

ZH_OBERGERICHT LY120018 vom 7. Februar 2013

ZH Obergericht, 2013-02-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY120018

FR: ZH_OBERGERICHT LY120018 du 7 février 2013

IT: ZH_OBERGERICHT LY120018 del 7 febbraio 2013

Erwägungen

E. 1

Die Parteien haben am tt. August 2001 in C. _____ geheiratet und sind Eltern der beiden Kinder D. _____, geboren am tt.mm.2001, und E. _____, geboren am tt.mm.2003 (act. 5/3 und act. 5/39). Die Berufungsbeklagte ist zudem die Mutter der am tt.mm.2011 geborenen F. _____ (act. 6 S. 10 und act. 5/53). Nachdem die Berufungsklägerin mit Gesuch vom 30. Juli 2007 um Erlass eheschutzrichterlicher Massnahmen an das Kreisgericht Gaster-See gelangt war (act. 5/13/1), wurde mit Entscheid vom 16. November 2007 das Getrenntleben der Parteien geregelt und der Berufungsbeklagte u.a. verpflichtet, der Berufungsklägerin ab Januar 2009 an den Unterhalt der beiden Kinder D. _____ und E. _____ einen monatlich im Voraus zahlbaren Unterhaltsbeitrag von je Fr. 465.-- (zuzügl. Kinder- und Familienzulagen) und an den persönlichen Unterhalt einen monatlich im Voraus zahlbaren Unterhaltsbeitrag von Fr. 3'175.-- zu bezahlen (Geschäfts-Nr. SZ.2007.150-GS2P; act. 5/13/55).

E. 1.1

Die Eröffnung des angefochtenen Entscheides erfolgte nach dem 1. Januar 2011 und somit nach Inkrafttreten der schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008. Das Rechtsmittelverfahren richtet sich daher nach neuem Recht (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Kommt die schweizerische ZPO zur Anwendung, so sind auch die neuen kantonalen Ausführungsgesetze, wie das Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess vom

E. 1.2

Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid die rechtlichen Grundlagen der vorsorglichen Massnahmen und die Voraussetzungen ihrer Abänderung beziehungsweise der Abänderung eines eheschutzrichterlichen Entscheides zutreffend dargelegt (act. 6 S. 4 ff.). Da diese Ausführungen grundsätzlich unbestritten

- 6 - sind, kann auf eine unnötige Wiederholung verzichtet und darauf verwiesen werden.

E. 1.3

Für das Berufungsverfahren ist im Übrigen anzufügen, dass Noven gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO grundsätzlich nur beschränkt zuzulassen sind, worauf der Berufungsbeklagte zutreffend hinweist (act. 48 S. 16 f.). Das Bundesgericht bestätigte die Geltung dieser Novenbeschränkung insbesondere auch für Verfahren nach Art. 243 Abs. 2 ZPO, in welchen gemäss Art. 247 Abs. 2 ZPO die "soziale Untersuchungsmaxime" zur Anwendung gelangt (BGer, 4A_228/2012 vom 28. August 2012 = BGE 138 III 374, E. 4.3.1). Unklar ist hingegen, ob die Noven auch zu beschränken sind, wenn wie im vorliegenden Fall Kindesinteressen betroffen sind, oder ob für diese Verfahren eine Ausnahme zu machen ist, weil das Gericht (auch die zweite Instanz) von Gesetzes wegen verpflichtet ist, den

Sachver- halt zu "erforschen" und ohne Bindung an die Parteianträge zu entscheiden (sog. umfassender Official- und Untersuchungsgrundsatz; Art. 296 ZPO). Die Klärung dieser Frage kann hier noch unterbleiben, weil von der geschilderten Problematik ohnehin nur die von der Berufungsklägerin eingereichten Lohnabrechnungen für die Monate März bis Mai 2012 (act. 12/4) betroffen und massgeblich sind (vgl. nachfolgend E. 4.4). Diese Abrechnungen wurden dem Gericht nicht zur Begrün- dung der Berufung eingereicht, sondern sie fanden im Rahmen des Gesuches der Berufungsklägerin auf Verpflichtung des Berufungsbeklagten zur Leistung eines Kostenvorschusses beziehungsweise auf Gewährung der unentgeltlichen Rechts- pflege zur Darlegung der finanziellen Verhältnisse (Bedürftigkeit) Eingang in die Akten (act. 11-12 und act. 31). Liegen sie daher dem Gericht vor, muss dieses sie in Nachachtung seiner Pflicht zur Erforschung des Sachverhaltes berücksichtigen – unabhängig vom konkreten Novenrecht. 2. Abänderung Eheschutzentscheid

E. 2

Am 23. April 2010 machten die Parteien mit gemeinsamem Scheidungs- begehren das Scheidungsverfahren beim Einzelgericht des Bezirksgerichtes Zürich, 1. Abteilung, anhängig (act. 5/2). Nach Durchführung der Anhörung der Parteien, der Hauptverhandlung, der Anhörung der Kinder und erfolglosen gericht- lichen Vergleichsbemühungen, stellte der Berufungsbeklagte am 30. Septem- ber 2011 ein Begehren um Anordnung vorsorglicher Massnahmen und beantragte die Aufhebung beziehungsweise die Herabsetzung seiner Unterhaltsverpflichtun- gen (act. 5/61). Anlässlich der Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen vom 18. Januar 2012 (Prot. I S. 56 ff.) konkretisierte und begründete der Beru- fungsbeklagte seine Anträge (act. 75 S. 1). Die Berufungsklägerin schloss auf Ab- weisung dieser Anträge und verlangte ihrerseits die Abänderung der geschuldeten Unterhaltsbeiträge (act. 77 S. 1). Für die ausführliche Darstellung der vorinstanzli- chen Prozessgeschichte wird auf die Ausführungen im angefochtenen Entscheid verwiesen (act. 5/88 = act. 6, S. 2 ff.). Mit Verfügung vom 3. Mai 2012 setzte das zuständige Einzelgericht des Bezirksgerichtes Zürich in Abänderung des genann-

- 3 - ten Eheschutzentscheides den Unterhaltsbeitrag der Kinder auf je Fr. 1'100.-- hin- auf und den persönlichen Unterhaltsbeitrag für die Berufungsklägerin auf Fr. 450.-- herunter (act. 5/88 = act. 6).

E. 2.1

Die Vorinstanz begründete ihren Entscheid mit dem Umstand, dass sich die Verhältnisse seit dem Eheschutzentscheid insofern dauerhaft und wesentlich geändert hätten, als dass die Berufungsklägerin im Gegensatz zu damals ein eige- nes Einkommen erziele, weshalb sich die Abänderung des Eheschutzentscheides und eine Neufestsetzung der Unterhaltsbeiträge bereits deshalb rechtfertige. Die

- 7 - Beschwerdeführerin sei momentan zwar von der Arbeitspflicht freigestellt, das än- derte am Lohnanspruch jedoch nichts (act. 6 S. 6 f.).

E. 2.2

Die Berufungsklägerin macht mit ihrer Berufung zunächst in allgemeiner Weise geltend, die Vorinstanz habe zwar zutreffend festgestellt, dass sich die Ver- hältnisse wesentlich geändert hätten. In der Folge seien die Unterhaltsbeiträge neu und umfassend aufgrund der aktuellen Verhältnisse festzusetzen. Sie rügt, die Vor- instanz habe nur bestimmte

Positionen angepasst und sei zu Unrecht davon ausgegangen, der Eheschutzentscheid habe die anderen Positionen abschliessend fixiert (act. 2 S. 5 und S. 7 f.). Das gelte insbesondere nicht für Positionen, die nicht aufgenommen worden seien, weil das damalige Einkommen nicht zur Deckung der Mehrkosten der Trennung und der Schuldentilgung gereicht habe. Diese Positionen seien heute neu zu berücksichtigen (act. 2 S. 8).

E. 2.3

Zwar trifft es zu, dass bei Vorliegen des Abänderungstatbestandes eine komplette Neuberechnung der Unterhaltsbeiträge zu erfolgen hat, wobei immer die aktuellen Einkommen und Notbedarfspositionen einzusetzen sind. Eine Neuberechnung der Unterhaltsbeiträge muss erfolgen, da bei einer Änderung verschiedener Faktoren nicht von vorneherein fest steht, ob sich die verschiedenen Änderungen gegenseitig aufheben (BACHMANN, Die Regelung des Getrenntlebens nach Art. 176 und Art. 179 ZGB sowie nach zürcherischem Verfahrensrecht, Diss. St. Gallen 1995, S. 227 mit weiteren Hinweisen). Die Berufungsklägerin verkennt aber, dass sich die Neuberechnung an den Wertungen zu orientieren hat, die dem ursprünglichen Entscheid zugrunde lagen. Andernfalls würde die Abänderung zu einer Wiedererwägung des formell rechtskräftigen Entscheids führen, was nicht angehen kann. Daraus folgt, dass Positionen, die sich nicht verändert haben und im abzuändernden Eheschutzentscheid unberücksichtigt oder mit einem tieferen Betrag berücksichtigt waren, es auch im Rahmen der Abänderung bleiben. Das hat die Vorinstanz bereits zutreffend ausgeführt (vgl. act. 6 S. 19 und S. 20).

E. 2.4

Darüber hinaus ist betonend darauf hinzuweisen, dass Unterhaltsbeiträge in pflichtgemässer Ermessensausübung festzusetzen sind. Der Entscheid stellt daher, auch wenn dafür eine mathematische Berechnung herangezogen wird, nicht das exakte Ergebnis einer quasi wissenschaftlich genauen mathematischen Be-

-rechnung dar, sondern er ist letztlich immer nach Recht und Billigkeit zu treffen (BK-MEIER-HAYOZ, Art. 4 ZGB N 71-73; ZR 90 Nr. 95). Vor diesem Hintergrund sind nachfolgend die einzelnen bestrittenen Positionen zu prüfen. 3. Vorinstanzliche Berechnung

E. 3

Hiegegen richtet sich die von der Berufungsklägerin am 16. Mai 2012 erhobene Berufung (act. 2). Sie beantragt, es sei der angefochtene Entscheid aufgehoben und es sei der Berufungskläger zu verpflichten, ihr (der Berufungsklägerin) ab 1. Februar 2012 an den Unterhalt der beiden Kinder einen Unterhaltsbeitrag von monatlich je Fr. 1'670.-- (zuzügl. Kinderzulagen) und an ihren persönlichen Unterhalt einen Beitrag von Fr. 3'000.-- monatlich zu bezahlen. Eventuell sei im Falle der Kürzung eines der beiden Beiträge der jeweils andere Unterhaltsbeitrag entsprechend zu erhöhen. In prozessualer Hinsicht beantragt die Berufungsklägerin zudem, es sei die Vollstreckbarkeit der angefochtenen Verfügung aufzuschieben.

E. 3.1

Die Vorinstanz ging für die Berechnung der Unterhaltsbeiträge von folgenden Zahlen aus: Berufungsklägerin Berufungsbeklagter Einkommen: Fr. 5'845.-- Einkommen: Fr. 10'820.-- Bedarf: Bedarf: Grundbetrag Fr. 1'350.-- Grundbetrag Fr. 1'200.-- Grundbetrag für die Kinder Fr. 1'000.-- Wohnkosten Fr. 2'600.-- Wohnkosten Fr. 1'307.-- Telefon, Radio, TV Fr. 200.-- Telefon, Radio, TV Fr. 150.-- Hausrat / Haftpflicht Fr. 35.-- Hausrat / Haftpflicht

Fr. 35.-- Krankenkasse inkl. Kinder Fr. 715.-- Krankenkasse Fr. 249.-- Zusatzversicherung Fr. 20.-- Zusatzversicherung Fr. 20.-- Fahrtkosten / Auto Fr. 500.-- Fahrtkosten / Auto Fr. 100.-- Auswärtige Verpflegung Fr. 160.-- Auswärtige Verpflegung Fr. 200.-- Steuern Fr. 500.-- Steuern Fr. 950.-- Fremdbetreuung Kinder Fr. 650.-- Total (gerundet) Fr. 7'730.-- Total (gerundet) Fr. 4'200.-- Freibetrag: Fr. 1'400.-- Freibetrag: Fr. 3'335.--

E. 3.2

Bevor allerdings detailliert auf die Erwerbseinkommen der Parteien und die jeweiligen Bedarfszahlen einzugehen ist, ist die im Grundsatz bestrittene Rolle der am 20. November 2011 als Tochter der Berufungsklägerin und von G._____ ausserehelich geborene F._____ zu klären (act. 6 S. 10 und act. 53). Die Vorinstanz berücksichtigte in ihrem Entscheid F._____ weder einkommens- noch bedarfsseitig oder bei der Freibetragsaufteilung. Dies mit der Begründung, dass infolge der erfolgreichen Anfechtung der Vaterschaft der Berufungsbeklagte gegenüber F._____ nicht unterhaltsverpflichtet sei. Zudem seien in erster Linie die Eltern des ausserehelichen Kindes und nicht deren Ehegatten für seinen Unterhalt verantwort-

- lich. Der Berufungsbeklagte müsse deshalb der Berufungsklägerin nicht in der Erfüllung deren elterlichen Unterhaltspflicht gegenüber F._____ beistehen, weil die Berufungsklägerin selber leistungsfähig und finanziell in der Lage sei, ihren betriebsrechtlichen Notbedarf zu decken. Im Gegenteil, sie müsse vorliegend nicht einmal ihren gebührenden Bedarf einschränken, und es verbleibe ihr nach der vorliegenden Unterhaltsberechnung gar ein Überschussanteil, den sie für die Deckung der Kosten von F._____ verwenden könne (act. 6 S. 11 f.). Die mit der Geburt von F._____ einhergehende finanzielle Mehrbelastung sei von der Berufungsklägerin als eine Folge der von ihr getroffenen Lebensentscheidung hinzunehmen (act. 6 S. 30).

E. 3.3

Die Berufungsklägerin macht mit ihrer Berufung diesbezüglich geltend, die Kosten für das aussereheliche Kind F._____ seien im Bedarf vollumfänglich zu berücksichtigen, weil sie mit dem Arbeitspensum von 80 % eine überobligatorische Mehrleistung erbringe, auch um der Unterhaltspflicht gegenüber F._____ nachzukommen (act. 2 S. 6 und S. 11). Dementsprechend seien auch die auf sie entfallenden Kosten zu berücksichtigen, weil F._____ im Verhältnis zu D._____ und E._____ einen gleichberechtigten Anspruch auf Unterhalt ihr gegenüber habe, zumal der Vater von F._____ keinen Unterhalt zu leisten in der Lage sei (act. 2 S. 7 und S.19).

E. 3.4

Der Berufungsbeklagte hält dafür, dass F._____ bei der Berechnung der Unterhaltsbeiträge von ihm an die Berufungsklägerin und die beiden gemeinsamen Kinder zu Recht nicht berücksichtigt worden sei, weil sie nicht sein Kind sei und er nicht für die Untreue der Berufungsklägerin bezahlen müsse (act. 48 S. 5 f. und S. 10). Für den Fall, dass F._____ im Bedarf der Berufungsklägerin dennoch Berücksichtigung finde, sei der Berufungsklägerin aber beim Einkommen immerhin zusätzlich ein hypothetischer Unterhaltsbeitrag des Vaters von F._____ von mindestens Fr. 650.-- anzurechnen (act. 48 S. 5 f.).

E. 3.5

Ein Ehegatte, der wie vorliegend nicht gesetzlicher Elternteil eines ausserehelichen Kindes ist, ist nicht verpflichtet, direkte Beitragsleistungen an den Unterhalt dieses Kindes

zu erbringen. Es besteht nach überwiegender Lehrmeinung auch keine Verpflichtung zu direkten Beitragsleistungen an den Ehepartner, damit

- 10 - dieser seinen Pflichten gegenüber dem aus einer Drittbeziehung stammenden Kind nachkommen kann. Wenn ein Ehegatte aber nicht in der Lage ist, ohne Einschränkung seiner Unterhaltspflicht aus der ehelichen Gemeinschaft diejenige gegenüber einem ausserehelichen Kind zu erfüllen, so hat der andere Ehegatte auf Grund der – auch im Rahmen eines Eheschutzentscheides oder bei vorsorglichen Massnahmen geltenden – ehelichen Beistandspflicht gemäss Art. 159 Abs. 3 ZGB gleich einem Stiefelternteil indirekt an die Erfüllung der Elternpflichten des anderen beizutragen, indem er dessen verminderte Leistungsfähigkeit in der ehelichen Gemeinschaft auszugleichen oder zumindest hinzunehmen hat (HAUSHEER/SPYCHER/BRUNNER/GLOOR/BÄHLER/KIESER, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Aufl., Bern 2010, N 03.32 f. m.H. und N 06.56; BGE 127 III 68, E. 3). Letztlich bedeutet das, dass auch der Beitrag des obhutsberechtigten leiblichen Elternteils an den Unterhalt des mit ihm in Hausgemeinschaft lebenden, ausserehelichen Kindes zum vom Ehegatten auszugleichenden Familienunterhalt gemäss Art. 163 ZGB zählt (HAUSHEER/SPYCHER/BRUNNER/GLOOR/BÄHLER/KIESER, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Aufl., Bern 2010, N 06.64). Die (indirekte) Leistungspflicht des Ehegatten kommt aber nur subsidiär zum Tragen. Der untreue Ehegatte ist gehalten, zur Erfüllung seiner Pflichten als leiblicher Elternteil zuerst seine Kräfte auszuschöpfen und die zusätzliche Belastung selber auszugleichen oder hinzunehmen (BGE 129 III 417, E. 2.2). Das bedeutet im Konkreten, dass er im Falle der Obhutsberechtigung den entsprechenden Unterhaltsbeitrag gestützt auf Art. 289 ZGB vom anderen leiblichen Elternteil einzufordern hat. Ferner hat er Unterhaltsbeiträge an das aussereheliche Kind in erster Linie aus seiner Sparquote zu bezahlen. Eigenes Vermögen und Kindesvermögen müssen angezehrt werden, und es muss um Unterstützung von Verwandten nachgesucht werden. Zudem müssen zusätzliche finanzielle Mittel eingespart beziehungsweise erwirtschaftet werden, indem die persönlichen Bedürfnisse eingeschränkt und Erwerbsmöglichkeiten zu Lasten der Freizeit ausgeschöpft werden. Es sind auch die Betreuungspflichten in der Freizeit wahrzunehmen. (HAUSHEER/SPYCHER/BRUNNER/GLOOR/BÄHLER/KIESER, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Aufl., Bern 2010, N 03.34 ff.; BGE, 5A_384/2008 vom 21. Oktober 2008, E. 4.2.1).

- 11 -

E. 3.6

Daraus erhellt für den vorliegenden Fall, dass die Kosten für das aussereheliche Kind F._____ bei der Beurteilung des Unterhaltsanspruches der Berufungsklägerin gegen den Berufungsbeklagten einzurechnen sind, wobei auch die von der Berufungsklägerin zu erbringenden Mehrleistungen Berücksichtigung finden müssen. Umgekehrt besteht die Möglichkeit, bei der Unterhaltsberechnung sowohl das eine als auch das andere nicht zu berücksichtigen, sofern der Beistand des Ehegatten von vornherein nicht notwendig ist, weil bei dem auf diese Weise errechneten Bedarf und den verfügbaren finanziellen Mitteln dem anderen Ehegatten noch genügend Möglichkeiten zur Verfügung stehen, um mit den zu erbringenden Mehrleistungen in den vorstehend genannten Formen der Unterhaltspflichten gegenüber dem ausserehelichen Kind nachzukommen. Auf diese Weise ist die Vorinstanz verfahren. Die von ihr zugrunde gelegten Zahlen basieren zwar auf der vollumfänglichen Anrechnung des gesamten im Umfang der 80-prozentigen Tätigkeit

erzielten Einkommens der Berufungsklägerin. Insofern ist klarzustellen, dass es sich dabei aber nicht um eine Mehrleistung handelt, zu der die Berufungsklägerin infolge der Geburt von F._____ verpflichtet ist. Wenn dem so wäre, so wäre das Einkommen beim geschilderten Vorgehen der Unterhaltsberechnung konsequenterweise in einem gewissen Umfang in Abzug zu bringen oder gänzlich wegzulassen, wie es auch die Berufungsklägerin geltend macht. Wie im Nachfolgenden zu zeigen sein wird, gälte die Tätigkeit der Berufungsklägerin aber auch dann als zuzumut- und damit anrechenbar, wenn F._____ nicht geboren wäre (vgl. E. 4.5 und 4.6 nachfolgend). Ferner belässt die von der Vorinstanz vorgenommene und nachfolgend im Wesentlichen zu bestätigende Unterhaltsberechnung der Berufungsklägerin nebst einem gebührenden Bedarf einen Freibetrag von Fr. 1'400.-- (vgl. nachfolgende E. 4 ff.). Alleine damit besteht für die Berufungsklägerin durch Einschränkung der persönlichen Bedürfnisse und Verwendung des Freibetrages genügend Spielraum, um die bloss beschränkten finanziellen Bedürfnisse des noch nicht einmal zweijährigen Kindes zu decken. Hinzu kommt die Möglichkeit, die Unterhaltsbeiträge des leiblichen Vaters einzufordern, diese Alimente allenfalls bevorschussen zu lassen und Verwandte um Unterstützung anzugehen. Die Unterhaltspflicht der Berufungsklägerin aus der ehelichen Gemeinschaft wird durch ihre Pflichten gegenüber der aus der Drittbeziehung stammenden F._____ somit nicht berührt.

- 12 - Es besteht daher keine Einbusse, welche der Berufungsbeklagte auf Grund seiner Beistandspflicht durch Mehrleistungen ausgleichen müsste. Das vorinstanzliche Vorgehen erscheint daher gerechtfertigt. 4. Erwerbseinkommen Berufungsklägerin

E. 4

Mit Verfügung vom 24. Mai 2012 wurde der Berufung einstweilen die aufschiebende Wirkung erteilt. Gleichzeitig wurde der Berufungsklägerin Frist angesetzt um für das Berufungsverfahren einen Kostenvorschuss zu leisten (act. 7). Am 30. Mai 2012 beantragte der Berufungsbeklagte den Entzug der aufschiebenden Wirkung und die rückwirkende Wiederherstellung der Vollstreckbarkeit der angefochtenen Verfügung (act. 9). Mit Verfügung der Kammer vom 31. Mai 2012 wurde der Berufungsklägerin Gelegenheit zur diesbezüglichen Stellungnahme gegeben (act. 10). Die entsprechende Stellungnahme der Berufungsklägerin ging am 14. Juni 2012 ein (act. 18). Sie beantragte die Aufrechterhaltung der erteilten aufschiebenden Wirkung (act. 18). Mit Eingabe vom 1. Juni 2012 beantragte die Berufungsklägerin sodann die Abnahme der ihr angesetzten Frist zur Leistung des Kostenvorschusses, die Verpflichtung des Berufungsbeklagten zur Zahlung eines Prozesskostenvorschusses in der Höhe von Fr. 4'500.-- an das Obergericht, evtl. an die Berufungsklägerin, und eventualiter die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 11). In der Folge wurde mit Verfügung vom 5. Juni 2012 der Berufungsklägerin die Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses abgenommen und dem Berufungsbeklagten Gelegenheit gegeben, zum Antrag der Berufungsklägerin auf Verpflichtung des Berufungsbeklagten zur Zahlung eines Prozesskostenvorschusses Stellung zu nehmen (act. 14). Der Berufungsbeklagte nahm hierzu mit

- 4 - Eingaben vom 6. Juni 2012 (act. 16) und vom 14. Juni 2012 (act. 19) Stellung und beantragte die Abweisung des Antrages der Berufungsklägerin. Weil in den Akten Angaben zur aktuellen finanziellen Lage der Berufungsklägerin fehlten, wurde der Berufungsklägerin mit Verfügung vom 20. Juni 2012 Gelegenheit gegeben, Angaben und Belege zur Darlegung ihrer Bedürftigkeit nachzureichen (act. 21). Die Berufungsklägerin kam dieser Aufforderung mit Eingabe vom 2. Juli 2012 fristgerecht nach (act. 23-24). Die Eingabe der

Berufungsklägerin vom 2. Juli 2012 mit weiteren Angaben und Belegen wurde dem Berufungsbeklagten mit Beschluss vom 6. Juli 2012 zugestellt (act. 27). Gleichzeitig wurde das Gesuch des Berufungsbeklagten um Entzug der einstweilen erteilten aufschiebenden Wirkung und um rückwirkende Wiederherstellung der Vollstreckbarkeit der angefochtenen Verfügung abgewiesen. Zu der genannten Eingabe der Berufungsklägerin hatte der Berufungsbeklagte aber bereits mit Eingabe vom 5. Juli 2012 (hierorts eingegangen am 6. Juli 2012) unaufgefordert Stellung genommen (act. 25-26). Diese Stellungnahme wurde der Berufungsklägerin am 26. Juli 2012 zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 30). Schliesslich wies die Kammer die Begehren der Berufungsklägerin auf Verpflichtung des Berufungsbeklagten zur Zahlung eines Prozesskostenvorschusses und subsidiär auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege mit Beschluss vom 15. August 2012 ab und verpflichtete die Berufungsklägerin erneut zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Berufungsverfahren in Höhe von Fr. 4'500.--, wobei ihr bewilligt wurde, diesen Vorschuss in drei Raten von je Fr. 1'500.-- jeweils bis zum 16. jeden Monats zu bezahlen, beginnend mit dem 16. September 2012 (act. 31).

E. 4.1

Bei der Unterhaltsberechnung berücksichtigte die Vorinstanz seitens der Berufungsklägerin gestützt auf den vorgelegten Arbeitsvertrag vom 4. Mai 2010 (act. 5/41/11) und die Gehaltsabrechnungen für die Monate Juni und Juli 2010 (act. 5/20/3; act. 52) sowie Oktober bis Dezember 2011 (act. 5/78/1) ein monatliches Erwerbseinkommen von Fr. 5'845.-- netto. Darin sei auch ein jährlicher Bonus von Fr. 2'000.-- brutto beziehungsweise Fr. 1'869.10 netto eingerechnet, wie ihn die Berufungsklägerin in den vergangenen zwei Jahren erhalten habe (act. 6 S. 7 f.).

E. 4.2

Die Berufungsklägerin macht diesbezüglich geltend, die Vorinstanz habe verkannt, dass wegen ihrer vorübergehenden Freistellung nicht mit dem jährlichen Bonus gerechnet werden könne. Ihr monatliches Einkommen betrage maximal Fr. 5'617.-- (act. 2 S. 6 und S. 10 f.). Zudem sei sie nach langjähriger Praxis wegen der Betreuung der Kinder überhaupt nicht zu einer Erwerbstätigkeit verpflichtet. Mit dem Arbeitspensum von 80 % erbringe sie eine überobligatorische Mehrleistung, die der Rückzahlung von Privatschulden und der Verbesserung der Lebenssituation aller Kinder diene (act. 2 S. 6 und S. 11). Sie erbringe ferner über 100 Stunden pro Monat Unterhaltsbeiträge in Naturalleistungen durch Haushalt- und Familienarbeit. Diese seien auch zu berücksichtigen. Deshalb sei gar keines oder nur 5/8 ihres Einkommens, nämlich Fr. 3'510.--, zu berücksichtigen (act. 6 S. 12 f.).

E. 4.3

Der Berufungsbeklagte bringt dagegen vor, das Einkommen der Berufungsklägerin sei nach der Maxime der Eigenversorgungskapazität in vollem Umfang von 80 % zu berücksichtigen und die Freistellung dauere nur bis März 2013. Danach arbeite die Berufungsklägerin wieder und erhalte damit auch wieder einen Bonus (act. 48 S. 8 und S. 11 f.).

E. 4.4

Im Berufungsverfahren reichte die Berufungsklägerin die Lohnabrechnungen für die Monate März bis Mai 2012 ins Recht (act. 12/4). Diesen Abrech-

- 13 - nungen kann entnommen werden, dass der Arbeitsverdienst der Berufungsklägerin gegenüber den dem vorinstanzlichen Entscheid zu Grunde gelegten Angaben gestiegen ist und Fr. 6'491.80 beträgt, bestehend aus dem Nettoeinkommen (neu inklusive Kinder- und Familienzulagen) von Fr. 5'697.40 und einem Beitrag der Arbeitgeberin an die Krankenkassenprämien in Höhe von Fr. 794.40. Diese Veränderung ist zu berücksichtigen (vgl. E. 1.3 vorstehend). Allerdings umfasst der Beitrag der Arbeitgeberin an die Krankenkassenprämie auch diejenige von F._____ im Umfang von Fr. 40.60 (act. 24/5), welche vom hier anrechenbaren Einkommen noch abzuziehen ist. Ebenso hat die auf F._____ entfallende Kinderzulage unberücksichtigt zu bleiben. Ferner ist in Bezug auf den Bonus den Ausführungen der Berufungsklägerin zwar soweit zuzustimmen, als nicht davon ausgegangen werden kann, dass ein Bonus auch bei einer Freistellung ausbezahlt wird, da er üblicherweise eine leistungsorientierte Vergütung darstellt. Allerdings wurde die Freistellung der Berufungsklägerin nach ihren eigenen Angaben per 1. September 2012 wieder aufgehoben (act. 34/5). Vor dem Hintergrund, dass es sich somit bloss um eine vorübergehende Freistellung handelte, ist daher nicht einzusehen, warum der Berufungsklägerin kein Bonus ausbezahlt werden soll. Die Vorinstanz berücksichtigte als Bonus zutreffend einen jährlichen Betrag von Fr. 1'869.10 netto. Demnach ist von einem tatsächlichen Einkommen der Berufungsklägerin von monatlich Fr. 6'406.95 auszugehen.

E. 4.5

Der Berufungsbeklagte weist auch zutreffend darauf hin, dass bei vorsorglichen Massnahmen und im Falle von Eheschutzmassnahmen im Hinblick auf eine Scheidung, wenn die Wiederaufnahme des gemeinsamen Haushaltes nicht angestrebt wird und damit auch nicht ernsthaft gerechnet werden kann, sich die Unterhaltsbemessungskriterien an den Richtlinien zum Scheidungsunterhalt orientieren. Daher darf auch dem Ziel der wirtschaftlichen Selbständigkeit des bisher nicht oder in beschränktem Umfang erwerbstätigen Ehegatten (sog. Eigenversorgungskapazität) bei der Frage der Erwerbstätigkeit der Ehefrau eine gewisse Bedeutung zugestanden werden (vgl. HAUSHEER/SPYCHER/BRUNNER/GLOOR/BÄHLER/KIESER, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Aufl., Bern 2010, N 04.110 mit Hinweis auf BGE 130 III 537, E. 3.2, N 04.129 und N 04.61 ff.). Die insofern zu berücksichtigende Eigenversorgungskapazität beinhaltet unter anderem die Anrech-

- 14 - nung tatsächlich erzielter Erwerbseinkünfte, soweit sie nicht mit Mehrausgaben verrechnet werden oder als unzumutbar gelten (HAUSHEER/SPYCHER/BRUNNER/GLOOR/BÄHLER/KIESER, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Aufl., Bern 2010, N 05.64, N 05.71 ff., N 05.78).

E. 4.6

Die Verrechnung der mit der Erwerbstätigkeit der Berufungsklägerin zusammenhängenden Mehrausgaben (wie auswärtige Verpflegung, Fremdbetreuung Kinder etc.) findet vorliegend statt, indem die Vorinstanz diese im Bedarf der Berufungsklägerin bereits zutreffend berücksichtigt hat (vgl. act. 6 S. 16 f. und E. 6 nachfolgend). Das ficht die Berufungsklägerin auch nicht an. Die Berufungsklägerin fordert angesichts der Betreuungspflichten gegenüber den Kindern allerdings die (ganze oder teilweise) Nichtanrechnung des erzielten Einkommens, weil sie infolge Unzumutbarkeit nicht zur Erwerbstätigkeit verpflichtet sei. Damit wird Bezug auf den vom Bundesgericht entwickelten Grundsatz genommen, wonach dem betreuenden Elternteil die

(Wieder-)Aufnahme einer Erwerbsarbeit erst zumutbar ist, im Umfang von 50 % sobald das jüngste Kind 10-jährig und zu 100 % sobald das jüngste Kind 16-jährig ist (BGE 115 II 6, E. 3.c). Dabei handelt es sich jedoch um eine Richtlinie und nicht um eine starre Regel. Eine solche Unzumutbarkeit wird auf Grund der allgemein zunehmend angebotenen Unterstützung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie nur noch im Einzelfall bei konkreten Gegebenheiten angenommen (HAUSHEER/SPYCHER/BRUNNER/GLOOR/BÄHLER/KIESER, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Aufl., Bern 2010, N 05.78). Nach neuerer bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt eine Erwerbstätigkeit unabhängig des Alters des Kindes als zumutbar, wenn dessen Fremdbetreuung gesichert ist (BGer, 5A_6/2009 vom 30. April 2009, E. 2.2, sowie BGer, 5A_100/2007 vom 4. Juli 2007, E. 4). Davon ist vorliegend auszugehen, sind die entsprechenden Kosten für die beiden gemeinsamen Kinder der Parteien unbestritten im Bedarf der Berufungsklägerin berücksichtigt worden (vgl. act. 6 S. 16 f.). Die Berufungsklägerin macht auch nicht geltend, es habe sich diesbezüglich seit der erneuten Arbeitsaufnahme per 1. September 2012 etwas geändert. Vor diesem Hintergrund erscheint die Erwerbstätigkeit der Berufungsklägerin im Umfang von 80 % nicht als unzumutbar. Lediglich der Vollständigkeit halber ist anzufügen, dass sie auch dann nicht unzumutbar wäre, wenn F._____ in die Unterhaltsberechnung Eingang finden würde (vgl. E. 3 vorstehend).

- 15 - Denn einem Ehegatten, der ein Kind aus einer Drittbeziehung zu betreuen hat, wird auf Grund der zusätzlichen Elternpflichten die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit in der Regel bereits nach dem ersten Altersjahr des Kindes zugemutet (HAUSHEER/SPYCHER/BRUNNER/GLOOR/BÄHLER/KIESER, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Aufl., Bern 2010, N 03.40). Der Entscheid der Vorinstanz, das tatsächlich erzielte Einkommen der Berufungsklägerin in vollem Umfang in die Unterhaltsberechnung einfließen zu lassen, ist demnach nicht zu beanstanden. 5. Erwerbseinkommen Berufungsbeklagter

E. 5

Mit Eingabe vom 29. August 2012 ersuchte die Berufungsklägerin sinn- gemäss um Fristerstreckung für die erste und die zweite Rate des Kostenvor- schusses bis zum 16. November 2012 (act. 33). Dieses Gesuch wurde der Beru- fungsklägerin mit Verfügung vom 3. September 2012 bewilligt (act. 35). Am 16. November 2012 stellte die Berufungsklägerin erneut ein Gesuch um Erstre- ckung der Frist zur Leistung des Kostenvorschusses bis zum 6. Dezember 2012 (act. 39). Bereits am 6. November 2012 nahm der Berufungsbeklagte vorsorglich zu einem allfälligen Fristerstreckungsgesuch der Berufungsklägerin ausführlich Stellung (act. 37). Mit Verfügung vom 20. November 2012 wurde diese Stellung-

- 5 - nahme der Berufungsklägerin zur freiwilligen Vernehmlassung innert 5 Tagen zugestellt (act. 41). Eine Stellungnahme der Berufungsklägerin ging innert Frist nicht ein. Der Berufungsbeklagte nahm hingegen mit Eingabe vom 22. Novem- ber 2012 erneut unaufgefordert Stellung (act. 42). Am 27. November 2012 bezahlte die Berufungsklägerin den Kostenvorschuss (act. 45), weshalb mit Verfügung vom 4. Dezember 2012 das Gesuch der Berufungsklägerin um Erstreckung der Frist zur Leistung des Kostenvorschusses abgeschrieben und dem Berufungsbeklagten Frist angesetzt wurde, um die Berufung zu beantworten (act. 46). Die Berufungs- antwort ging am 18. Dezember 2012 innert Frist ein und wurde der Berufungsklä- gerin zugestellt (act. 48 und act. 51). Die vorinstanzlichen

Akten wurden beigezogen (act. 5). Die Sache erweist sich als spruchreif. II. 1. Rechtliche Grundlagen

E. 5.1

Dem Berufungsbeklagten rechnete die Vorinstanz gestützt auf die Lohnausweise für die Jahre 2010 und 2011 (act. 5/86) unter Berücksichtigung eines Bonus in Höhe von Fr. 10'000.-- und abzüglich der Familien- und Kinderzulagen in Höhe von Fr. 650.-- (act. 5/24/1) ein Einkommen in Höhe von Fr. 10'820.-- an (act. 6 S. 8 f.). Sie ging davon aus, dass die vom Berufungsbeklagten behaupteten künftigen Lohneinbussen mangels Belegen als blosser Spekulation unberücksichtigt zu bleiben hätten. In gleicher Weise verhalte es sich mit der von der Berufungsklägerin geltend gemachten Lohnerhöhung, gebe es dafür doch keine Anhaltspunkte (act. 6 S. 9).

E. 5.2

Die Berufungsklägerin kritisiert, dass ihr Vorbringen, der Berufungsbeklagte erziele infolge der (unbestrittenen) Beförderung ein höheres Einkommen, nicht berücksichtigt worden sei (act. 2 S. 6 und S. 13). Die Vorinstanz habe schlicht auf die Bestreitung des Berufungsbeklagten abgestellt, obwohl es nach der allgemeinen Lebenserfahrung glaubhaft sei, dass eine Beförderung mit einer Lohnerhöhung einhergehe. Die Vorinstanz hätte den Berufungsbeklagten auffordern müssen, den Lohn nach der Beförderung zu belegen (act. 2 S. 13). Die Vorinstanz habe auch den Bonus für das Jahr 2011, welcher im Februar 2012 ausbezahlt worden sei, nicht eingefordert (act. 2 S. 14).

E. 5.3

Der Berufungsbeklagte bestreitet die Beförderung nicht. Ist von einer solchen auszugehen, so kann nicht ausgeschlossen werden, dass gleichzeitig auch der Lohn des Berufungsbeklagten erhöht worden ist. Wenn dem so wäre, so wäre die Lohnerhöhung zu berücksichtigen. In Umsetzung der Untersuchungsmaxime

- 16 - wäre deshalb von Amtes wegen abzuklären, ob sich der Lohn des Berufungsbeklagten erhöht hat. Hierfür wären vom Berufungsbeklagten aktuelle Lohnabrechnungen einzufordern. Darauf kann an dieser Stelle indes verzichtet werden. Denn mit dem Berufungsbeklagten ist festzustellen (vgl. act. 48 S. 8 und S. 13), dass selbst ein allfälliges Mehreinkommen in Bezug auf die Höhe der an die Berufungsklägerin zu zahlenden Unterhaltsbeiträge ohne Relevanz ist, weil die Berufungsklägerin mit den vorhandenen Mitteln vorliegend die Obergrenze der ihr zu gewährenden Lebenshaltung bereits erreicht hat (vgl. E. 7.5 nachfolgend). Bleibt die allfällige Lohnerhöhung in diesem Sinne ohne Auswirkung, dürfte die Vorinstanz gestützt auf die eingereichten und bis Ende 2011 detailliert belegten Zahlen von einem Einkommen des Berufungsbeklagten von Fr. 10'820.-- ausgehen.

6. Bedarf Berufungsklägerin

6.1 Die Vorinstanz gestand im angefochtenen Entscheid der Berufungsklägerin einen Bedarf von insgesamt Fr. 7'730.-- zu. Sie berücksichtigte einen persönlichen Grundbetrag in Höhe von Fr. 1'350.--, einen Grundbetrag für D. _____ und E. _____ in Höhe von Fr. 1'000.--, Wohnkosten (inkl. Heizung) in Höhe von Fr. 2'600.--, Krankenkassenbeiträge in Höhe von Fr. 715.--, Kosten für den Arbeitsweg in Höhe von Fr. 500.-- und für die auswärtige Verpflegung in Höhe von Fr. 160.--, Kinderbetreuungskosten in Höhe von Fr. 650.--, Versicherungsprämien in Höhe von Fr. 54.--, Telefon, Internet und Billag in Höhe von Fr. 200.-- und Steuern in Höhe von Fr. 500.--. Nicht berücksichtigt wurden die Prämie für eine Mietzinsgarantie, Kosten für den Zahnarzt der Kinder, Kosten für den Unterhalt und die Betreuung des

Hundes, Hobbykosten der Kinder (Schwimm- und Musikunterricht) sowie Schulden und Rechtsvertretungskosten (act. 6 S. 10 ff.). Auf die einzelnen Positionen wird nachfolgend soweit eingegangen, wie sie angefochten wurden. 6.2 Die Berufungsklägerin macht geltend, der Vorderrichter habe diese letztgenannten Positionen bis auf die Schulden in ihrem Bedarf zu Unrecht nicht berücksichtigt (act. 2 S. 6). Im Einzelnen führt sie an, die Auslagen für Musik- und Schwimmunterricht der Kinder in Höhe von Fr. 130.-- seien erst mit deren Schuleintritt entstanden und deshalb neu. Sie würden zum erweiterten Notbedarf gehören und seien nicht mit dem Freibetrag zu decken. Es würde sich insbesondere nicht

- 17 - um Hobbykosten handeln, da dieser Unterricht anerkanntermassen den Lernerfolg und die Entwicklung der Kinder fördere. Sofern sie dennoch aus dem Freibetrag zu decken seien, sei dieser entsprechend anzupassen (act. 2 S. 9). Die Kosten für den Hund seien demgegenüber nicht neu, weil sie mindestens während des letzten Jahres des Zusammenlebens bereits einen Hund gehabt hätten. Deshalb gehöre dieser zum Lebensstandard (act. 2 S. 9 f.). Ferner würden die Kinder an einer Zahndysplasie leiden, weshalb regelmässige Zahnkontrollen und Behandlungen notwendig seien. Dafür sei ein fester Geldbetrag in Höhe von Fr. 103.-- festzusetzen (act. 2 S. 16). Ebenso sei die Prämie für die Mietzinsgarantie von H. _____ bei den Mietkosten zu berücksichtigen. Es sei gerichtnotorisch, dass keine Wohnung gemietet werden könne ohne eine Kaution zu leisten (act. 2 S. 16). Auch die Rechtsvertretungskosten in Höhe von Fr. 500.-- würden zu ihrem Unterhaltsbedarf gehören (act. 2 S. 17). Der ihr zugestandene Betrag für Steuern in Höhe von Fr. 500.-- sei in Anbetracht ihres Einkommens und den beantragten Unterhaltsbeiträgen im Übrigen eindeutig zu niedrig (act. 2 S. 18 f.). Im weiteren Verlauf des zweitinstanzlichen Verfahrens führt die Berufungsklägerin aus, es sei von einer Steuerbelastung von Fr. 1'500.-- auszugehen (act. 12 S. 3). Belege reicht sie hierfür indes keine ein. 6.3 Der Berufungsbeklagte bringt dagegen unter Hinweis auf die vorinstanzlichen Erwägungen vor, die Bedarfswerte seien korrekt ermittelt. Insbesondere übersteige die Steuerbelastung der Berufungsklägerin einen monatlichen Betrag von Fr. 500.-- nicht (act. 48 S. 6 f., S. 9, S. 10 f., S. 15 und S. 17). 6.4 Der Berufungsklägerin ist zwar zuzugestehen, dass dem Musik- und Schwimmunterricht der Kinder eine gewisse förderliche Wirkung nicht abgesprochen werden kann. Entgegenzuhalten ist aber, dass diese Wirkung kein Kriterium bildet, ob es sich um ein Hobby handelt oder nicht. Vielmehr ist danach zu fragen, ob eine psychologische beziehungsweise medizinische oder schulische Indikation für diese Tätigkeiten besteht. Eine solche wurde weder behauptet noch belegt. Es bestehen auch keine Anhaltspunkte für die Notwendigkeit einer entsprechenden zusätzlichen Förderung der Kinder; insbesondere nicht im Zusammenhang mit dem Schuleintritt. Es handelt sich somit um Beschäftigungen, denen die Kinder in der

- 18 - Freizeit nachkommen, und die in erster Linie dem Vergnügen und der Entspannung dienen, weshalb sie als Hobbies zu qualifizieren sind. Als solche sind sie grundsätzlich nicht neu, bestanden ja bereits im Eheschutzverfahren Hobbies, wenn es auch andere waren. Das hat die Vorinstanz bereits zutreffend ausgeführt. Damals fanden die Hobbies keinen Eingang in die Unterhaltsberechnung. Nach dem Gesagten werden sie im Rahmen der Abänderung daher auch nicht berücksichtigt – weder im Bedarf noch bei der Freibetragsaufteilung. In gleicher Weise verhält es sich mit den Kosten für den Unterhalt eines Hundes in Höhe von Fr. 150.--. Die Parteien hielten unbestrittenermassen bereits im Zeitpunkt des Eheschutzentscheidens einen Hund. Dennoch wurden dessen Unterhaltskosten nicht berücksichtigt. Im Gegensatz dazu müssen die Kosten für die

Fremdbetreuung des Hundes, welche die Berufungsklägerin mit Fr. 200.-- pro Monat belegt (act. 5/78/3), in die Unterhaltsberechnung Eingang finden, weil es sich dabei um Auslagen handelt, die erst seit der Arbeitstätigkeit der Berufungsklägerin anfallen und als damit zusammenhängende Auslagen mit dem erzielten Einkommen zu verrechnen sind (vgl. E. 4.5 und 4.6 vorstehend). Im Rahmen der Abänderung der Unterhaltsbeiträge ebenfalls nicht neu zu berücksichtigen sind ferner die besonderen Zahnartzkosten der Kinder im Zusammenhang mit ihrer Zahndysplasie. Im Eheschutzentscheid wurde dafür bereits eine Regelung getroffen, wonach die Kosten nicht in den laufenden Bedarf aufgenommen und von den Parteien je zur Hälfte getragen werden. Eine Änderung, die eine Neuurteilung rechtfertigen würde, ist seither nicht eingetreten. 6.5 Als Beleg für die jährlichen Prämien der Mietzinsgarantie reichte die Berufungsklägerin die Rechnung vom 5. Dezember 2008 für die erste Rate von Fr. 231.-- ein (act. 5/20/6). Aktuellere Rechnungen für die darauf folgenden Jahre wurden nicht eingereicht. Die erste Rate ist bei der H._____ standardisiert und trägt unabhängig der jeweiligen Garantiehöhe gleichviel. Daraus kann also nicht gelesen werden, wie hoch die weiteren jährlichen Prämien sind, welche sich individuell aus 5 % des Betrages der Mietzinsgarantie zuzüglich Verwaltungskosten von Fr. 20.-- und einer Stempelsteuer von 5 % zusammensetzen (vgl. www.H._____.ch). Die Berufungsklägerin macht hierzu auch keine Angaben. Daher ist es wenig glaubhaft, dass nach wie vor jährliche Prämien in dieser Höhe anfallen, zumal der Vertrag unter Beibringung einer anderen Garantie oder bei Hinterlegung

- 19 - der Kautions auch jederzeit kündbar ist. Ohnehin ist aber davon auszugehen, dass bereits im ehelichen Miethaus eine Kautions hatte geleistet werden müssen. Dennoch wurden im Eheschutzentscheid keine Kosten für eine Mietzinsgarantie berücksichtigt, weshalb zutreffend auch im Abänderungsverfahren darauf zu verzichten ist. 6.6 Die Rechtsvertretungskosten in Höhe von Fr. 500.-- liess die Vorinstanz mit der Begründung unberücksichtigt, sie habe bereits mit Verfügung vom 20. Oktober 2010 ein Gesuch der Berufungsklägerin um Verpflichtung des Berufungsbeklagten zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses abgewiesen (vgl. act. 5/29). Dieser Entscheid sei nicht angefochten. Damit sei die Thematik des Beistandes des Berufungsbeklagten bei der Prozessfinanzierung abgeschlossen und nicht erneut zur Diskussion zu bringen. Das Vorgehen der Berufungsklägerin, auf diesem Weg die Prozesskosten dennoch dem Berufungsbeklagten zu überbinden, sei nur schlecht nachvollziehbar und grenze an Mutwilligkeit (act. 6 S. 21). Diesen Ausführungen ist präzisierend anzufügen, dass die Rechtsvertretungskosten unter die Verfahrenskosten fallen, die ein leistungsfähiger Ehegatte nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes gestützt auf die eheliche Beistandspflicht dem andern Ehegatten im Scheidungsprozess dann bezahlen muss, wenn dieser selber nicht leistungsfähig ist (BSK ZGB I-ISENRING/KESSLER, 4. Aufl. 2010, Art. 163 N 17). Auf Grund der Subsidiarität des prozessualen Armenrechts werden bei der Prüfung der Beistandsbedürftigkeit die analog zu den für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege entwickelten Grundsätze angewendet (MAIER, Prozessuale Fragestellungen im Familienrecht anhand der Praxis der erst- und zweitinstanzlichen Gerichte des Kantons Zürich, AJP 2008, S. 568 ff., S. 577 f.; BGer 5A_455/2010 vom 16. August 2010 E. 2.2 m.H.; BGE 127 I 202 E. 3b). Tatsächlich wurde die Bedürftigkeit der Berufungsklägerin mit Verfügung vom 20. Oktober 2010 im Rahmen der Abweisung eines Prozesskostenvorschusses bereits verneint. Diese Verfügung focht die Berufungsklägerin nicht an. Im Übrigen ergibt sich auch aus der Unterhaltsberechnung ohne Weiteres, dass die Berufungsklägerin nach wie vor nicht bedürftig ist. Seither hat sich auch nichts geändert,

das eine andere Beurteilung nach sich ziehen würde. Mangels Bedürftigkeit der Berufungsklägerin hat ihr der Berufungsbeklagte die Rechtsvertretungskosten somit nicht zu bezahlen, weshalb diese Kosten vorliegend auch nicht in die Unterhaltsrechnung einzubeziehen sind.

6.7 Die monatliche Steuerbelastung der Berufungsklägerin für Kantons- und Gemeindesteuern sowie die direkte Bundessteuer schätzte die Vorinstanz gestützt auf Rechnungen für das Jahr 2011 gerundet auf Fr. 500.-- (act. 6 S. 22). Bei den genannten Rechnungen handelt es sich um bloss vorläufige, welche von einem steuerbaren Einkommen der Berufungsklägerin von Fr. 55'000.-- für die Kantons- und Gemeindesteuern und Fr. 70'300.-- für die direkte Bundessteuer ausgehen (vgl. act. 5/78/4). Das erscheint überholt, wenn der Berufungsklägerin hier ein Einkommen von monatlich Fr. 6'406.95 beziehungsweise jährlich Fr. 76'883.40 angerechnet wird. Zu diesem Betrag sind ferner die monatlichen Unterhaltsbeiträge des Berufungsbeklagten in Höhe von Fr. 2'650.-- (vgl. nachfolgend E. 7.6) zu addieren. Das ergibt ein Jahreseinkommen von rund Fr. 108'700.--. In Anbetracht dieses Betrages unter Berücksichtigung der möglichen Abzüge (zwei schulpflichtige Kinder, berufliche Auslagen, etc.) ist die monatliche Steuerbelastung der im Kanton ... lebenden Berufungsklägerin somit auf rund Fr. 1'000.-- zu schätzen.

7. Unterhaltsbeitrag 7.1 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Bedarf der Berufungsklägerin wegen den Fremdbetreuungskosten für den Hund von Fr. 200.-- und den Steuern in Höhe von Fr. 1'000.-- mit Fr. 8'430.-- um Weniges höher als von der Vorinstanz zugebilligt zu veranschlagen ist. Den Bedarf des Berufungsbeklagten bezifferte die Vorinstanz insgesamt mit Fr. 4'200.-- (act. 6 S. 22 ff.), was im zweitinstanzlichen Verfahren von keiner Partei beanstandet wird. Diesen Ausgaben stehen das in der Zwischenzeit etwas gestiegene Einkommen der Berufungsklägerin in Höhe von Fr. 6'406.95 und das Einkommen des Berufungsbeklagten in Höhe von Fr. 10'820.-- gegenüber. Ausgehend von einem Gesamteinkommen von Fr. 17'226.95 abzüglich des Gesamtbedarfes von Fr. 12'630.-- resultiert somit ein Überschuss von Fr. 4'596.95, den es als Freibetrag aufzuteilen gilt.

- 21 - 7.2 Die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz zu den Grundlagen der Freibetragsaufteilung bleiben zu Recht unbestritten, weshalb sie nicht zu wiederholen sind. Es kann darauf verwiesen werden (vgl. act. 6 S. 28 f.). Gestützt auf ihr Ermessen teilte die Vorinstanz den von ihr errechneten Freibetrag in Höhe von Fr. 4'735.-- insofern auf, als sie der Berufungsklägerin einen fixen Betrag von Fr. 1'400.-- (rund 30 %) zusprach. Dies mit der Begründung, dass die Berufungsklägerin zwar durch ihre 80-prozentige Tätigkeit nicht unwesentlich zum Einkommensüberschuss beitragen würde, und dass gewisse Aufwendungen nicht in den Bedarf aufgenommen worden seien, die unstreitig den Lebensstil geprägt hätten, wie beispielsweise Kosten für die Freizeitaktivität der Kinder. Auf der anderen Seite sei den Parteien aber bereits ein das Existenzminimum überschreitender erweiterter Bedarf zugestanden worden. Zudem dürfe die Aufteilung des Freibetrages nicht zu einer Vermögensbildung führen, welche die güterrechtliche Auseinandersetzung vorwegnehmen würde. Massgebend sei der zuletzt in der Ehe gelebte Lebensstandard, bei welchem der vierköpfigen Familie mit Blick auf die damaligen Jahreseinkommen effektiv Fr. 12'500.-- zur Verfügung gestanden habe. Würde der Berufungsklägerin mehr zugesprochen, würde das zusammen mit dem Unterhaltsbeitrag und ihrem Erwerbseinkommen zu einer Überschreitung ihres gebührenden Bedarfes führen, welcher sich an der Fortführung des gemeinsam praktizierten Lebensstandards orientiere (act. 6 S. 26 ff.).

7.3 Die Berufungsklägerin bringt dagegen vor, die Vorinstanz habe in

dieser Abwägung einerseits bei der Festsetzung des bisherigen Lebensstandards die durch die Trennung verursachten Mehrkosten in Höhe von Fr. 3'000.-- ausser Acht gelassen. Auf der anderen Seite seien die Mehreinnahmen hauptsächlich auf ihre Mehrleistungen zurückzuführen. Auch das sei zu wenig berücksichtigt worden (act. 2 S. 6 und S. 14). Ferner sei zu beachten, dass sie die Kosten für den Musik- und Schwimmunterricht der Kinder aus dem Freibetrag bezahlen müsse (act. 2 S. 9). Ihr sei deshalb der grösste Teil des Freibetrages zuzusprechen; usanze- mäss seien das zwei Drittel (act. 2 S. 15). 7.4 Der Berufungsbeklagte identifiziert sich auch diesbezüglich mit dem an- gefochtenen Entscheid indem er geltend macht, die oberste Grenze von Unter-

- 22 - haltsbeiträgen bestimme sich nach dem gebührenden Bedarf bei gleicher Lebenshaltung. Eine Sparquote dürfe zudem nicht zu einer Vermögensverschiebung führen und nur zugestanden werden, wenn schon während des Zusammenlebens eine solche bestanden hätte, was nicht der Fall gewesen sei (act. 48 S. 5 und S. 9 und S. 14). 7.5 Der Berufungsklägerin ist grundsätzlich beizupflichten, dass für die Grenzziehung nicht alleine auf die während der Ehe zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel abgestellt werden darf und die durch die Trennung verursachten Mehrkosten, die noch keinen höheren Lebensstandard vermitteln, berücksichtigt werden müssen. Finanzierte die Familie ihren Standard vorher mit Fr. 12'500.--, entspricht dieser Betrag ungefähr dem heutigen Gesamtbedarf (Fr. 8'430.-- + Fr. 4'200.-- = Fr. 12'630.--), welcher jedoch die trennungsbedingten Mehrkosten beinhaltet. Alleine die zweifach anfallenden Grundbeträge und Wohnkosten machen bereits Mehrkosten von fast Fr. 2'000.-- aus. Ferner fallen neu Berufsauslagen der Berufungsklägerin, Fremdbetreuungskosten, doppelte Versicherungen, höhere Kosten für Telefon, Radio und TV und höhere Steuern an. Die Berufungsklägerin beziffert die auf die Trennung zurückzuführenden Kosten auf Fr. 3'000.--. Diesen Betrag bestreitet der Berufungsbeklagte nicht, weshalb auf ihn abzustützen ist. Der eheliche Standard entspricht bei den heutigen Verhältnissen also einem Betrag von Fr. 15'500.-- (Fr. 12'500.-- + Fr. 3'000.--). Mit anderen Worten, die Parteien leben mit ihrem aktuellen Bedarf in rechnerischer Hinsicht im Umfang von ungefähr Fr. 3'000.-- unter dem ehelichen Standard. Dieser Betrag ist daher den Parteien zuzugestehen, wobei erfahrungsgemäss der Berufungsklägerin mit den zwei Kindern zwei Drittel (Fr. 2'000.--) und dem Berufungsbeklagten ein Drittel (Fr. 1'000.--) einzuräumen sind. Die Grenze für die bisherige Lebenshaltung der Berufungsklägerin ist also nicht wie von der Vorinstanz ermittelt bei ca. Fr. 10'000.--, sondern bei rund Fr. 10'500.-- zu ziehen (Fr. 8'430.-- + Fr. 2'000.--). Der Berufungsklägerin sind demnach bis zur dieser Obergrenze Fr. 2'000.-- aus dem Freibetrag zuzusprechen. Das erscheint angemessen, zumal die seit der Trennung generierten Mehreinnahmen hauptsächlich auf die Erwerbstätigkeit der Berufungsklägerin zurückzuführen sind. Der Rest des Freibetrages verbleibt beim Berufungsbeklagten, weil er dort an- fällt, nach der Rechtsprechung dort verbleibt und erst bei der güterrechtlichen Aus-

- 23 - einandersetzung Berücksichtigung findet. Erreicht die Berufungsklägerin mit dem Freibetrag von Fr. 2'000.-- die obere Grenze der Lebenshaltung, bleibt irrelevant, welche Kosten sie im Weiteren aus dem Freibetrag noch gedeckt haben will. 7.6 Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Berufungsklägerin beim errechneten Bedarf von Fr. 8'430.--, einem Freibetrag von Fr. 2'000.-- und dem eigenen Einkommen von Fr. 6'406.95 (inkl. Kinder- und Familienzulagen) insgesamt für sich und die Kinder einen Unterhaltsanspruch gegenüber dem Berufungsbeklagten in Höhe von rund Fr. 4'000.-- hat. Demnach sind in teilweiser Gutheissung der Berufung die von der Vorinstanz gestützt auf einen Anspruch

von Fr. 2'650.-- festgesetzten Beiträge von je Fr. 1'100.-- für den Unterhalt der beiden Kinder und einen Beitrag von Fr. 450.-- für den persönlichen Unterhalt der Berufungsklägerin entsprechend zu erhöhen. Es erscheint angemessen, die Unterhaltsbeiträge für die beiden Kinder auf je Fr. 1'500.-- und denjenigen für die Berufungsklägerin persönlich auf Fr. 1'000.-- festzusetzen. Abschliessend ist anzumerken, dass die Vorinstanz in ihrem Entscheid davon ausging, dass die Kinder- und Familienzulagen dem Berufungsbeklagten ausbezahlt werden. Gemäss Art. 8 FamZG haben anspruchsberechtigte Personen diese Zulagen zusätzlich zu Unterhaltsbeiträgen an die Kinder auszurichten. Dementsprechend wurde im Dispositiv die Unterhaltsverpflichtung des Berufungsbeklagten formuliert ("[...] einen Unterhaltsbeitrag von je Fr. 1'100.-- pro Monat zuzüglich Kinder- und Familienzulagen zu bezahlen"). Im Verlauf des Berufungsverfahrens ergab sich, dass die Kinderzulagen von je Fr. 200.-- für D._____ und E._____ und die Familienzulage in Höhe von Fr. 200.-- zwischenzeitlich direkt an die Berufungsklägerin bezahlt werden (act. 12/4; vgl. E. 4.4 vorstehend). Gemäss Schreiben der zuständigen Ausgleichskasse für das schweizerische ...-Gewerbe vom 25. Juni 2012 ist die Berufungsklägerin seit dem 17. Mai 2010 erwerbstätig und damit gemäss Art. 7 Abs. 1 lit. c FamZG erstanspruchsberechtigt (act. 26). Da diese Zulagen pro Kind nur einmal bezogen werden dürfen (sog. Verbot des Doppelbezuges; Art. 6 FamZG), entfällt mit der Begründung des Anspruches der Berufungsklägerin diejenige des Berufungsbeklagten, und er hat von Gesetzes wegen den Kindern zusätzlich zum Unterhaltsbeitrag keine Zulagen mehr zu bezahlen. Um diesen,

- 24 - aber auch allfällig künftigen Veränderungen Rechnung zu tragen, ist die von der Vorinstanz gewählte Formulierung der Unterhaltsverpflichtung des Berufungsbeklagten insofern anzupassen, als nur "allfällige" Kinder- und Familienzulagen zusätzlich zu bezahlen sind.

8. Kosten

8.1 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), ist auch im Rechtsmittelverfahren kein diesbezüglicher Entscheid zu treffen. Demgegenüber ist über die Kosten- und Entschädigungsfolge des Berufungsverfahrens bereits an dieser Stelle zu befinden.

8.2 Die Prozesskosten für das Berufungsverfahren setzen sich aus den Gerichtskosten (Entscheidgebühr) und der Parteientschädigung zusammen (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidgebühr ist im Berufungsverfahren bei einem Streitwert von Fr. 132'840.-- (vgl. act. 7) unter Berücksichtigung der wiederkehrenden Leistungen und des summarischen Charakters des Verfahrens in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 3, § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 4'500.-- festzusetzen. Die Entschädigung der Parteien richtet sich nach den Bestimmungen der AnwGebV. Die ebenfalls ermässigte Grundgebühr beträgt Fr. 2'500.-- und ist mit der Begründung oder Beantwortung des Rechtsmittels verdient (§ 4 Abs. 1 und 3, § 9, § 11 Abs. 1 sowie § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Beide Parteien hatten im Berufungsverfahren je vier weitere Rechtsschriften zu verfassen, namentlich zum Gesuch des Berufungsbeklagten um Entzug der erteilten aufschiebenden Wirkung, zum Gesuch der Berufungsklägerin um Verpflichtung des Berufungsbeklagten zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses bzw. um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und zu den zwei Fristerstreckungsgesuchen der Berufungsklägerin (vgl. act. 9, act. 11, act. 16/19, act. 18, act. 33, act. 37, act. 39, act. 42). Zudem hatte die Berufungsklägerin auf gerichtliche Aufforderung hin weitere Angaben

- 25 - und Unterlagen zur finanziellen Lage einzureichen (vgl. act. 23). Demgegenüber erscheint die Stellungnahme des Berufungsbeklagten zu den von der Kammer bei der Berufungsklägerin eingeforderten Unterlagen nicht als notwendig (vgl. act. 25). Deshalb rechtfertigt es sich, der Berufungsklägerin zur Grundgebühr einen pauschalen Zuschlag von Fr. 2'500.-- und dem Berufungsbeklagten einen pauschalen Zuschlag von Fr. 2'000.-- zu gewähren (§ 11 Abs. 2 und 3 AnwGebV). Da nur der Berufungsbeklagte einen Mehrwertsteuerzusatz verlangt hat (act. 2 S. 2, act. 48 S. 2), ist nur ihm ein solcher zuzusprechen (vgl. Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 17. Mai 2007). 8.3 Die Prozesskosten werden grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Bezogen auf ihren Antrag (Erhöhung des Anspruches um insgesamt Fr. 3'690.--) unterliegt die Berufungsklägerin im Berufungsverfahren im Umfang von Fr. 2'340.-- (ca. 63.5 %) und obsiegt im Umfang von Fr. 1'350.-- (ca. 36.5 %), während sich der Berufungsbeklagte mit dem angefochtenen Entscheid identifiziert. Es rechtfertigt sich daher, die Entscheidgebühr des Berufungsverfahrens im Umfang von Fr. 2'900.-- (ca. 63.5 %) der Berufungsklägerin und im Umfang von 1'600.-- (ca. 36.5 %) dem Berufungsbeklagten aufzuerlegen. Die Entscheidgebühr wird mit dem von der Berufungsklägerin geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Der Berufungsbeklagte ist zu verpflichten, der Berufungsklägerin Fr. 1'600.-- zu ersetzen (Art. 111 Abs. 1 und 2 ZPO). Ferner schulden sich die Parteien im gleichen Verhältnis gegenseitig eine reduzierte Parteientschädigung. Die Berufungsklägerin hat einen Entschädigungsanspruch von Fr. 1'800.-- (ca. 36.5 % von Fr. 5'000.--) und der Berufungsbeklagte hat einen Anspruch von Fr. 3'100.-- (ca. 63.5 % von Fr. 4'500.-- zzgl. MwSt von 8 %). Nach Verrechnung des gegenseitigen Entschädigungsanspruches hat die Berufungsklägerin den Berufungsbeklagten noch im Umfang von Fr. 1'300.-- für das Berufungsverfahren zu entschädigen (Art. 111 Abs. 2 ZPO).

- 26 - Es wird erkannt: 1. In teilweiser Gutheissung der Berufung wird Ziffer 2 des Dispositivs der Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom 3. Mai 2012 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt: "2. In teilweiser Gutheissung des Abänderungsbegehrens des Gesuchstellers werden die Dispositiv-Ziffern 6 und 7 des Entscheides des Kreisgerichtes Gaster-See vom 16. November 2007 mit Wirkung ab 1. Oktober 2011 aufgehoben und durch folgende Fassungen ersetzt: 6. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin an den Unterhalt der beiden Kinder D._____ und E._____ einen monatlichen im Voraus zahlbaren Unterhaltsbeitrag von je Fr. 1'500.-- pro Monat zuzüglich allfälliger Kinder- und Familienzulagen zu bezahlen. An ausserordentlichen Kosten für die Zahnbehandlung der Kinder hat sich der Gesuchsteller nach vorgängiger Einwilligung und Vorlage der Rechnung zur Hälfte zu beteiligen, sofern solche Kosten nicht durch Dritte übernommen werden (Versicherungen). 7. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin an ihren persönlichen Unterhalt einen monatlich im Voraus zahlbaren Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'000.-- pro Monat zu bezahlen." Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen. 2. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 4'500.-- festgesetzt. Sie wird im Umfang von Fr. 2'900.-- der Berufungsklägerin und im Umfang von Fr. 1'600.-- dem Berufungsbeklagten auferlegt und aus dem von der Berufungsklägerin geleisteten Vorschuss bezogen. Der Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Berufungsklägerin vom geleisteten Vorschuss Fr. 1'600.-- zu ersetzen. 3. Die Berufungsklägerin wird verpflichtet, dem Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'300.-- (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen. 4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie – unter

Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Zürich,

E. 10

Mai 2010 (GOG) und die Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV), anzuwenden. Der angefochtene Entscheid in der Sache selbst ist aber im Lichte der bisher geltenden Rechtsgrundlagen, insbesondere der zürcherischen Zivilprozessordnung (ZPO/ZH), dem Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) und der aArt. 135-149 ZGB zu prüfen, weil das Verfahren der Vorinstanz noch diesen Bestimmungen unterworfen ist (Art. 404 Abs. 1 ZPO).

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