Nachzahlungspflicht gemäss

Art. 123 ZPO einstweilen auf die Staatskasse zu nehmen sind (Art. 122 Abs. 1 lit. c ZPO).

Ferner hat die Berufungsbeklagte dem Berufungskläger eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.-- zzgl. 7.7 % MwSt (Fr. 77.--) zu bezahlen. Weil der Berufungskläger unentgeltlich prozessiert, ist die ihm zustehende Entschädigung direkt seinem Vertreter zuzusprechen (OGer ZH PF110018 vom 01.07.2011). Nach Vorlage seiner Honorarnote wird der unentgeltliche Rechtsbeistand der Berufungsbeklagten für seine Bemühungen im Berufungsverfahren mit separatem Beschluss zu entschädigen sein.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Berufungsklägers auf Verpflichtung der Berufungsbeklagten zur Zahlung eines Prozesskostenvorschusses in Höhe der Prozesskosten wird abgewiesen.
2. Den Parteien wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt.
3. Dem Berufungskläger wird Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
4. Der Berufungsbeklagten wird Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
5. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

Sodann wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung vom 11. Mai 2020 werden die Dispositiv-Ziffern 1 und 2 des Urteils des Einzelgerichts des Bezirksgerichtes Dietikon vom 29. April 2020 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"1. Der Beklagte wird in Abänderung von Ziff. 4 und 5 des Urteils des Bezirksgerichts Dietikon vom 26. Juni 2017 im Sinne einer vorsorglichen Massnahme verpflichtet, an den Unterhalt und die Erziehung der Tochter C._____ einen monatlichen Kinderunterhaltsbeitrag (zuzüglich allfälliger vertraglicher und/oder gesetzlicher Kinderzulagen) wie folgt, zu bezahlen:

- Fr. 1'190.00 rückwirkend ab 16. Januar 2020 für die weitere Dauer des Getrenntlebens (davon Fr. 0.00 als Betreuungsunterhalt).

Dieser Unterhaltsbetrag ist an die Klägerin zahlbar und zwar jeweils im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats.

2. Die Festsetzung dieses Unterhaltsbeitrages basiert auf folgenden Grundlagen:

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

- Klägerin: Fr. 3'822.00 (70%)
- Beklagter: Fr. 4'905.00 (aktueller Lohn; 100%)
- Tochter C._____: Fr. 200.00 (Familienzulage)

familienrechtlicher Bedarf:

- Klägerin: Fr. 3'180.00
- Beklagter: Fr. 3'652.00
- Tochter C._____:Fr. 1'324.00

Vermögen:

- Klägerin: Fr. 0.00
- Beklagter: Fr. 0.00
- Tochter C._____:Fr. 0.00"

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 900.-- festgesetzt, der Berufungsbeklagten auferlegt und zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Staatskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht der Parteien gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
3. Die Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Rechtsbeiständin des Berufungsklägers für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'077.-- (inkl. 7.7 %MwSt) zu zahlen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungskläger unter Beilage eines Doppels der Berufungsantwort samt Beilagenverzeichnis und Beilagen (act. 11 und act. 12/1-6), sowie an das Einzelgericht des Bezirksgerichts Dietikon und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

5. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG und ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Houweling-Wili

versandt am: