

# ZH\_OBERGERICHT LE130007 vom 19. Dezember 2013

ZH Obergericht, 2013-12-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LE130007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE130007)

FR: ZH\_OBERGERICHT LE130007 du 19 décembre 2013

IT: ZH\_OBERGERICHT LE130007 del 19 dicembre 2013

## Erwägungen

### E. 1

Prozessgeschichte a) Am 16. Juli 2010 machte die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (fortan Gesuchstellerin) mit Eingabe vom 15. Juli 2010 am Bezirksgericht Horgen ein Eheschutzbegehren rechtshängig (Urk. 1). Die zunächst auf den 18. November 2010 anberaumte Hauptverhandlung wurde schliesslich am 7. Februar 2011 durchgeführt (Prot. I S. 3 ff.; Urk. 139 S. 5 f.). Mit Eingabe vom 16. Dezember 2010 hatte der Gesuchsgegner und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchsgegner) seinerseits eine Widerklage einreichen lassen (Urk. 11). Am 10. März 2011 fand die Anhörung der drei Kinder der Parteien, C.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.1998, D.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.1999, und E.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.2002, statt (Prot. I S. 36). Im Beisein des (in der Folge bestellten) Prozessbeistandes wurden die drei Kinder am 7. Oktober 2011 erneut angehört (Urk. 73; Prot. I S. 40-42). Am 11. November 2011 und am 26. Januar 2011 (recte: 2012) fanden die Fortsetzung

- 7 - gen der Hauptverhandlung statt (Prot. I S. 43 ff., 74 ff.; Urk. 139 S. 11). Der genaue Prozessverlauf lässt sich im Übrigen dem angefochtenen Entscheid entnehmen. Nach diversen Stellungnahmen zu Noven und neuen Anträgen sämtlicher Parteien (vgl. Urk. 139 S. 12 f.), wobei die letzte Stellungnahme der Gesuchstellerin vom 5. Oktober 2012 datiert (Urk. 132), fällte die Vorinstanz schliesslich am 19. Dezember 2012 das eingangs wiedergegebene Urteil (Urk. 139). b) Dagegen erhob die Gesuchstellerin rechtzeitig Berufung mit den eingangs zitierten Anträgen (Urk. 138 S. 3 f.). Nach rechtzeitiger Leistung des Vorschusses von Fr. 5'500.- (Urk. 143, 144) wurde der Gegenseite Frist zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt (Urk. 145). Mit Eingabe vom 31. März 2013 erstattete der Gesuchsgegner rechtzeitig seine Berufungsantwort mit den vorstehend erwähnten Anträgen samt Beilagen (Urk. 146 S. 3; Urk. 148/1-20). Zudem erhob er (im vorliegenden summarischen Berufungsverfahren allerdings unzulässigerweise, vgl. Art. 314 Abs. 2 ZPO) Anschlussberufung (Urk. 146 S. 3). Gemäss Eingabe vom 4. April 2013 brachte er sodann eine ergänzende Beilage zur Berufungsantwort bei (Urk. 149, 150). Mit Zuschrift vom 11. April 2013 teilte der Rechtsvertreter der Gesuchstellerin seine Auslandsabwesenheit vom 18. April bis

### E. 6

Mai 2013 mit und ersuchte darum, dass in dieser Zeit keine fristauslösenden Zustellungen gemacht würden (Urk. 151A+B). Gemäss Präsidialverfügung vom 13. Mai 2013 wurde der Gesuchstellerin das Doppel der Berufungsantwortsschrift vom 31. März 2013 und der ergänzenden Eingabe vom 4. April 2013 zugestellt. Zudem wurde ihr Frist angesetzt, um sich zu den seitens des Gesuchsgegners neu eingereichten Unterlagen und neu aufgestellten Behauptungen sowie deren novenrechtlichen Zulässigkeit zu äussern. Mangels Zulässigkeit der Anschlussberufung wurde keine Antwort darauf eingeholt (Urk. 152). Mit Brief vom 18. Mai 2013 liess der Gesuchsgegner um Berücksichtigung seiner im Rahmen der unzu-

lässigen Anschlussberufung gemachten Ausführungen nach Treu und Glauben im Sinne einer Stellungnahme zur Berufung ersuchen (Urk. 153). Dies wurde der Gegenseite zur Kenntnis zugestellt (Urk. 153 S. 1). Nach erstreckter Frist (Urk. 154) äusserte sich schliesslich die Gesuchstellerin mit Rechtsschrift vom

## **E. 11**

(Zahlungsmodalitäten betreffend die Kinderunterhaltsbeiträge des Gesuchsgegners für C.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ gemäss Dispositivziffer 8), 12 (Abweisung persönliche Unterhaltsbeiträge für den Gesuchsgegner und Unterhaltsbeiträge für D.\_\_\_\_\_), 13 (Herausgabe Gegenstände), 14 (Zuweisung eheliche Wohnung), 16 (Anordnung Gütertrennung), 17 (Entscheidunggebühren), 18 und 19 (Kosten- und Entschädigungsfolgen). Diesbezüglich ist das angefochtene Urteil vom 19. Dezember 2012 somit (teil-)rechtskräftig, was vorzumerken ist. Im Streit liegen daher einzig noch die persönlichen Unterhaltsbeiträge für die Gesuchstellerin und die Kinderunterhaltsbeiträge für C.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ je ab 1. Dezember 2010 sowie die Herausgabe des Peugeot (Urk. 139 S. 58 ff., Dispositivziffern 8, 10 und 15).

2.5. Noven Im Berufungsverfahren können neue Tatsachen nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht wurden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Da im Berufungsverfahren indes auch die Vorschriften über das erstinstanzliche Verfahren sinngemäss anzuwenden sind, stellt sich die Frage, ob in denjenigen Verfahren, in denen der Sachverhalt von Amtes wegen

- 11 - abzuklären ist, mithin in den Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen, neue Tatsachen und Beweismittel in analoger Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO bis zur Urteilsberatung vorgebracht werden können. Dies ist in der Literatur umstritten. Das Bundesgericht hat eine solche analoge Anwendung abgelehnt und festgehalten, dass einzig Art. 317 Abs. 1 ZPO massgeblich sei (BGE 138 III 626 f. E 2.2). Auch in den Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen, ist deshalb Art. 317 Abs. 1 ZPO zu beachten. Dies gilt auch bei Verfahren in Kinderbelangen, in denen gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO der Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen ist. Unechte Noven können daher grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden, es sei denn, eine Partei rüge, die Vorinstanz habe eine bestimmte Tatsache in Verletzung der Untersuchungsmaxime nicht beachtet (F. Hohl, Procédure civile, Tome II, Deuxième Edition, Rz. 2414 f.). Solche unechten Noven sind im Sinne von Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO ohne Verzug, d.h. mit der Berufungsbegründung bzw. der Berufungsantwort vorzubringen. Nach Berufungsbegründung und -antwort können nur noch echte Noven vorgebracht werden, und zwar längstens bis zum Beginn der Urteilsberatung. Dies gilt auch für Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen (BGE 138 III 788 E. 4.2; F. Hohl, a.a.O., Rz 1172). Der angefochtene Entscheid datiert vom 19. Dezember 2012. Insbesondere betreffend die Kinderunterhaltsbeiträge war der Sachverhalt durch die Vorinstanz von Amtes wegen abzuklären und neue Tatsachen und Beweismittel waren bis zur Urteilsberatung zu berücksichtigen (§ 115 Ziffer 4 ZPO/ZH). Soweit die im Rahmen der Berufungsbegründung eingereichten Urkunden (Urk. 148/1-20) vor diesem Datum ergingen (vgl. Urk. 147), es sich mithin um unechte Noven handelt, können sie daher im Berufungsverfahren zufolge Verspätung keine Berücksichtigung mehr finden, insbesondere nachdem der Gesuchsgegner selbst deponierte, er habe bewusst auf die Einreichung von noch mehr Unterlagen vor Vorinstanz verzichtet (Urk. 146 S. 2 [persönliche Eingabe Obergericht 31. März 2013 des Gesuchsgegners], Ziff. 3.2; vgl. auch

Urk. 155 S. 5). Es ist novenrechtlich nicht mehr zulässig, diese Urkunden nunmehr im Berufungsverfahren einfach nachzu-reichen, wie der Gesuchsgegner meint. Eine Verletzung der Untersuchungsma-

- 12 - xime ist in diesem Zusammenhang im Übrigen weder ersichtlich noch wurde eine solche gerügt. 2.6. Protokollberichtigung Das Protokollberichtigungsbegehren des Gesuchsgegners persönlich (vgl. Urk. 146 S. 18) wäre bei der Vorinstanz zu stellen (Art. 235 Abs. 3 ZPO). 3. Unterhaltsbeiträge Wie bereits der Vorderrichter richtig ausführte, ist in vorliegendem Fall, in welchem sowohl Kinder- als auch Ehegattenunterhaltsbeiträge festzulegen sind, eine einheitliche Berechnung durchzuführen. Oberste Schranke des Unterhalts- beitrages bildet dabei die während des Zusammenlebens bis zur Trennung ge- führte Lebenshaltung. Beide Parteien haben Anspruch auf den ihnen gebühren- den Lebensunterhalt (vgl. Urk. 139 S. 31 mit Hinweisen). 3.1. Einkommen Gesuchsgegner Der Gesuchsgegner arbeitet bei der H.\_\_\_\_\_ als Wirtschaftsingenieur (Prot. I S. 30; Urk. 79/1). Die Vorinstanz berechnete für das Jahr 2010 ein Monatsein- kommen von Fr. 12'464.– netto (ohne Kinderzulagen, inklusive Jahresbonus und von der H.\_\_\_\_\_ vergütete Krankenkassenprämien für die ganze Familie), für das Jahr 2011 ein solches von Fr. 12'764.– netto (ohne Kinderzulagen, inklusive Jah- resbonus sowie Pauschalspesen von Fr. 8'400.– jährlich bzw. Fr. 700.– monatlich, welchen keine entsprechenden realen Auslagen gegenüber stünden) und für das Jahr 2012 ein solches von Fr. 11'780.– netto (ohne Kinder- zulagen, einschliesslich tieferer Bonus; Urk. 139 S. 37 f.). Die Gesuchstellerin hält dieses Einkommen für nachvollziehbar und grund- sätzlich zutreffend (Urk. 138 S. 6; Urk. 155 S. 10 f.). Demgegenüber rügt der Ge- suchsgegner, die aufgeführten Zahlen zu seinem Einkommen seien falsch. Es seien sowohl rechnerische Fehler enthalten als auch inhaltliche (Urk. 146 S. 5). Betreffend das Jahr 2010 geht jedoch auch der Gesuchsgegner zu Recht von monatlichen Einkünften von rund Fr. 12'464.– aus (Urk. 146 S. 6; Urk. 139

- 13 - S. 37 f.; Urk. 79/1: Fr. 157'362.– netto minus Fr. 7'800.– [12 mal Fr. 650.– Kinder- zulagen, vgl. Urk. 79/2 = Fr. 149'562.– : 12]). Was das Jahr 2011 anbelangt, sind vom Nettolohn über Fr. 151'772.– ge- mäss Lohnausweis 2011 (Urk. 113/A1) zunächst Kinderzulagen von Fr. 7'800.– (und nicht bloss Fr. 7'000.– [vgl. Urk. 139 S. 37], nämlich 12 mal Fr. 650.– [Urk. 79/2]) in Abzug zu bringen, womit der Gesuchsgegner gesamthaft Fr. 143'972.– verdiente. Dass die Kinderzulagen bereits ab Oktober Fr. 700.– monatlich betra- gen haben sollen (Urk. 146 S. 6 oben), ist durch nichts belegt (vgl. Urk. 79/2; Urk. 113/A2, A3) und daher nicht zu hören. Zudem hätte solches bereits vor Vor- instanz dargetan werden können und müssen (vgl. aber: Urk. 84/2). Der Vorderrichter erwog, weil nicht davon auszugehen sei, dass der Ge- suchsgegner trotz Beförderung und Lohnerhöhung von Fr. 375.– monatlich per Januar 2011 (Urk. 79/3, Prot. I S. 30) effektiv weniger verdienen sollte, erscheine nicht recht glaubhaft, dass mit den im Lohnausweis 2011 aufgeführten Pau- schalspesen (Fr. 8'400.– jährlich) effektive Auslagen gedeckt werden sollten. Nä- here Ausführungen zu den angeblichen Auslagen seien denn auch nicht gemacht worden, abgesehen von der Behauptung, dass der Gesuchsgegner Spesen bis Fr. 50.– damit decken müsse. Es rechtfertige sich daher, diese Pauschalspesen dem Einkommen hinzuzurechnen (Urk. 139 S. 37 f.). Pauschalspesen dienen bei leitenden Angestellten zur Deckung von mit der Arbeit, insbesondere Repräsentationspflichten und Kundenakquisition verbunde- nen Kleinauslagen, deren detaillierte Belegung einen unverhältnismässigen Auf- wand erfordern würde. Als blosser Auslagenersatz stellen Pauschalspesen grundsätzlich keinen Einkommensbestandteil dar. Jedoch wird oft ein Teil des Lohns in Spesen ausbezahlt,

welche steuerfrei und sozialabzugsbefreit sind, ohne dass diesen Spesen reale Auslagen gegenüberstehen. Solches ist dann ein verdeckter Lohn. Dass das Steueramt (aus Gründen der Praktikabilität) dies (wie auch vorliegend, vgl. Urk. 146 S. 5; Urk. 113/A1 S. 1 unten) so genehmigt, ist für das vorliegende familienrechtliche Verfahren nicht bindend, zumal damit effektive Auslagen gerade nicht festgestellt werden. Das undatierte, erst im Rahmen der Berufungsantwort eingereichte Spesenreglement H.\_\_\_\_\_ (Urk. 148/2) ist als ver-

- 14 - spätet nicht zu beachten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Zudem gehen die tatsächlichen Auslagen des Gesuchsgegners selbstredend auch daraus nicht hervor. Auch die neuen Ausführungen des Gesuchsgegners im Rahmen der Berufungsantwort betreffend Fahrspesen und (wiederum nicht näher substantiierten, geschweige denn in etwa bezifferten) Repräsentationskosten etc. können zufolge Verspätung nicht mehr gehört werden (Urk. 146 S. 5, 17). Fest steht jedoch einerseits, dass der Gesuchsgegner per 1. Januar 2011 ins obere Kader befördert wurde und auch eine Lohnerhöhung über Fr. 375.– brutto pro Monat erhielt. Zudem erhält er neu Pauschalspesen über Fr. 700.– monatlich vergütet (Prot. I S. 30, 33; Urk. 79/3; Urk. 113/A1, 2). Es darf als notorisch gelten, dass der Gesuchsgegner in dieser Position gewisse effektiven Auslagen im Zusammenhang mit den Kundenbeziehungen hat. Andererseits erscheint in der Tat nicht glaubhaft, dass er in dieser neuen Position mit erhöhter Verantwortung - trotz Entwicklungspotential - weniger als zuvor verdienen sollte. Dabei ist indessen zu beachten, dass der (leistungsabhängige) Bonus (vgl. Prot. I S. 31) im Jahr 2010 Fr. 30'000.– brutto und im Jahr 2011 noch Fr. 29'000.– brutto betrug (Urk. 79/1; Urk. 113/A1). Jedenfalls erscheint nicht glaubhaft, dass dem ganzen Pauschalspesenbetrag reale Auslagen im Zusammenhang mit den Kundenbeziehungen gegenüberstehen. So liess der Gesuchsgegner denn auch selbst protokollieren, es komme natürlich auf den Monat an, ob er den gesamten Betrag ausbebe oder ob etwas übrig bleibe (Prot. I S. 30). Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich ermessensgemäss, dem Gesuchsgegner monatlich den Betrag von Fr. 200.– für notorische Kleinspesen im Zusammenhang mit seinen Kundenbeziehungen zuzugestehen. Betreffend den übrigen Betrag (Fr. 500.–) ist demgegenüber von einem verdeckten Lohn auszugehen, welcher dem Gesuchsgegner entsprechend als Einkommen aufzurechnen ist. Damit ist betreffend das Jahr 2011 von einem jährlichen Nettoeinkommen von Fr. 149'972.– (Fr. 143'972.– + Fr. 6'000.– [12 mal Fr. 500.–]) bzw. Fr. 12'498.– netto pro Monat auszugehen. Betreffend das Jahr 2012 ging der Vorderrichter gestützt auf die damals aktenkundigen Gehaltsabrechnungen Januar und Februar 2012 (Urk. 113/A2, A3) sowie die Gehalts-/Awardmitteilung der H.\_\_\_\_\_ vom 26. Januar 2012 (Bo-

- 15 - nuserabsetzung auf Fr. 15'000.– brutto) von einem Einkommen von Fr. 141'356.– bzw. Fr. 11'780.– pro Monat netto aus (Urk. 139 S. 38 f.). Der seitens des Gesuchsgegners mit der Berufungsantwort neu eingereichte Lohnausweis 2012 (Urk. 148/8; Urk. 146 S. 6) ist ein zulässiges echtes Novum (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Danach erzielte der Gesuchsgegner einen Nettoverdienst von Fr. 139'433.–. Davon sind Fr. 8'400.– (12 mal Fr. 700.– Kinderzulagen; Urk. 113/A2, 3) in Abzug zu bringen und, wie dargetan, ermessensgemäss Fr. 6'000.– (12 mal Fr. 500.–) Spesen als verdeckter Lohn aufzurechnen. Somit ist von einem massgeblichen Nettoeinkommen von Fr. 137'033.– jährlich bzw. Fr. 11'419.– monatlich auszugehen. Wie gesehen wurde per Ende November 2012 das Scheidungsverfahren der Parteien pendent. Weil das Eheschutz(berufungs)gericht nur bis zur Rechtshängigkeit der Scheidungsklage zuständig ist, braucht das Einkommen des Gesuchstellers ab 2013 nicht mehr geklärt zu werden. Daher ist auch die neu eingereichte

Gehalts-/Awardmitteilung vom 23. Januar 2013 nicht beachtlich (Urk. 148/1; vgl. Urk. 138 S. 7). Ebenso wenig braucht auf die Kritik des Gesuchsgegners betreffend das von der Vorinstanz für die Jahre 2013 ff. herangezogene Durchschnittseinkommen der Vorjahre (Urk. 146 S. 5 f.) näher eingegangen zu werden. Und schliesslich erübrigen sich Weiterungen betreffend die neue Argumentation des Gesuchsgegners im Rahmen seiner Stellungnahme vom 23. Juli 2013, wonach ihm - mit Blick auf die nunmehr definitive Kinderbetreuungsregelung gemäss der Teilvereinbarung im Scheidungsverfahren vom 6. Juni 2013 (Urk. 156) - gemäss der einschlägigen Bundesgerichtspraxis lediglich noch 60 % seines Einkommens angerechnet werden könnten. Was darüber liege, sei ihm als überobligatorisches Einkommen zu belassen (Urk. 158 S. 7 ff., insbes. S. 10). Zusammengefasst sind dem Entscheid mithin folgende monatlichen Nettoeinkünfte des Gesuchsgegners zugrunde zu legen: Fr. 12'464.- betreffend das Jahr 2010, Fr. 12'498.- betreffend 2011 und Fr. 11'419.- betreffend 2012.

- 16 - 3.2. Einkommen Gesuchstellerin a) Die Vorinstanz erwog, die Gesuchstellerin sei seit längerer Zeit selbstständig erwerbend. In der ehemals ehelichen Liegenschaft betreibe sie eine Spaschule. Zur Errechnung ihres Einkommens sei auf die Durchschnittseinkommen der letzten Jahre abzustellen. Zum ausgewiesenen Gewinn nahm die erste Instanz jeweils Hinzurechnungen vor (Mietanteil, Fahrtkosten, Anteil Repräsentationsspesen, AHV-Nachzahlungen Vorjahr, überhöhte Büro- und Verwaltungskosten etc.). Bis ins Jahr 2010 kamen dazu noch Einkünfte aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit bei der I. \_\_\_\_\_. Das Jahr 2008 berücksichtigte die Vorinstanz mangels Vorliegens einer Erfolgsrechnung nicht. Auch das Jahr 2011 wurde ausser Acht gelassen, weil es befremdend anmute, dass die Einnahmen im Jahr 2011 um zirka einen Drittel eingebrochen sein sollten, obschon die Gesuchstellerin nicht mehr mit einer vermehrten Kinderbetreuung belastet gewesen sei. Sie habe auch nicht glaubhaft darstellen können, weshalb ihre Einnahmen derart zurückgegangen seien oder weshalb ihr ein tieferes Einkommen angerechnet werden sollte. Es sei daher auf die letzten beiden Jahre bis zur Trennung der Eheleute, d. h. die Jahre 2009 und 2010, abzustellen. Weiter sei der Gesuchstellerin entgegenzuhalten, dass sie im Jahr 2010 ihre unselbstständige Erwerbstätigkeit aufgegeben habe, ohne dass der Aufwand für die Kinderbetreuung seit der Trennung wesentlich gestiegen wäre. Vielmehr sei es so, dass sich der Gesuchsgegner vermehrt um die Kinder kümmere. Die Gesuchstellerin hätte somit die Möglichkeit, und aus Gleichbehandlungsgründen im Hinblick auf die Verteilung der Kinderbetreuung dem Gesuchsgegner gegenüber auch die Pflicht, zumindest so viel zu arbeiten, wie sie es während des Zusammenlebens getan habe. Ab einer Übergangszeit von zirka drei Monaten ab Datum dieses Entscheides, d. h. ab April 2013, seien der Gesuchstellerin daher wieder Fr. 10'656.- jährlich, entsprechend dem Jahreslohn der I. \_\_\_\_\_ 2009, bzw. Fr. 888.- pro Monat aus einer zusätzlichen Erwerbstätigkeit anzurechnen. Zusammengefasst berechnete der Erstrichter schliesslich ein Durchschnittseinkommen basierend auf den Einkünften der Jahre 2009 und 2010 aus der selbstständigen Erwerbstätigkeit sowie den effektiv erzielten Einkünften aus der unselbstständigen Erwerbstätigkeit von Fr. 65'327.- (Fr. 61'720.- plus Fr. 3'607.-) für das Jahr 2010, von Fr. 61'720.- für

- 17 - die Jahre 2011 und 2012, und Fr. 72'376.- (Fr. 61'720.- zuzüglich Fr. 10'656.-) ab April 2013 (Urk. 139 S. 33-37). b) Die Gesuchstellerin rügt, die vorinstanzliche Bemessung ihres Einkommens sei unrichtig, fehlerhaft und willkürlich. So habe die Vorinstanz ohne stichhaltige Begründung die Jahre 2008 und 2011 bei der Berechnung einfach ausgeblendet,

wobei betreffend die Nichtberücksichtigung des Jahres 2011 eine aktenwidrige und willkürliche tatsächliche Annahme getroffen worden sei. Die erste Instanz habe letztlich allein auf die Jahre 2009 und 2010 abgestellt, wobei sie betreffend das Jahr 2009 und insbesondere auch 2010 zudem unzulässige Aufrechnungen vorgenommen habe. Zusammengefasst erhalte ein durchschnittliches Jahreseinkommen von Fr. 52'590.– bzw. Fr. 4'382.50 pro Monat, wovon für die gesamte Phase auszugehen sei. Ausserdem sei ihr ab April 2013 kein hypothetisches zusätzliches Einkommen von monatlich Fr. 888.– anzurechnen. Sie sei nicht in der Lage, eine zusätzliche Anstellung zu finden, derart kurzfristig schon gar nicht. Bei der I. \_\_\_\_\_ müsste sie sich zunächst wieder als Lehrerin bewerben. Allerdings könnte sie eine solche Anstellung gar nicht annehmen, weil sie ihren Spanischschülern vornehmlich in den Abendstunden Unterricht erteile. Es handle sich um erwerbstätige Erwachsene und schulpflichtige Kinder und Jugendliche, die nur abends Zeit hätten. Daher konzentriere sich ihr Unterricht zu einem grossen Teil auf die Abendstunden. Zudem fehle es an einer entsprechenden Nachfrage. Für eine zusätzliche unselbstständige Tätigkeit bleibe auch kein Raum, da sie zusammen mit der Kinderbetreuung über keinen freien Abend mehr verfüge. Bei der I. \_\_\_\_\_ habe sie im Jahr 2009 jeweils an einem Abend pro Woche unterrichtet. Die Spanisch-Kurse bei der I. \_\_\_\_\_ hätten alle abends stattgefunden. Dies sei nur möglich gewesen, weil der Gesuchsgegner damals dann jeweils die Kinder beaufsichtigt habe. An den anderen Abenden habe sie, wie erwähnt, zu Hause unterrichtet. Überdies wären ihr die Gestehungskosten in Abzug zu bringen, weil sie auf ein Fahrzeug angewiesen sei, da sie den Weg abends zur I. \_\_\_\_\_ und nachts zurück mit öffentlichen Verkehrsmitteln nicht zu bewältigen vermöchte. Dass ihr hierfür seinerzeit ebenfalls das Fahrzeug zur Verfügung gestanden habe, sei unbestritten. Sie könne daher so oder anders kein substantielles Mehreinkommen generieren. Seit der Trennung könne sie nicht mehr an sämt-

- 18 - lichen Abenden unterrichten, da sie die Kinder E. \_\_\_\_\_ und C. \_\_\_\_\_ an 50 % der Abende alleine betreue. Hieraus werde ohne weiteres auch erklärt, dass ihre Einnahmen seit der Trennung tiefer lägen, da sie eben nicht mehr arbeiten und verdienen könne, als sie verdiene, und dies obwohl sie zusätzlich jeden zweiten Samstag arbeite, was alles bereits der Vorinstanz unterbreitet worden sei (Urk. 138 S. 8, 17 ff.). c) Der Gesuchsgegner hält entgegen, weil die Gesuchstellerin bisher keine umfassenden und glaubhaften Belege geliefert habe, sei aufgrund des Einkommens vor der Trennung bzw. ihrer Absichten sowie aufgrund von ein paar logischen Überlegungen (betreffend den maximalen Umsatz aufgrund der Stundenansätze der Sprachschule von jährlich Fr. 157'000.– brutto, den eigenen Angaben der Gesuchstellerin in Mails an ihn, worin sie ein monatliches Bruttoeinkommen von Fr. 8'200.– mitgeteilt habe, den Bankauszügen des Kontos der Gesuchstellerin aus dem Jahr 2009 sowie der Auflistung der Gesuchstellerin über Fr. 82'900.–) das Einkommen approximativ abzuschätzen und ein hypothetisches Einkommen von monatlich Fr. 8'000.– bis Fr. 8'500.– brutto, das absolut realistisch und angemessen sei, einzusetzen (Urk. 146 S. 3). d) In Übereinstimmung mit der Vorinstanz ist, wie bei Selbstständigerwerbenden üblich, auf ein repräsentatives Durchschnittseinkommen mehrerer Jahre abzustellen. Im Hinblick auf die Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens sind indessen nur die tatsächlichen Verhältnisse bis zu diesem Zeitpunkt (Ende November 2012) in die Berechnung miteinzubeziehen. Weil nunmehr rückwirkend Unterhaltsbeiträge festzulegen sind (welche dann über den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit der Scheidung fortauern, bis sie allenfalls im Rahmen vorsorglicher Massnahmen abgeändert werden), kann der Gesuchstellerin überdies kein hypothetisches

Einkommen angerechnet werden. Sodann ist zu betonen, dass im vorliegenden summarischen Verfahren bei der Ermittlung des Einkommens der selbstständig erwerbstätigen Gesuchstellerin auf die aktenkundigen Erfolgsrechnungen abzustellen ist, zumal keine (gewichtigen) Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, dass diese Zahlen nicht der Realität entsprechen bzw. nicht schlüssig sind (vgl. Bräm/Hasenböhler, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetz-

- 19 - buch, Art. 163-168 ZGB, Zürich 1993, N 76 zu Art. 163 ZGB). Dass die Gesuchstellerin nicht buchführungspflichtig ist (Urk. 125 S. 5; Urk. 126/9), spielt dabei keine Rolle. Immerhin wurden jedenfalls die Erfolgsrechnungen 2010 und 2011 (Urk. 99/1, 2) durch die J.\_\_\_\_-Treuhand Firma aufgrund der Ist-Methode (Berücksichtigung der Zahlungseingänge und Ausgänge innerhalb des Kalenderjahres ohne Abgrenzungsbuchungen) erstellt und erweisen sich denn auch als schlüssig. Es wurden die Einnahmen und die Ausgaben aufgeführt, wobei letztere detailliert aufgelistet und durch Belege untermauert wurden (vgl. Urk. 99/1, 2; Urk. 126/9, Schreiben der J.\_\_\_\_-Treuhand vom 30. Mai 2012). Diese mit Eingabe vom 23. Januar 2012 vor Vorinstanz eingereichten Abschlüsse (Urk. 98; Urk. 99/1-3) stellen im Übrigen keine unzulässigen Noven dar (vgl. Urk. 112 S. 4 f.; Urk. 158 S. 5), weil sowohl Unterhaltsbeiträge für die Gesuchstellerin persönlich als auch für die Kinder festzulegen waren. Somit waren Noven uneingeschränkt zulässig (vgl. das vor Vorinstanz anwendbare alte Verfahrensrecht § 115 Ziff. 4 ZPO/ZH; im Übrigen liesse sich die Zulässigkeit der Einreichung der Abschlüsse auch auf § 115 Ziff. 2 ZPO/ZH stützen, zumal sich die Einkünfte der Gesuchstellerin mit diesen Unterlagen sofort glaubhaft machen liessen). Die Ausgabenpositionen für das Jahr 2009 wurden demgegenüber offenbar noch durch den Gesuchsgegner selber aufgelistet und gegenüber dem Steueramt in der Steuererklärung 2009 so deklariert (Urk. 76/3, 7; Urk. 99/3; Urk. 126/9 S. 2 f.; Urk. 128 S. 7; Urk. 138 S. 11; Urk. 19/7, 8). Auf seinen für die Gesuchstellerin während des Zusammenlebens vorgenommenen Steuerdeklarationen ist der Gesuchsgegner zu behaften. Für eine approximative Abschätzung des effektiven Einkommens der Gesuchstellerin, wie dies der Gesuchsgegner anhand eines fiktiven maximalen Umsatzes bei voller Auslastung, E-Mails der Gesuchstellerin an ihn während des Zusammenlebens betreffend einzelne Monatsbruttoeinkünfte sowie Bankauszügen betreffend das Jahr 2009 und einer Auflistung der Gesuchstellerin bezüglich der Einnahmen 2009 tun will (vgl. Urk. 146 S. 3 mit Hinweisen), besteht jedenfalls kein Raum. Die novenmässige Zulässigkeit der Vorbringen des Gesuchsgegners im Berufungsverfahren kann daher dahingestellt bleiben. Die Diskrepanz zwischen der Einnahmenaufstellung der Gesuchstellerin für das Jahr 2009 (Urk. 129/7: Fr. 82'900.–) und den in der Erfolgsrechnung 2009 aufgeführten Ein-

- 20 - nahmen (Urk. 76/3: Fr. 80'096.–; vgl. dazu auch Urk. 139 S. 33 f.) fällt im Übrigen nicht wesentlich ins Gewicht. Zudem wurde das Geschäftsjahr 2009, wie erwähnt, nicht von der Treuhandfirma, sondern dem Gesuchsgegner erstellt. Schliesslich ist zu bemerken, dass sich das Summargericht bei der Beantwortung der Frage, ob die von der Gesuchstellerin in der Erfolgsrechnung aufgelisteten Unkosten einer betrieblichen Notwendigkeit entsprachen, Zurückhaltung aufzuerlegen hat. Einerseits handelt es sich um bereits getätigte Auslagen, die nur bei offensichtlichem Rechtsmissbrauch zu streichen sind, weil im vorliegenden Ehe-schutz(berufungs-)Verfahren in der Regel auf die tatsächlichen finanziellen Verhältnisse abzustellen und hypothetischen Annahmen mit grösster Vorsicht zu begegnen ist, vor allem bei bereits pendentem Scheidungsverfahren. Ausserdem

verbietet es sich von vornherein, der Gesuchstellerin damit im Ergebnis rückwirkend ein hypothetisches Einkommen anzurechnen, da die Rückwirkung regelmässig einen grundsätzlich unzulässigen Eingriff in das Existenzminimum nach sich zieht. Andererseits muss es letztlich auch der betrieblichen Entscheidungsfreiheit eines Selbstständigerwerbenden überlassen werden, welche Art von Investitionen er für geeignet hält. Zu Recht wurde vom Erstrichter das Jahreseinkommen 2008 (Fr. 38'196.–, nämlich Fr. 16'785.– aus unselbstständiger, Fr. 21'411.– aus selbstständiger Erwerbstätigkeit, vgl. Urk. 76/2 [Berechnungsmitteilung des Steueramtes Zürich]) nicht berücksichtigt, weil keine Erfolgsrechnung aktenkundig ist und entsprechend auch nicht beurteilt werden kann, ob, wie in den anderen Jahren (vgl. unten), allenfalls Aufrechnungen vorzunehmen sind. Zudem war damals die zu Hause betriebene Sprachschule der Gesuchstellerin offenbar noch im Aufbau und wurde denn auch als selbstständiger "Nebenerwerb Ehefrau/P2" deklariert (a.a.O.), weshalb dieses tiefere Einkommen nicht repräsentativ sein kann. Der Ertrag im Jahr 2009 belief sich laut Erfolgsrechnung auf Fr. 80'096.–, während der Gewinn mit Fr. 59'485.45 ausgewiesen wurde (Urk. 76/3). Hinzu kommen Fr. 10'656.– aus der unselbstständigen Tätigkeit bei der I. \_\_\_\_\_ (Urk. 76/5).

- 21 - Die Aufrechnung des Mietanteils von Fr. 3'743.– (der bereits beim Bedarf zu berücksichtigen ist, vgl. Urk. 139 S. 34) wird von der Gesuchstellerin akzeptiert (Urk. 138 S. 11). Hingegen kritisiert sie die Aufrechnung der Position Fahrkosten/Transport über Fr. 3'600.– durch die erste Instanz. Sie habe das Fahrzeug im Zusammenhang mit ihrer Sprachschule und insbesondere für den Unterricht an der I. \_\_\_\_\_ benutzt, welcher jeweils bis spät abends gedauert habe, was mit öffentlichen Verkehrsmitteln nicht hätte bewerkstelligt werden können. Fr. 300.– pro Monat für die effektiv angefallene Fahrzeugbenutzung seien sicherlich nicht übersetzt (Urk. 138 S. 9). Inwiefern das Fahrzeug im Zusammenhang mit der Sprachschule bei der Gesuchstellerin zu Hause hätte benutzt worden sein sollen, wird hier nicht näher dargetan. Soweit aber Fahrtauslagen im Zusammenhang mit einer Angestelltentätigkeit anfielen, wären sie, soweit substantiiert, wiederum im Bedarf zu veranschlagen, weshalb die Aufrechnung dieser Position durch die Vorinstanz korrekt erfolgte. Die erste Instanz erachtete es als wenig glaubhaft, dass hinter der Aufwandposition "Repräsentationsspesen" von Fr. 1'907.50 effektiv berufsbedingte Auslagen verbucht wurden, und rechnete diesen Betrag dem Gewinn hinzu (Urk. 139 S. 34). Die Gesuchstellerin rügt, dass Repräsentationsspesen auch bei einem kleineren Betrieb (z.B. Geschenke, Einladungen etc.) anfielen, sei notorisch, und zudem ergebe sich aus den Einzelbelegen betreffend die Jahre 2010 und 2011 (Urk. 99/1-2), dass derartige Repräsentationsspesen eben tatsächlich regelmässig angefallen seien. Überdies gelte wiederum, dass es der Gesuchsgegner gewesen sei, der die Ausgabenpositionen für das Jahr 2009 selber so aufgelistet und gegenüber dem Steueramt in der Steuererklärung 2009 so deklariert habe (Urk. 138 S. 10). Betreffend die Jahre 2010 und 2011 wurden Werbe- und Repräsentationsspesen von insgesamt Fr. 2'445.70 bzw. Fr. 3'200.45 aufgelistet, spezifiziert und durch Einzelbelege untermauert. Es handelt sich vor allem um Blumenkäufe für Kunden, weitere Kundengeschenke und Restaurantbesuche mit Sprachschülern (vgl. Urk. 99/1, 2). Wenngleich die Gesuchstellerin mit Blick auf die Grösse ihrer Sprachschule mit Kundengeschenken offenbar grosszügig

- 22 - ist, hat sie diese Auslagen tatsächlich gehabt und bleibt solches ihrer Entscheidung überlassen. Es erscheint somit auch hinreichend plausibel, dass sie ebenso betreffend das

Jahr 2009 (wo ein treuhänderischer Abschluss und Einzelbelege fehlen) solche Auslagen hatte. Hier hat somit, entgegen der ersten Instanz, keine Aufrechnung zu erfolgen. Die übrigen aufgelisteten jährlichen Kosten wurden von der ersten Instanz zu Recht für glaubhaft befunden (vgl. Urk. 76/3; Urk. 139 S. 34). Insbesondere ist der ersten Instanz auch beizupflichten, dass es sich bei den vom Gesuchsgegner angefügten einzelnen Belegen, die nichts mit der Sprachschule zu tun haben sollen, was mit Ausnahme des Computers für C.\_\_\_\_\_ (Urk. 113/B33, betreffend 2011) allerdings bestritten wird (vgl. Urk. 125 S. 21), im Wesentlichen um untergeordnete Beträge handelt, welche nicht geeignet sind, die geltend gemachten Aufwandpositionen als generell übersetzt zu widerlegen (Urk. 139 S. 34; Urk. 112 S. 19; Urk. 113/A1-B49). Überdies hat der Gesuchsgegner es vor Vorinstanz denn auch unterlassen, hier einen aufzurechnenden Betrag für diese angeblich reinen Privatausgaben zu beziffern. Dass die Gesuchstellerin mit den meisten Schülern/Schülerinnen auch befreundet ist, ändert nichts daran, dass Auslagen für Restaurantbesuche mit diesen etc. zumindest auch geschäftlich begründet sind (Urk. 112 S. 20; Urk. 125 S. 22 f.; Prot. I S. 76). Richtig zog der Erstrichter sodann die in der Erfolgsrechnung 2010 enthaltenen AHV-Nachzahlungen für das Geschäftsjahr 2009 im Umfang von Fr. 4'632.60 ab (Urk. 139 S. 34 f.; Urk. 99/1; Urk. 138 S. 11). Insgesamt resultiert für das Jahr 2009 somit ein anrechenbares Gesamteinkommen von rund Fr. 72'852.- (Fr. 62'196.- + Fr. 10'656.-). Gemäss Erfolgsrechnung 2010 (Urk. 19/13 bzw. Urk. 99/1) wies die Gesuchstellerin bei einem Ertrag von Fr. 76'457.48 einen Gewinn bzw. ein Jahreseinkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit in der Höhe von Fr. 45'851.13 aus. Dazu kommen laut Lohnausweis I.\_\_\_\_\_ 2010 (Urk. 76/9) Fr. 3'607.- aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit (vgl. auch Urk. 139 S. 35; Urk. 76/10).

- 23 - Auch hier ist unbestrittenermassen der bereits im Bedarf zu berücksichtigende Mietanteil von Fr. 3'744.- aufzurechnen (Urk. 139 S. 34; Urk. 138 S. 12). Hingegen hält die Gesuchstellerin die Aufrechnung der Fahrkosten von Fr. 3'000.- auch hier für nicht gerechtfertigt. Sie habe das Fahrzeug im Jahr 2010 tatsächlich für die Berufsausübung benutzt, anfänglich noch für die abendlichen Fahrten in die I.\_\_\_\_\_ und zurück, später für die zahlreichen Einkäufe von Schulmaterialien etc. Der Gesuchsgegner habe ihr dann ja das Fahrzeug bekanntlich erst gegen Ende des Jahres 2010 weggenommen. Die effektiven Auslagen habe sie praktisch das ganze Jahr gehabt, weshalb diese zu Recht als Geschäftsaufwand geltend gemacht worden seien. Der Fahrzeugaufwand von Fr. 3'000.- jährlich bzw. Fr. 250.- monatlich sei keineswegs übersetzt (Urk. 138 S. 12). Die Fahrkosten im Zusammenhang mit der unselbstständigen Tätigkeit der Gesuchstellerin bei der I.\_\_\_\_\_ sind, wie bereits dargetan, grundsätzlich beim Bedarf zu berücksichtigen (vgl. Urk. 139 S. 34 f.). Die Gesuchstellerin führt ihre Sprachschule bei sich zu Hause. Fahrtauslagen fallen daher nicht an. Die "zahlreichen Einkäufe von Schulmaterialien etc." wurden in keiner Weise näher substantiiert, insbesondere wurde nicht verdeutlicht, um was für Material es sich genau handelte und wie häufig solche Einkäufe durch die Gesuchstellerin selbst erfolgten, geschweige denn wurden solche Einkäufe belegt. In den Akten finden sich vielmehr zahlreiche Belege betreffend Internetbestellungen von Büchern (bei amazon.de), welche der Gesuchstellerin geliefert wurden (Urk. 99/1, 2, Urk. 112 S. 25). Im Übrigen unterrichtet die Gesuchstellerin keine ganzen Schulklassen bei sich zu Hause, sondern Einzelpersonen, weshalb sich der Materialaufwand für die Erlernung einer Fremdsprache (Bücher, CDs, Kopien etc.) ohnehin in Grenzen halten dürfte. Die Aufrechnung durch die Vorinstanz erfolgte diesbezüglich somit zurecht. Für das Jahr 2010 wurden in der Erfolgsrechnung Werbe- und Repräsentationskosten von insgesamt Fr.

2'445.70 aufgeführt (Urk. 19/13). Davon rechnete die erste Instanz einen Anteil Repräsentationsspesen wie im Vorjahr von Fr. 1'907.50 dem Einkommen hinzu (Urk. 139 S. 34 f.; Urk. 76/3). Die Gesuchstellerin hält diese Aufrechnung für nicht gerechtfertigt und willkürlich. Die Werbe- und Repräsentationsspesen von total Fr. 2'445.70 seien nämlich im Jahresab-

- 24 - schluss enthalten, bei den dortigen Auslagen im Einzelnen detailliert aufgeführt und belegt, was die Vorinstanz offenbar übersehen habe (Urk. 99/1, Auslagenliste S. 2 mit Hinweisen auf beigelegte Belege). Diese Auslagen seien alle geschäftlich begründet, weshalb eine Aufrechnung nicht in Frage komme. Solche Auslagen fielen regelmässig an, insbesondere auch in früheren Jahren, und seien durch den Gesuchsgegner regelmässig steuerlich auch so deklariert worden. Die geschäftliche Begründetheit dieser Auslagen sei ohnedies belegt (Urk. 138 S. 12 f.; Urk. 99/1-2). Bei den bereits vor Vorinstanz aktenkundigen, detailliert aufgelisteten und belegten Auslagen handelt es sich vor allem um Blumenkäufe für Kunden, sonstige Kundengeschenke sowie Ausgaben für Kundenessen, mithin klassische, wenn in der Tat mit Blick auf die Grösse der Sprachschule durchaus grosszügig bemessene, aber im Verhältnis zum Gewinn noch nicht überrissene Repräsentationsspesen (vgl. Urk. 99/1). Ob solches wirtschaftlich sinnvoll war oder nicht, braucht vorliegend, wie gesagt, nicht beurteilt zu werden. Eine Hinzurechnung der Repräsentationsspesen hat somit, entgegen der ersten Instanz, zu unterbleiben. Die erste Instanz hat sodann richtigerweise die bereits im Jahr 2009 eingerechneten AHV-Nachzahlungen für das Jahr 2009 von Fr. 4'632.60 hinzugerechnet und an deren Stelle diejenigen für das Jahr 2010 von Fr. 3'200.- (recte: Fr. 3'300.-; vgl. Urk. 76/8 bzw. Urk. 99/1; Urk. 138 S. 13) abgezogen. Wie bereits die erste Instanz korrekt ausgeführt hat, vermochte die Gesuchstellerin die erheblichen Mehrauslagen für Internet-Auftritt von neu Fr. 3'220.25 gegenüber dem Vorjahr von Fr. 695.- mit Belegen auszuweisen (Urk. 99/1). Dass die Gesuchstellerin offenbar eine Kopie der bestehenden Webseite erstellen liess, damit der Gesuchsgegner keinen Zugriff mehr hat, ist nachvollziehbar und lässt den EDV-Aufwand nicht als unnötig erscheinen (Urk. 112 S. 24; Urk. 125 S. 26; Urk. 146 S. 3; Urk. 155 S. 9). Für nicht plausibel erachtete der Erstrichter dagegen den deutlich höheren Betrag für Büro- und Verwaltungskosten von Fr. 5'913.40 gegenüber dem Vorjahr von lediglich Fr. 2'509.45, dies trotz leicht geringerem Umsatz, sodass es sich - da auch keine Belege vorliegen würden - rechtfertige, den Betrag des Vorjahres

- 25 - einzusetzen und die Differenz von Fr. 3'403.95 dem Einkommen hinzuzurechnen (Urk. 139 S. 35). Die Gesuchstellerin hält eine Aufrechnung für nicht gerechtfertigt unter Hinweis auf die im Abschluss 2010 und der beigelegten Auslagenliste detailliert aufgeführten entsprechenden Auslagen (Urk. 138 S. 13). Vor Vorinstanz anerkannte der Gesuchsgegner unter dem Titel Büro- und Verwaltungskosten immerhin einen Betrag von Fr. 390.- (Anteil Mobiltelefon, Anteil Strom/Heizung, Anteil Telefon/Internet für Sprachschule; Urk. 112 S. 25). Die Büro- und Verwaltungskosten sind detailliert aufgeführt und teilweise auch belegt. Es handelt sich vornehmlich um Kosten für Tintenpatronen, Kaffeekapseln sowie Telefon- und Internetkosten und Anteil Strom/Heizung (Urk. 99/1). Diese Auslagen erscheinen angemessen und notwendig, weshalb keine Aufrechnung der Differenz zu den Kosten des Vorjahres vorzunehmen ist. Im Jahr 2011 bewegt sich diese Position im Übrigen im ähnlichen Rahmen (vgl. Fr. 5'645.30; Urk. 99/2). Als Selbstständigerwerbende benötigt die Gesuchstellerin eine Krankentaggeld- und Unfallversicherung sowie eine Erwerbsausfallversicherung (bei

Unfall). Die Krankenkasse vergütet keinen Erwerbsausfall (Urk. 125 S. 24 f.; Urk. 155 S. 8; Urk. 112 S. 22; Urk. 146 S. 3). Die in den Abschlüssen der Jahre 2010 und 2011 enthaltenen diesbezüglichen Positionen von jeweils Fr. 1'200.– ("Unfallversicherung") und Fr. 774.– ("...-Vers. Taggeld") erscheinen angemessen und glaubhaft. Dass sich lediglich betreffend die Fr. 774.– Belege finden (Fr. 162.– Unfallversicherung in Ergänzung zum UVG und Fr. 612.– Krankentaggeldversicherung), ändert nichts (Urk. 99/1, 2). Von einer Überversicherung kann, nur schon mit Blick auf die Beträge, jedenfalls nicht die Rede sein. Insgesamt ergibt sich für das Jahr 2010 somit ein Einkommen von rund Fr. 57'535.– (Fr. 53'928.– + Fr. 3'607.–). Betreffend das Jahr 2011 stellte die Vorinstanz, wie die Gesuchstellerin richtig bemerkt (Urk. 138 S. 14 f.), offenbar irrtümlicherweise auf den provisorischen Zwischenabschluss per 30. September 2011 ab, worin ein Gewinn von lediglich Fr. 36'043.20 ausgewiesen wurde (Urk. 76/11). Zuzugabe dieses markanten Gewinneinbruchs um rund einen Drittel, wobei die Gesuchstellerin nicht mit vermehrter Kinderbetreuung belastet gewesen sei und diesen Einkommensrückgang denn

- 26 - auch nicht habe erklären können, bezog die erste Instanz das Jahr 2011, wie erwähnt, nicht in die durchschnittliche Einkommensberechnung ein (Urk. 139 S. 35 f.). Gemäss Erfolgsrechnung 2011 wies die Gesuchstellerin bei einem Ertrag von Fr. 75'677.30 jedoch einen Gewinn von Fr. 44'934.10 aus (Urk. 99/2). Dieser liegt im Bereich des vorjährigen von Fr. 45'851.13 (Urk. 99/1). Aufzurechnen ist anerkanntermassen wiederum der Mietanteil von Fr. 3'744.– (Urk. 138 S. 15). Ebenso anerkennt die Gesuchstellerin, dass auch die Fahrkosten von Fr. 3'000.– aufzurechnen sind, weil sie das Fahrzeug im Jahr 2011 nicht mehr habe benutzen können, da der Gesuchsgegner ihr dieses Ende 2010 weggenommen habe (Urk. 138 S. 15). Hingegen ist davon auszugehen, dass in der gegenüber den Vorjahren erheblich erhöhten Position Sozialversicherungen von Fr. 8'135.40 (2010 waren es Fr. 3'909.85 [Urk. 99/1], 2009 Fr. 1'992.95 [Urk. 76/3]) höhere AHV-Akontozahlungen 2011 enthalten sind (vgl. Urk. 99/2, Belege), weshalb kein pauschaler Abzug in der Grössenordnung des Vorjahres über Fr. 3'300.– mehr zu erfolgen hat (Urk. 138 S. 15 unten), zumal die Gesuchstellerin die Diskrepanz zum Vorjahr nicht zu erklären vermochte und die Gewinne dieser Jahre in der gleichen Grössenordnung liegen. Unbestritten ist, dass es sich bei der Anschaffung eines Notebooks als Weihnachtsgeschenk für C.\_\_\_\_\_ über den Betrag von Fr. 1'149.– (Urk. 99/2; Urk. 113/B33) um einen privaten Aufwand handelt (Urk. 112 S. 19 f.; Urk. 125 S. 21; Urk. 146 S. 4). Diese Rechnung wurde der Treuhandfirma offenbar versehentlich übergeben, welche das Versehen nicht habe erkennen können und den Betrag in die Ausgabenliste aufgenommen habe (Urk. 125 S. 21). Dieser Betrag ist dem Gewinn daher hinzuzurechnen. Die Büro- und Verwaltungskosten über Fr. 5'645.30 sind detailliert aufgelistet, grösstenteils belegt und erscheinen auch betriebsnotwendig. Zudem liegen sie leicht unter jenen des Vorjahres.

- 27 - Neu werden Fr. 2'791.20 "Administrativkosten" aufgeführt (Urk. 99/2). Dabei handelt es sich um die belegten Honorarforderungen der J.\_\_\_\_\_ Treuhand über Fr. 1'106.40 und Fr. 1'684.80 (Urk. 99/2). Dieser Aufwand ist somit ausgewiesen und selbstverständlich auch betriebsnotwendig. Unter der Position Werbe- und Repräsentationsspesen werden nun Fr. 3'200.45 aufgelistet. Die Auslagen sind indessen detailliert aufgeführt und grösstenteils belegt (Urk. 99/2, samt Beilagen). Insbesondere die Weihnachtsgeschenke für die Kunden über Fr. 972.– bei K.\_\_\_\_\_ (verschiedene Kerzen) erscheinen zwar reichlich grosszügig, jedoch wurden die Auslagen belegt, und es geht nicht an, solche tatsächlichen geschäftlichen Ausgaben nachträglich zu kürzen, wenn sie nicht völlig exorbitant

anmuten. Es hat daher keine Aufrechnung zu erfolgen. Somit resultiert für das Jahr 2011 ein Einkommen aus der Sprachschule L. \_\_\_\_\_ von rund Fr. 52'827.–. Ihren unselbstständigen Nebenerwerb bei der I. \_\_\_\_\_ hat die Gesuchstellerin, wie erwähnt, bereits im Jahr 2010 aufgegeben. Wie dargetan verdiente die Gesuchstellerin mit ihrer selbstständigen Erwerbstätigkeit im Jahr 2009 Fr. 62'196.–, im Jahr 2010 Fr. 53'928.– und im Jahr 2011 Fr. 52'827.–. Anfangs Dezember 2010 zog der Gesuchsgegner aus (Prot. I S. 4). Obschon die Gesuchstellerin seit der Trennung nicht mehr jeden Abend Spanisch unterrichten kann, weil der Gesuchsgegner nun nicht mehr anwesend ist und die Kinderbetreuung sicherstellt (vgl. Urk. 103 S. 5; Urk. 125 S. 16 f.), bewegt sich das Einkommen 2011 etwa im gleichen Rahmen wie 2010. Offenbar konnte die Gesuchstellerin sich arrangieren. So erteilt sie insbesondere nunmehr auch an jedem zweiten Samstag Unterricht. Während der Ehe habe sie 60 % vor allem am Abend gearbeitet. Nun arbeite sie 60 bis 70 % (Prot. I S. 21, 75; Urk. 125 S. 16). Das Einkommen, welches die Gesuchstellerin im Jahr 2009 erzielte, liegt zwar merklich über den Einkünften 2010 und 2011. Allerdings ist der Ertrag 2009 (Fr. 80'096.–) nicht erheblich höher als 2010 (Fr. 76'457.48) und 2011 (Fr. 75'677.30), weshalb nicht von einem ausserordentlich guten Jahr, das nicht in die Durchschnittsberechnung mit einzubeziehen wäre, gesprochen werden kann. Vielmehr war es der Aufwand, welcher 2010 und 2011 um Einiges höher war als

- 28 - 2009. Solches kann insbesondere bei der Ist-Methode (Erfassung der Einnahmen und Ausgaben im Zeitpunkt der Bezahlung) aber nicht ausschlaggebend sein. Kann es doch sein, dass Rechnungen betreffend das Jahr 2009 erst im 2010 bezahlt wurden etc. Zudem wurden 2010 und vor allem auch 2011 um ein Vielfaches höhere Sozialversicherungszahlungen aufgeführt, welche dann, wenn das effektive Einkommen feststeht, abgerechnet und allenfalls rückvergütet werden. Überdies springen im 2010 auch die einmaligen Unkosten für den Internet-Auftritt über Fr. 3'220.25 ins Auge. Und schliesslich machte auch die Gesuchstellerin nicht (mehr) geltend, das Jahr 2009 sei nicht miteinzubeziehen (Urk. 138 S. 17; vgl. demgegenüber noch Urk. 125 S. 19). Es resultiert somit ein massgebliches Durchschnittseinkommen der Gesuchstellerin der Jahre 2009, 2010 und 2011 von rund Fr. 56'317.– bzw. rund Fr. 4'695.– monatlich. Betreffend das Jahr 2009 kommen dazu noch Fr. 10'656.– jährlich bzw. Fr. 888.– monatlich und bezüglich des Jahres 2010 Fr. 3'607.– jährlich bzw. Fr. 300.– monatlich je aus der unselbstständigen Erwerbstätigkeit in der I. \_\_\_\_\_. Damit beläuft sich das massgebliche Einkommen 2009 auf Fr. 5'583.–, 2010 auf Fr. 4'995.– und ab 2011 auf Fr. 4'695.–. 3.3. Bedarf Gesuchsgegner Der Vorderrichter berechnete einen Bedarf des Gesuchsgegners von Fr. 9'208.– bzw. Fr. 9'308.– (Erhöhung Kinderzuschlag E. \_\_\_\_\_) ab 1. Mai 2012 (Urk. 139 S. 50 f.). Die Gesuchstellerin fordert lediglich eine Reduktion der Mietkosten sowie eine Streichung der Kosten für die Ferienwohnung (Urk. 138 S. 23 ff.). Demgegenüber kritisiert der Gesuchsgegner die Positionen Gesundheitskosten, aktuelle Krankenkassenprämien, Dentalhygiene/Zahnarzt D. \_\_\_\_\_, Steuern, Ferienwohnung und Autokosten (Urk. 146 S. 8-10). Für Mietkosten wurden dem Gesuchsgegner vorinstanzlich Fr. 2'640.– veranschlagt, weil aufgrund der Aufteilung des Besuchsrechts oft alle drei Kinder beim Gesuchsgegner seien, weshalb es durchaus auch im Interesse der Kinder liege, dass er über eine grosse (5.5-Zimmer) Wohnung (in G. \_\_\_\_\_) verfüge. Solches entspreche im Übrigen auch dem ehelichen Lebensstandard. Zusätzlich

- 29 - wurden ihm Fr. 400.– für Heizung, Nebenkosten, Unterhalt in Anrechnung gebracht (Urk. 139 S. 46, 50; Urk. 23/7 S. 3). Die Gesuchstellerin moniert im Berufungsverfahren,

der Mietvertrag des Gesuchsgegners basiere auf einem Hypothekarzinssatz von 3 %. Bis heute müssten daher Senkungen erfolgt sein. Demgegenüber betrage nämlich der aktuelle Referenzzinssatz 2,25 % (gültig seit 2. Juni 2012). Die aktuellen Wohnkosten des Gesuchsgegners lägen daher mit Sicherheit deutlich tiefer. Er habe sämtliche Mietzinsänderungen samt Belegen betreffend den aktuellen Mietzins zu edieren. Es sei somit davon auszugehen, dass die Mietkosten spätestens ab 1. Januar 2013 mindestens Fr. 500.– pro Monat tiefer lägen (Urk. 138 S. 21; Urk. 141/2). Der Gesuchsgegner anerkennt, dass die Wohnkosten seiner Mietwohnung seit 1. Januar 2013 Fr. 2'449.– zuzüglich Fr. 400.– Nebenkosten betragen würden. Die von der Gegenseite eingesetzte Mietzinsreduktion von Fr. 500.– sei völlig übertrieben und abzuweisen (Urk. 146 S. 15; Urk. 148/18). Die seitens des Gesuchsgegners belegte Mietzinsreduktion per Januar 2013 kann vorliegend mit Blick auf die Zuständigkeit des Scheidungsgerichts ab Ende November 2012 keine Berücksichtigung finden. Die neue, im Hinblick auf die konkrete Höhe des Mietzinses nicht substantiierte Behauptung und Editionsaufforderung der Gesuchstellerin im Zusammenhang mit dem gesunkenen Referenzzinssatz erfolgt verspätet (vgl. Prot. I S. 19, 63; Urk. 103 S. 7 f.; Urk. 125 S. 28). Gerade der seit 2. Juni 2012 gültige aktuelle Referenzzinssatz von 2,25 % hätte bereits vor Vorinstanz geltend gemacht werden können und müssen, zumal der angefochtene Entscheid vom 19. Dezember 2012 datiert. Die Untersuchungsmaxime befreit die Parteien nicht von der Behauptungs- und Substantiierungslast. Zudem erscheint der geltend gemachte Betrag in der Tat überzogen. Es bleibt daher beim von der Vorinstanz veranschlagten und belegten Mietzins samt Nebenkosten, wobei der Vorinstanz auch darin zuzustimmen ist, dass der Gesuchsgegner mit Blick auf die Obhut über D. \_\_\_\_\_ und das ausgedehnte Besuchsrecht betreffend C. \_\_\_\_\_ und E. \_\_\_\_\_ Anspruch auf eine solche Wohnung hat. Von überhöhten Mietkosten ist nicht auszugehen. Betreffend die Ferienwohnung in .../GR wurden dem Gesuchsgegner vom Vorderrichter rund Fr. 752.– in Anrechnung gebracht. Es handelt sich um die belegten Hypothekarzinsen über Fr. 483.– pro Monat zuzüglich Fr. 223.50 für Unter-

- 30 - halt und Nebenkosten, entsprechend 0,7 % des Wertes der Wohnung zuzüglich rund Fr. 46.– Kurtaxe. Die Kosten für einen Erneuerungsfonds seien nicht substantiiert worden und könnten daher nicht berücksichtigt werden (Urk. 139 S. 48- 50; Urk. 23/11; Urk. 79/6). Die Gesuchstellerin möchte diese Kosten spätestens ab 1. Januar 2013 im Bedarf des Gesuchsgegners streichen. Die im gemeinschaftlichen Eigentum stehende Ferienwohnung sei aktenkundig leer und die Parteien hätten vereinbart, die Wohnung zu veräussern. Sie könne die Wohnung auch nicht mehr nutzen, weil der Gesuchsgegner die Schlösser ausgewechselt habe. Weil die Wohnung im gemeinschaftlichen Eigentum stehe, hätten beide Parteien ihren Anteil an den Kosten dieser Wohnung bis zum Verkauf aus dem Freibetrag zu finanzieren, wie dies bereits vor Vorinstanz beantragt worden sei. Dies auch um ein künftiges Abänderungsverfahren zu vermeiden, falls die Wohnung verkauft werde (Urk. 138 S. 22 f.). Bis zur Rechtshängigkeit der Scheidung Ende November 2012 wurde die Ferienwohnung noch nicht verkauft. Bislang bezahlte offenbar der Gesuchsgegner die damit zusammenhängenden Kosten. Die Kosten fielen an und sind daher dem Gesuchsgegner im Bedarf anzurechnen. Die vorinstanzliche Schätzung der Kosten für den Unterhalt und die übrigen Nebenkosten erscheint nachvollziehbar und wurde von den Parteien nicht konkret beanstandet (Urk. 138 S. 22 f.; Urk. 146 S. 9 f.). Die vom Gesuchsgegner nachträglich (vgl. Urk. 139 S. 48; Urk. 79/6) erst im Berufungsverfahren eingereichten Unterlagen (vgl. Urk. 146 S. 9 f.; Urk. 148/14-17) erfolgen verspätet und können keine Berücksichtigung mehr finden (Art. 317 Abs. 1 ZPO; auch Urk. 155 S. 16).

Im Übrigen weichen die neu behaupteten und belegten Kosten (Fr. 806.– 2010 und 2011, Fr. 846.– 2012 ff., vgl. demgegenüber den vor Vorinstanz noch geltend gemachten Betrag von Fr. 916.–; Urk. 139 S. 48; Prot. I S. 10) nicht gross vom erstinstanzlichen Betrag ab. Neu macht der Gesuchsgegner im Rahmen seiner Berufungsantwort Gesundheitskosten in der Höhe der jährlichen Krankenkassenfranchise von Fr. 1'500.– bzw. Fr. 125.– monatlich geltend und bringt zwei Arztrechnungen aus dem Jahr 2010 sowie eine Leistungsabrechnung der Sanitas vom 29. August 2012 bei. Die Belege für 2011 seien aufgrund der kurzen Frist und der gegenwärtigen Osterferien nicht beschaffbar (Urk. 146 S. 8). Solches erfolgt im Berufungs-

- 31 - verfahren jedoch verspätet. Der Gesuchsgegner hätte die Position bereits vor Vorinstanz geltend machen können und müssen (Art. 317 Abs. 1 ZPO; vgl. auch Urk. 155 S. 14). Insbesondere hätte er konkret dartun und belegen müssen, weshalb ihm diese jährlichen zusätzlichen Gesundheitskosten stets anfallen. Sodann lässt der Gesuchsgegner nachträglich zur Berufungsantwort vom 31. März 2013 (Urk. 146) mit Schreiben vom 4. April 2013 eine Leistungsabrechnung der Sanitas vom 6. März 2013 für das Jahr 2012 nachreichen (Urk. 149, 150). Auch diese Abrechnung wurde verspätet beigebracht, hätte sie doch unverzüglich mit der Berufungsantwort eingereicht werden können und müssen (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Daran ändert, wie eingangs dargetan, jedenfalls im vorliegenden Rechtsmittelverfahren auch die in Kinderbelangen herrschende Untersuchungsmaxime nichts. Die Krankenkassenprämien 2013 (Urk. 146 S. 8; Urk. 148/6) sind im vorliegenden Eheschutzberufungsverfahren mit Blick auf die Zuständigkeit des Scheidungsgerichts per Ende November 2012 nicht von Belang. Es bleibt daher bei den belegten Fr. 216.– Krankenkasse KVG Gesuchsgegner und Fr. 39.– Krankenkasse VVG Gesuchsgegner 2012 (Urk. 85/7). Unter dem Titel Zahnarzt/Dentalhygiene erwog die Vorinstanz, dem Gesuchsgegner seien im Verhältnis zur Gesuchstellerin Kosten in der Höhe von Fr. 76.– (recte: Fr. 67.–, vgl. Urk. 139 S. 42, 50) anzurechnen (für ihn und D.\_\_\_\_\_ und bei der Klägerin Fr. 100.– für sie, C.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_), zumal keine Zusatzversicherung für Zahn(arzt)kosten bestehe (Urk. 139 S. 42, 47). Der Gesuchsgegner hält dafür, diese Kosten seien wegen einer notwendigen Korrektur der Zahnstellung D.\_\_\_\_\_s höher als von der Vorinstanz zugestanden. Er untermauert dies mit acht Rückforderungsbelegen von Dr. med. dent. M.\_\_\_\_\_, Mai 2011 bis März 2013 als Sammelbeilage (Urk. 146 S. 8; Urk. 148/7). Auch hier handelt es sich hauptsächlich um im Berufungsverfahren nicht mehr zu hörende neue Vorbringen, welche bereits vor Vorinstanz hätten vorgebracht werden können und müssen (Art. 317 Abs. 1 ZPO; vgl. auch Urk. 155 S. 15). So begann die Behandlung offenbar bereits im Jahr 2010 (Urk. 148/7 S. 1). Der letzte Rückforderungsbeleg betreffend das Jahr 2012 datiert vom 19. November 2012 und hätte daher noch vor Erlass des erstinstanzlichen Urteils vor Vorinstanz eingereicht

- 32 - werden können und müssen. Die beiden Rechnungen vom 28. Januar 2013 und 25. März 2013 betreffen die hier nicht mehr relevante Zeit nach Rechtshängigkeit der Scheidung. Es bleibt somit auch hier beim vorinstanzlich einberechneten Betrag. Wie bereits erwähnt berechnete die erste Instanz bei beiden Parteien denselben Betrag von Fr. 700.– für Steuern (Urk. 139 S. 50 f.). Der Gesuchsgegner macht im Berufungsverfahren betreffend das Jahr 2010 neu einen monatlichen Betrag von Fr. 1'317.– und ab 2011 einen solchen von Fr. 760.– pro Monat geltend (Urk. 146 S. 9, Urk. 148/9-13). Die neuen Steuerabrechnungen vom 21. März 2011, 15. August 2012 und 24. Januar 2011 (Urk. 148/9-12) hätten jedoch bereits vor erster Instanz eingereicht werden können und müssen.

Die im summarischen Eheschutzverfahren anzurechnenden Steuerbeträge sind überdies, wie erwähnt, pflichtgemäss zu schätzen. Zu berücksichtigen sind dabei insbesondere auch die zuzusprechenden Unterhaltsbeiträge, welche der Pflichtige vom steuerbaren Einkommen abziehen und der Berechtigte als Einkommen zu versteuern hat (Urk. 155 S. 15; Urk. 158 S. 6). Die definitive Veranlagungsverfügung Kantons- und Gemeindesteuer 2011 vom 11. Januar 2013 betreffend die Steuerpflicht 1. Januar 2011 bis 31. Dezember 2011 über Fr. 681.– betrifft die Ferienwohnung in ... (Urk. 148/13). Es handelt sich hier um ein echtes Novum, welches vor Vorinstanz noch nicht beigebracht werden konnte und mit der Berufungsantwort denn auch unverzüglich geltend gemacht wurde. Zudem wurden vor Vorinstanz Steuern für diese Wohnung (Fr. 1'641.– Kantons- und Gemeindesteuern 2009) geltend gemacht (vgl. Prot. I S. 10) und (entgegen der Vorinstanz, Urk. 139 S. 48) auch belegt (Urk. 23/13, letzte beiden Seiten). Es rechtfertigt sich daher, beim Gesuchsgegner unter dem Titel Steuern Ferienwohnung den durchschnittlichen Betrag von rund Fr. 97.– (Fr. 1'641.– + Fr. 681.– : 2 : 12) in Anrechnung zu bringen. Dabei ist zu bemerken, dass die Steuern nicht in den Nebenkosten (0,7 % Wert der Liegenschaft bei Stockwerkeigentum) enthalten sind, handelt es sich dabei doch lediglich um die Unterhaltskosten, wie sie sonst als Nebenkosten in einem Mietverhältnis geschul-

- 33 - det sind (Six, Eheschutz, Ein Handbuch für die Praxis, Edition Weblaw, Bern 2008, S. 68, N 2.94). Weil es dem Gesuchsgegner möglich sei, mit dem ÖV zur Arbeit zu gehen, wofür ihm denn auch ein Betrag von Fr. 115.– in Anrechnung gebracht wurde, wurden ihm keine Kosten für ein Auto veranschlagt, obschon das von der Gesuchstellerin herausverlangte Auto laut Vorinstanz beim Gesuchsgegner verbleibt. Er habe die Kosten für ein Auto, namentlich auch den Mietzins für den Parkplatz von Fr. 150.–, aus dem Freibetrag zu bestreiten (Urk. 139 S. 47; Urk. 79/4; Urk. 23/8). Im Berufungsverfahren verlangt der Gesuchsgegner die Anrechnung von Fr. 150.– für den Garagenplatz sowie einen Kostenanteil des Fahrzeuges von Fr. 150.–. Er arbeite zur Zeit in einem Pool von Projektmanagern mit Home-Basis ... Zürich. Ein Umzug stehe jedoch aufgrund einer Reorganisation mit grosser Wahrscheinlichkeit in den nächsten Wochen an, wie die Gesuchstellerin richtig ausführe. Nun sei es aber so, dass interne Kunden akquiriert und gepflegt werden müssten, wobei die Projektabwicklung oft bei den internen Kunden vor Ort stattfinde. Daher sei der Ort der Home-Base für seine tägliche Arbeit von untergeordneter Bedeutung. Die Projekte und damit der effektive Einsatzort würden dauernd wechseln. So habe er unter anderem letztes und vorletztes Jahr ein Projekt im Kanton Aargau bei der N.\_\_\_\_\_ Bank geleitet. Für das aktuellste Projekt sässen die internen Kunden in Dübendorf. Arbeitskollegen vom gleichen Bereich wie er würden zum Beispiel seit Monaten zu einem grossen Teil bei der Drittfirma in Zürich ... arbeiten. Ausser für Fahrten zur Arbeit benötige er das Fahrzeug auch für den Transport von D.\_\_\_\_\_ zum wöchentlichen Handballtraining in O.\_\_\_\_\_ und zu den häufig an Wochenenden (schweizweit) stattfindenden Turnieren (Urk. 146 S. 10, 16 f.). Vor Vorinstanz liess der Gesuchsgegner zunächst lediglich einen Betrag für ÖV geltend machen. Allerdings waren im geltend gemachten Mietzins über Fr. 2'790.– auch Fr. 150.– Einstellplatzkosten enthalten (Prot. I S. 9 f.; Urk. 22; Urk. 23/7 S. 3; Urk. 23/8 S. 2). Die Frage, ob er von der Arbeitgeberin Fahrspesen vergütet erhalte, verneinte der Gesuchsgegner (Prot. I S. 30). Im Zusammenhang mit der Zuteilung des Fahrzeuges deponierte er, er wäre bereit, das Auto jeweils mit den Kindern mitzugeben, sofern inskünftig die Kinderobhut hälftig unter den Parteien geteilt würde (Prot. I S. 32). Im Rahmen der Fortsetzung der

- 34 - Hauptverhandlung liess der Gesuchsgegner zusätzlich zu den Kosten für den ÖV neu einen geschätzten Betrag von Fr. 350.– pro Monat für Autokosten geltend machen. Grundsätzlich könne er mit dem Zug zur Arbeit und zurück fahren. Durch die intensive Kinderbetreuung gehe er aber manchmal mit dem Auto zur Arbeit, da er dann viel schneller zu Hause sei, vor allem wenn er am Mittag nach Hause gehe. Daneben benütze er das Auto, um die Freizeit mit den Kindern abwechslungsreicher zu gestalten sowie um die grösseren Lebensmitteleinkäufe im Zusammenhang mit der Kinderbetreuung zu tätigen (Urk. 84/1 S. 7; Urk. 84/2; Prot. I S. 67-69). Die Behauptung, dass dem Gesuchsgegner im Zusammenhang mit der Arbeit Fahrtkosten entstünden, ist neu und hätte bereits vor erster Instanz vorgebracht werden können und müssen. Zudem hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Kosten für Betrieb und Unterhalt eines von diesem für die Arbeit gestellten Motorfahrzeuges zu vergüten (Art. 327b OR). Lediglich der Arbeitsweg geht zulasten des Arbeitnehmers. Wie gesehen erhält der Gesuchsgegner eine Spesenpauschale, welche laut seinen eigenen Angaben unter anderem die Fahrspesen zwischen den verschiedenen Arbeitsorten abdeckt (Urk. 146 S. 5). Mit Bezug auf die Arbeit des Gesuchsgegners kommt dem Auto mithin kein Kompetenzcharakter zu. Allerdings arbeitet der Gesuchsgegner (im Unterschied zur Gesuchstellerin) extern und Vollzeit, während er D.\_\_\_\_\_ gänzlich unter seiner Obhut hat und C.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ im Rahmen eines erweiterten Besuchsrechts die Hälfte der Zeit betreut (vgl. Urk. 156, wobei solches schon länger so praktiziert wurde, Prot. I S. 40 f.). Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich, ihm einen angemessenen Betrag für Autokosten im Zusammenhang mit der Kinderbetreuung zuzugestehen, zumal er das Fahrzeug tatsächlich benutzte, ohne hier einen Zuteilungsentscheid des Massnahmenrichters im Scheidungsverfahren vorwegzunehmen. Einschliesslich der belegten Kosten des Einstellungsplatzes über Fr. 150.– (Urk. 23/8) erscheint ein Betrag von Fr. 300.– angemessen. Zusammengefasst ist der vorinstanzlich berechnete Bedarf des Gesuchsgegners somit um Fr. 97.– Kosten Steuern Ferienwohnung sowie Fr. 300.– Auto-

- 35 - kosten zu erhöhen. Damit ist bis und mit April 2012 von einem Bedarf von Fr. 9'605.– und ab Mai 2012 von einem solchen von Fr. 9'705.– auszugehen. 3.4. Bedarf Gesuchstellerin Die Vorinstanz berechnete einen Bedarf der Gesuchstellerin mit den beiden Kindern C.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ von Fr. 6'539.– bzw. ab 1. Mai 2012 (höherer Zuschlag E.\_\_\_\_\_) von Fr. 6'639.– (Urk. 139 S. 45 f.). Dieser Bedarf wurde seitens der Gesuchstellerin nicht bestritten (Urk. 138 S. 23). Der Gesuchsgegner beanstandet demgegenüber die folgenden Positionen (Urk. 146 S. 6 f.): Nebenkosten Haus: Die Vorinstanz berechnete Fr. 690.– für Nebenkosten, entsprechend 1 % des (geschätzten) Wertes der Liegenschaft. Davon habe die Gesuchstellerin zirka Fr. 330.– ausgewiesen (Urk. 139 S. 40 f.; Urk. 19/16). Solches ist gerichtsnotorisch (Urk. 139 S. 40 mit Hinweis auf Philipp Maier, Aspekte bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen im Familienrecht, in: AJP 2007 S. 1223-1240, S. 1232 mit Hinweis auf den Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich LP050016 vom 10. Januar 2006). Dass die Gesuchstellerin nur einen Teilbetrag zu belegen vermochte (Urk. 146 S. 6), ändert nichts. Steuern: Die erste Instanz erwog, die Gesuchstellerin habe auf einem übersetzten steuerbaren Einkommen von Fr. 120'000.– beruhende Steuern geltend gemacht. Den Verhältnissen entsprechend erscheine ein Betrag von ungefähr Fr. 700.–, was 1/12 eines Monatseinkommens (inkl. allfällige Unterhaltsbeiträge) in der Grössenordnung von Fr. 8'500.– entspreche. Der nämliche Betrag wurde dem Gesuchsgegner zugestanden (Urk. 139 S. 44-46, 50 f.). Der Gesuchsgegner kritisiert, weil das steuerbare Einkommen der Gesuchstellerin deutlich tiefer als bei ihm

liege, zumal sie ihm bzw. D.\_\_\_\_\_ Unterhaltsbeiträge bezahlen müsse, sei es nicht korrekt, wenn für beide Parteien der gleiche Betrag für Steuern im Bedarf anerkannt werde. Gehe man von Fr. 760.– für ihn aus, wären das zirka Fr. 490.– (65 %) für die Gesuchstellerin monatlich (Urk. 146 S. 6 f.). Im summarischen Eheschutzverfahren sind die Steuern pflichtgemäss zu schätzen. Weil auch

- 36 - die Gesuchstellerin die an sie bzw. für C.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ zu bezahlenden Unterhaltsbeiträge zu versteuern hat, rechtfertigt es sich, auch bei beiden Parteien in etwa von gleich hohen Steuerbeträgen auszugehen (vgl. auch Urk. 155 S. 12). Unterhaltsbeiträge für den Gesuchsgegner und D.\_\_\_\_\_ schuldet die Gesuchstellerin nicht (Urk. 139 Dispositivziffer 12 ist teilrechtskräftig). Es bleibt daher beim Vorgehen der Vorinstanz. Krankenkasse: Hier ist dem Gesuchsgegner zuzustimmen, dass die Krankenkassenprämien (KVG) der Gesuchstellerin Fr. 253.– betragen (und nicht wie von der Vorinstanz versehentlich aufgeführt Fr. 263.–, Urk. 139 S. 41, 45; Urk. 146 S. 7; Urk. 19/18). Ebenso stimmt es, dass die Krankenkassenprämien (KVG) für C.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ rund Fr. 119.– und Fr. 16.– für die Zusatzversicherungen nach KVG betragen (Prämienrabatt ab 3. Kind; Urk. 19/19), somit insgesamt Fr. 135.– und nicht wie von der Vorinstanz versehentlich in der Tabelle aufgeführt Fr. 135.– zuzüglich Fr. 16.– (Urk. 139 S. 41, 45; Urk. 146 S. 7). Der Bedarf der Gesuchstellerin ist dementsprechend um Fr. 26.– herabzusetzen. Öffentlicher Verkehr: Die Vorinstanz gestand der Gesuchstellerin für die Kosten für eine Grundmobilität sowie für den Arbeitsweg einer künftig aufzunehmenden ergänzenden Erwerbstätigkeit, analog wie beim Gesuchsgegner, Fr. 115.– (Zonen G.\_\_\_\_\_ -Zürich; Urk. 79/4) zu. Die geltend gemachten Kosten für die Benutzung eines Autos wurden abgelehnt, weil das Auto für die Dauer des Eheschutzverfahrens ohnehin dem Gesuchsgegner zuzuweisen sei und die Gesuchstellerin nicht glaubhaft machen können, inwiefern einem Auto in ihrem Fall Kompetenzcharakter zukommen sollte (Urk. 139 S. 42, 45, 47). Der Gesuchsgegner will die Kosten für den öffentlichen Verkehr erst ab 1. April 2013 und nur, wenn der Gesuchstellerin das hypothetische jährliche Einkommen gemäss Vorinstanz von Fr. 10'656.– ab diesem Datum beim Einkommen aufgerechnet werde, berücksichtigen (Urk. 146 S. 7). Dies ist abzulehnen. Die Gesuchstellerin ist erwerbstätig und hat Kinder zu betreuen, weshalb ihr eine Grundmobilität zugestehen ist. Solches rechtfertigt sich sodann auch mit Blick auf den ehelichen Standard vor der Trennung und das Gleichbehandlungsgebot der Ehegatten. Es bleibt daher beim Vorgehen der ersten Instanz.

- 37 - Kinderbetreuung: Unter diesem Titel veranschlagte die Vorinstanz der Gesuchstellerin die Hälfte des geltend gemachten Betrags, nämlich Fr. 400.–, weil es der Gesuchstellerin bei der vorliegenden Aufteilung des Besuchsrechts möglich wäre, zumindest an einem der drei Tage, an denen sie die Kinder bei sich habe, keinen Spanischunterricht zu erteilen, weshalb sie dann auch keine Betreuung brauche, welche das Abendessen zubereite. Sodann sei auch zu berücksichtigen, dass sie aufgrund der Betreuungssituation die Möglichkeit habe, hin und wieder am Tag Spanisch zu unterrichten (Urk. 139 S. 43-45). Der Gesuchsgegner meint, diese Kinderbetreuerin gebe es nicht und es seien keine Belege vorgelegt worden. Die Position sei zu streichen (Urk. 146 S. 7). Dass die Gesuchstellerin vornehmlich an den Abenden zu Hause unterrichtet, steht fest. Es leuchtet daher auch ein, dass sie jemanden braucht, der das Abendessen zubereitet und für die Kinder da ist. Auch grössere Kinder brauchen noch eine Ansprechperson und können nicht einfach sich selber überlassen werden. Zudem wurden auch dem Gesuchsgegner

Kosten für die Drittbetreuung von D.\_\_\_\_\_ (Fr. 204.– sowie Fr. 56.– für den Mittagstisch) zugestanden (Urk. 139 S. 50 f.). Es bleibt daher bei der Anrechnung dieser (reduzierten) Kosten. Zusammengefasst ist der Bedarf gemäss Vorinstanz somit um Fr. 26.– (falsche Krankenkassenprämien) zu reduzieren, womit von einem Bedarf der Gesuchstellerin von Fr. 6'513.– bzw. ab Mai 2012 von Fr. 6'613.– auszugehen ist. 3.5. Unterhaltsberechnung Einkommen 2010 2011 2012 Gesuchstellerin Fr. 4'995 Fr. 4'695 Fr. 4'695 Gesuchsgegner Fr. 12'464 Fr. 12'498 Fr. 11'419 total Fr. 17'459 Fr. 17'193 Fr. 16'114 Bedarf Dez. 2010 bis April 2012 ab Mai 2012 Gesuchstellerin Fr. 6'513 Fr. 6'613 Gesuchsgegner Fr. 9'605 Fr. 9'705 total Fr. 16'118 Fr. 16'318 Betreffend den Dezember 2010 resultiert ein Freibetrag von Fr. 1'341.– (Fr. 17'459.– Gesamteinkommen - Fr. 16'118.– Gesamtbedarf), im Jahr 2011 ein solcher von Fr. 1'075.– (Fr. 17'193.– Gesamteinkommen - Fr. 16'118.– Gesamtbedarf). Von Januar 2012 bis und mit April 2012 ergibt sich ein Manko von Fr. 4.–

- 38 - (Fr. 16'114.– Gesamteinkommen - Fr. 16'118.– Gesamtbedarf), ab Mai 2012 ein solches von Fr. 204.– (Fr. 16'114.– Gesamteinkommen - Fr. 16'318.– Gesamtbedarf). Mit der ersten Instanz sind die Freibeträge der Jahre 2010 und 2011 aufgrund der etwas grösseren Kinderbetreuung durch den Gesuchsgegner diesem zu 55 % und der Gesuchstellerin zu 45 % zuzuteilen (vgl. Urk. 139 S. 52). Das Manko 2012 ff. trägt die Gesuchstellerin demgegenüber allein. Für Dezember 2010 würde sich somit ein möglicher (Gesamt-)Unterhaltsbeitrag zugunsten der Gesuchstellerin von Fr. 2'121.– (Fr. 6'513.– Bedarf Gesuchstellerin + Fr. 603.– Anteil Freibetrag - Fr. 4'995.– Einkommen Gesuchstellerin), 2011 ein solcher von Fr. 2'302.– (Fr. 6'513.– Bedarf Gesuchstellerin + Fr. 484.– Anteil Freibetrag - Fr. 4'695.– Einkommen Gesuchstellerin), von Januar 2012 bis und mit April 2012 ein solcher von Fr. 1'814.– (Fr. 11'419.– Einkommen Gesuchsgegner - Fr. 9'605.– Bedarf Gesuchsgegner) und ab Mai 2012 ein solcher von Fr. 1'714.– (Fr. 11'419.– Einkommen Gesuchsgegner - Fr. 9'705.– Bedarf Gesuchsgegner) ergeben. Die erste Instanz schied davon je Fr. 450.– für die beiden unter der Obhut der Gesuchstellerin stehenden Kinder C.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ aus, zuzüglich der Hälfte allfälliger Kinderzulagen (aufgrund der je hälftigen Betreuung; Urk. 139 S. 52). Solches erscheint angemessen. Eine Erhöhung der Kinderunterhaltsbeiträge auf Fr. 600.– je Kind und Monat, wie dies die Gesuchstellerin fordert (Urk. 138 S. 3; Antrag Ziffer 1.a), ist angesichts der vorliegenden finanziellen Verhältnisse nicht angezeigt. Dispositivziffer 8 des angefochtenen Entscheides ist somit zu bestätigen. Somit würden sich rechnerisch die folgenden persönlichen Unterhaltsbeiträge für die Gesuchstellerin ergeben: 2010 Fr. 1'221.– (Fr. 2'121.– - Fr. 900.– Kinderunterhaltsbeiträge), 2011 Fr. 1'402.– (Fr. 2'302.– - Fr. 900.–), von Januar 2012 bis und mit April 2012 Fr. 914.– (Fr. 1'814.– - Fr. 900.–) und ab Mai 2012 Fr. 814.– (Fr. 1'714.– - Fr. 900.–).

- 39 - Weil der Gesuchsgegner indessen keine selbstständige Berufung (sondern lediglich eine im summarischen Verfahren nicht zulässige Anschlussberufung, vgl. vorstehende Ziffer 2.3) erhoben hat, gilt das Verschlechterungsverbot (reformatio in peius), d.h. die Gesuchstellerin als Berufungsklägerin darf nicht schlechter gestellt werden als gemäss erstinstanzlichem Entscheid und muss im für sie ungünstigsten Fall einzig mit dessen Bestätigung durch die Berufungsinstanz rechnen. Da die Vorinstanz betreffend die im vorliegenden Berufungsverfahren relevante Zeitspanne (Dezember 2010 bis Ende November 2012) jedoch stets auf höhere als die vorliegend resultierenden persönlichen Unterhaltsbeiträge erkannte (vgl. Urk. 139 S. 59, Dispositivziffer 10: ab 1. Dezember 2010 bis 31. Dezember 2011: Fr. 1'468.–, von 1. Januar 2012 bis 30. April 2012: Fr. 1'025.– und

ab 1. Mai 2012 bis 31. Januar 2013: Fr. 1'035.–), bleibt es beim angefochtenen Entscheid. Mangels sachlicher Zuständigkeit des Eheschutzgerichts sind allerdings die persönlichen Unterhaltsbeiträge, soweit sie über den 30. November 2012 hinaus abgestuft festgelegt wurden, ersatzlos aufzuheben. Das Verschlechterungsverbot gilt bei der Prüfung der Prozessvoraussetzungen - wozu auch die sachliche Zuständigkeit gehört - nicht (Art. 59 Abs. 2 lit. b; Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich/Basel/Genf 2013, § 8 N 450, m.w.H.). Dementsprechend ist die Berufung der Gesuchstellerin vollumfänglich abzuweisen und Dispositivziffer 10 des angefochtenen Entscheids (mit der erwähnten Präzision) zu übernehmen. 4. Herausgabe Peugeot Der Vorderrichter wies das Begehren der Klägerin auf Herausgabe des Fahrzeuges Marke Peugeot 807 ab (Urk. 139 S. 18, S. 60, Dispositivziffer 15). Dagegen erhob die Klägerin, wie erwähnt, Berufung (Urk. 138 S. 3). Weil dem Eheschutzgericht indessen für Anordnungen, die einzig in die Zukunft wirken, nach Rechtshängigkeit der Scheidungsklage die sachliche Zuständigkeit fehlt, da für diese Zeit nur noch vorsorgliche Massnahmen gemäss Art. 276 Abs. 1 ZPO angeordnet werden können, kann die Kammer auf die Berufung

- 40 - fang gegen Dispositivziffer 15 (Abweisung Antrag der Gesuchstellerin auf Herausgabe des Peugeot 807) nicht eintreten. 5. Kosten- und Entschädigungsfolgen 5.1. Die erste Instanz auferlegte die Gerichtskosten samt den Kosten für den Prozessbeistand der Kinder den Parteien je hälftig und sprach dementsprechend keine Prozessentschädigungen zu (Urk. 139 S. 60, Dispositivziffern 18 und 19). Dies wurde nicht angefochten bzw. es wurde nicht, wie erforderlich, explizit eine Neuregelung der erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen verlangt (Urk. 138 S. 3), weshalb das angefochtene Urteil diesbezüglich denn auch teilrechtskräftig wurde (vgl. vorstehende Ziffer 2.4). 5.2. Zwar ist die Berufung der Gesuchstellerin vollumfänglich abzuweisen bzw. betreffend die Herausgabe des Fahrzeuges nicht darauf einzutreten, allerdings ist auch auf die (unzulässige) Anschlussberufung des Gesuchsgegners nicht einzutreten. Damit bezweckte der Gesuchsgegner seine Besserstellung, wobei die diesbezüglichen Ausführungen im Rahmen der Berufungsantwort zu berücksichtigen waren. Solches war aufwandsmässig der Würdigung der Ausführungen der Gesuchstellerin mindestens ebenbürtig. Es rechtfertigt sich daher, die Kosten des Berufungsverfahrens den Parteien je hälftig aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen. Die Kosten sind mit dem seitens der Gesuchstellerin geleisteten Gerichtskostenvorschuss über Fr. 5'500.– (Prot. II S. 2; Urk. 143; Urk. 144) zu verrechnen. Der Gesuchsgegner hat der Gesuchstellerin den auf ihn entfallenden Anteil zu ersetzen (Art. 111 Abs. 1 und 2 ZPO). Es wird beschlossen:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.