

# ZH\_OBERGERICHT LY120043 vom 21. Dezember 2012

ZH Obergericht, 2012-12-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LY120043](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY120043)

FR: ZH\_OBERGERICHT LY120043 du 21 décembre 2012

IT: ZH\_OBERGERICHT LY120043 del 21 dicembre 2012

## Erwägungen

### E. 1

Prozessgeschichte und Gegenstand des Verfahrens

#### E. 1.1

Die Parteien stehen sich vor dem Einzelgericht im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichts Meilen (Vorinstanz) seit Dezember 2011 in einem Scheidungsverfahren gegenüber (vgl. act. 4/1). Mit Eingabe vom 27. Juli 2012 stellte die Berufungsklägerin bei der Vorinstanz das eingangs erwähnte Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen für die Dauer des Scheidungsverfahrens (act. 4/55 S. 2). Anlässlich der Verhandlung über vorsorgliche Massnahmen am 20. August 2012 erstattete der Berufungsbeklagte seine Massnahmeantwort (vgl. vorinstanzliches Protokoll S. 23, act. 4/59 und act. 4/63). Der Berufungsbeklagte stellte den Antrag, er sei zu verpflichten, der Berufungsklägerin für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens monatliche Unterhaltsbeiträge für die Kinder und sie persönlich von Fr. 4'750.– zu bezahlen. Er beantragte ausserdem eine angemessene Parteientschädigung (vgl. act. 4/63 S. 8 und act. 5 S. 2 sowie S. 3 f.). Nachdem die Berufungsklägerin mit Eingabe vom 21. August 2012 neue tatsächliche Behauptungen vorgebracht hatte (act. 4/65), nahm der Berufungsbeklagte dazu Stellung (act. 4/76). Mit Verfügung vom 17. Oktober 2012 fällt die Vorinstanz den Entscheid über die vorsorglichen Massnahmen (act. 4/78), welcher der Berufungsklägerin am 23. Oktober 2012 zugestellt wurde (act. 81/2, 82/2).

#### E. 1.1.1

Die Vorinstanz stellte auf die vom Berufungsbeklagten eingereichten Lohnabrechnungen bei seiner aktuellen Arbeitgeberin, der F.\_\_\_\_ (Generalagentur E.\_\_\_\_), ab und errechnete den Durchschnittswert des ausbezahlten Nettoeinkommens der Monate November und Dezember 2011, Januar, Februar, April, Mai, Juni und Juli 2012, was ein durchschnittliches monatliches Einkommen von Fr. 7'973.– ergab (act. 5 S. 11).

#### E. 1.1.2

Dass auf das Einkommen bei der aktuellen Arbeitgeberin, der F.\_\_\_\_, und nicht auf das Einkommen bei der ehemaligen Arbeitgeberin, der G.\_\_\_\_ AG, abzustellen ist, blieb im Berufungsverfahren unbestritten (vgl. act. 2 S. 4)

- 8 -

#### E. 1.1.3

Die Berufungsklägerin macht in ihrer Berufung im Wesentlichen und sinn gemäss geltend, der Berufungsbeklagte sei aufgrund seines strafbaren Verhaltens zum Nachteil der G.\_\_\_\_ AG sowie aufgrund falscher Angaben zu seinem Einkommen nicht glaubwürdig. Es sei auf das Einkommen des Berufungsbeklagten im Jahre 2011 abzustellen (act. 2 S. 3

f.). Das Einkommen des Berufungsbeklagten bestehe zu einem grossen Teil aus Provisionen und sei daher schwankend. Bei schwankendem Einkommen sei auf den Durchschnitt einer repräsentativen Periode abzustellen (act. 2 S. 4). Das Einkommen des Berufungsbeklagten setze sich aus den sog. Pauschalspesen, dem Fixlohn und seinen Provisionen zusammen. Es sei bereits im vorinstanzlichen Verfahren dargelegt worden, dass der Berufungsbeklagte gemäss Steuererklärungen 2010 Fr. 104'068.– netto und 2011 Fr. 101'171.– netto verdient habe (act. 2 S. 5). Gemäss Darstellung des Berufungsbeklagten habe der Saldo seines Provisionskontos Ende 2010 einen Negativsaldo von Fr. 18'786.65, Ende Dezember 2011 lediglich noch einen negativen Saldo von Fr. 17'517.60 ausgewiesen. Der Berufungsbeklagte habe somit im Jahr 2011 seine Provisionsvorschussschuld um Fr. 1'787.05 tilgen können, obwohl ihm ein Nettolohn von Fr. 101'171.– ausbezahlt worden sei. Tatsächlich habe der Berufungsbeklagte somit im Jahr 2011 wirtschaftlich ein Einkommen von Fr. 102'458.05 erzielt (act. 2 S. 5 f.). Es sei nicht erklärbar, weshalb das Einkommen des Berufungsbeklagten sich gerade im Jahre 2012 deutlich reduziert habe, nachdem es in der Vergangenheit angestiegen sei. Es sei bekannt, dass selbständig Erwerbende bzw. Parteien, welche über die Höhe ihres Einkommens zum Teil selbst bestimmen könnten, in aller Regel im Hinblick auf ein Scheidungsverfahren bzw. spätestens bei Beginn eines Scheidungsverfahrens zum Schein deutlich weniger verdienen als zuvor. Der Berufungsbeklagte würde sich entweder Provisionen aktuell nicht mehr gutschreiben lassen oder absichtlich möglichst wenige provisionsberechtigte Geschäfte abschliessen bzw. seinen Vorgesetzten noch nicht über deren Abschluss orientieren. Der Berufungsbeklagte habe im vorinstanzlichen Verfahren nie geltend gemacht, seine Geschäfte würden heute schlechter laufen als im Jahr 2011.

- 9 - Vielmehr habe er zur Begründung seiner scheinbaren Einkommensreduktion lediglich ausgeführt, die Provisionen würden zeitlich verzögert ausbezahlt und sein Provisionsvorschusskonto sei früher zu stark belastet worden, weshalb er nun den Negativsaldo ausgleichen müsse. Deshalb sei der Provisionsvorschuss von Fr. 7'000.– auf Fr. 6'500.– gekürzt worden. Da noch nicht einmal der Berufungsbeklagte geltend mache, er schliesse heute weniger Geschäfte ab oder erziele weniger hohe Provisionen als 2011, sei auf das im Jahre 2011 erzielte Nettoerwerbseinkommen von Fr. 102'500.– abzustellen (act. 2 S. 6). Es sei nicht auf einen Durchschnitt von neun Monaten (richtigerweise acht Monate) abzustellen, wie dies die Vorinstanz gemacht habe, sondern auf das Durchschnittseinkommen eines Jahres, des Jahres 2011 (welches vom Berufungsbeklagten wohl noch nicht manipuliert worden sei). Hinzu komme, dass der Berufungsbeklagte die von ihm eingereichten Lohnabrechnungen für den Zeitraum ab März 2012 derart manipuliert habe (Abdecken der Zahlen), dass nicht mehr nachvollzogen werden könne, welche Provisionen ausbezahlt worden seien und wie sich der Saldo des Provisionsvorschusskontos verändert habe. Darauf sei bereits anlässlich der Verhandlung vom 20. August 2012 hingewiesen worden (act. 2 S. 7). Den bereits vor Vorinstanz gestellten prozessualen Antrag auf Edition eines detaillierten Ausdrucks des Provisionsvorschusskontos des Berufungsbeklagten habe die Vorinstanz nicht behandelt. Stattdessen habe die Vorinstanz für glaubhaft gehalten, dass einerseits im abgedeckten Bereich nicht separat ausgerichtete Beträge des Berufungsbeklagten aufgelistet seien und dass andererseits dem Berufungsbeklagten der unter "Auszahlungsbetrag" genannte Betrag ausbezahlt werde. Dem Berufungsbeklagten komme aber keine besonders erhöhte Glaubwürdigkeit zu angesichts der begangenen Vermögensdelikte. Es sei nicht nachvollziehbar, dass die Vorinstanz unter diesen Umständen die vom Berufungsbeklagten offensichtlich manipulierten

Lohnabrechnungen einfach als glaubhaft erachte (act. 2 S. 8). Weiter sei falsch, dass die Vorinstanz bei der Berechnung des dem Berufungsbe- klagten anrechenbaren Einkommens auf den sog. Auszahlungsbetrag (Total von

- 10 - Nettoeinkommen und Spesenpauschale) abgestellt habe. Aus den für den Zeit- raum November 2011 bis Februar 2012 eingereichten Lohnabrechnungen, welche wohl nicht manipuliert worden seien, ergebe sich, dass der Berufungsbeklagte je- den Monat ein gewisses Fixum (Fixlohn plus Provisionsvorschuss) sowie die Spesenpauschale erhalte. Weiter erziele er jeden Monat einen unterschiedlich hohen Anspruch auf Provisionen, bspw. im November 2011 Fr. 10'172.40, im De- zember 2011 Fr. 14'694.70. Ausbezahlt werde ihm aber jeweils nicht sein effekti- ver Provisionsanspruch, sondern der Provisionsvorschuss von ursprünglich Fr. 7'000.– und aktuell angeblich Fr. 6'500.–. Die Differenz zwischen Provisions- vorschuss und effektiv erwirtschaftetem Provisionsanspruch werde dem Provi- sionsvorschusskonto gutgeschrieben (act. 2 S. 8 f.). Dem Berufungsbeklagten sei ohne weiteres zumutbar, aktuell und in Zukunft min- destens dasselbe Einkommen wie im Jahre 2011 zu erzielen. Es sei entspre- chend dem Jahr 2011 jedenfalls von einem durchschnittlichen monatlichen Netto- einkommen des Berufungsbeklagten von Fr. 8'550.– pro Monat auszugehen (act. 2 S. 9).

#### **E. 1.1.4**

Der Berufungsbeklagte führt in seiner Berufungsantwort zu seinem Ein- kommen bzw. zu den diesbezüglichen Ausführungen der Berufungsklägerin im Wesentlichen aus, bei der Festlegung seines anrechenbaren Einkommens sei auf die heute bestehende Situation abzustellen. Die Berufungsklägerin versuche, den Berufungsbeklagten als unglaubwürdig hinzustellen (act. 8 S. 3). Das Einkommen des Berufungsbeklagten setze sich gemäss Arbeitsvertrag und Lohnabrechnungen aus einem Fixbetrag, einem Provisionsbetrag sowie einer Spesenpauschale zusammen, wobei der Fixbetrag minim sei. Um ein sinnvolles wirtschaftliches Funktionieren zu gewährleisten, sei ein (möglichst realistischer) Provisionsbetrag festgelegt worden, der monatlich als Provisionsvorschuss aus- bezahlt werde. Dieser Provisionsvorschuss werde auf dem sogenannten Provisi- onsvorschusskonto festgehalten und mit den laufenden Provisionen gegenge- rechnet. Zu Beginn sei der Provisionsvorschuss auf monatlich Fr. 7'000.– festge- legt worden, der aktuelle Provisionsvorschuss betrage seit 1. Januar 2012 monat- lich Fr. 6'500.–. Die 2010 und 2011 in der Steuererklärung ausgewiesenen Zahlen

- 11 - bzw. ausbezahlten Beträge hätten noch auf einem Provisionsvorschuss von Fr. 7'000.– beruht. Dieser sei jedoch zu hoch gewesen und habe das Provisions- vorschusskonto immer weiter ins Minus gebracht. Deshalb sei der Provisionsvor- schuss auf Fr. 6'500.– reduziert worden. Das heutige monatliche Nettoeinkom- men (Fixum, Provision, Spesen) bzw. der monatlich ausbezahlte Betrag betrage Fr. 7'837.–. Dieser Betrag werde sich in absehbarer Zeit nicht verändern (act. 8 S. 4). Von der im Jahr 2011 in der Steuererklärung eingesetzten Zahl von Fr. 101'171.– könne nicht ausgegangen werden. Es könne auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden. Es sei zutreffend, dass das Provisionsvor- schusskonto nicht zu berücksichtigen sei, weder positiv noch negativ. Der Saldo des angesprochenen Kontos ändere sich monatlich. Zurzeit (Stand Ende Oktober 2012) stehe es mit Fr. 26'348.95 im Minus, was gut Fr. 3'000.– tiefer sei als zu Beginn des Jahres 2012 (act. 2 S. 4 f.). Das von der Vorinstanz errechnete Einkommen von Fr. 7'973.– sei um Fr. 136.– zu hoch. Der Berufungsbeklagte habe deshalb aber kein Rechtsmittel einlegen wollen. Die Unterstellung der Manipulation durch die Berufungsklägerin werde aufs

schärfste zurückgewiesen. Es sei auch davon auszugehen, dass der Arbeitgeber des Berufungsbeklagten – immerhin eine renommierte Versicherungsgesellschaft – dessen Tätigkeit verfolge und sich keinesfalls auf strafrechtlich relevante Machenschaften einlassen würde. Die Anmerkung der Berufungsklägerin, der Berufungsbeklagte geniesse wegen Vermögensdelikten keine besonders hohe Glaubwürdigkeit, werde als reine Stimmungsmache zurückgewiesen. Die Vorinstanz bei der G.\_\_\_\_\_ AG täte dem Berufungsbeklagten leid und er sei daran, die Schulden zurückzuzahlen zulasten seines Grundbetrages (act. 8 S. 5). Das heute tiefere Einkommen des Berufungsbeklagten beruhe nicht auf schlechter laufenden Geschäften als in den Jahren 2010/2011, sondern auf der Tatsache, dass 2010/2011 zu hohe Provisionsvorschüsse ausbezahlt worden seien. Der zu hoch angesetzte Provisionsvorschuss sei korrigiert worden. Der Berufungsbeklagte habe die Lohnabrechnungen für den Zeitraum ab März 2012 nicht manipuliert.

- 12 - Er habe lediglich Details der erfolgten Provisionierung abgedeckt, die seines Erachtens die Berufungsklägerin nichts angehen würden (act. 8 S. 6).

#### **E. 1.1.5**

Das Einkommen des Berufungsbeklagten als Kundenberater bei der F.\_\_\_\_\_ setzt sich aus einem Fixbetrag, einem Provisionsbetrag sowie einer Spesenpauschale zusammen. Dies ergibt sich aus dem Arbeitsvertrag (act. 4/56/5) sowie den Lohnabrechnungen. Das Provisionsvorschusskonto dient der Ausgleichung der stark schwankenden monatlichen Versicherungs-Abschlüsse, welche als Grundlage für die Berechnung der effektiv erzielten Provision dienen. Der negative Saldo des Provisionsvorschusskontos dokumentiert, dass die F.\_\_\_\_\_ dem Berufungsbeklagten einen Teil seines Lohnes bisher vorgeschossen hat. Wenn der Berufungsbeklagte dieses Konto ausgleicht (d.h. den Negativ-Saldo verkleinert), so handelt es sich um eine Rückzahlung von bereits bezogenem Lohn und damit um die Rückzahlung einer Schuld. Wenn der Berufungsbeklagte das Konto weiter belastet, handelt es sich dabei um eine weitere Vergrösserung der Schuld. Es ist nachvollziehbar, dass der Berufungsbeklagte den Negativ-Saldo mehr oder weniger auszugleichen hat, was bedeutet, dass er durchschnittlich mehr Abschlüsse vorweisen muss, als er dafür Provision bezieht (derzeit Fr. 6'500.– monatlich). In diesem Sinne ist es nachvollziehbar, dass sich das Einkommen des Berufungsbeklagten im Jahr 2012 reduzierte, weil er mit einem Provisionsbetrag von Fr. 7'000.– im Jahr 2011 den Negativ-Saldo auf dem Provisionsvorschusskonto nicht wesentlich verringern konnte. Gemäss Darstellung des Berufungsbeklagten wies das Provisionsvorschusskonto Ende 2010 einen Negativsaldo von Fr. 18'786.65, Ende Dezember 2011 einen Negativsaldo von Fr. 17'517.60 aus (vgl. act. 4/26). Würden sich die Versicherungs-Abschlüsse in den nächsten Jahren nicht vervielfachen und sich die effektiv erzielte Provision nicht deutlich steigern, dauerte es mit einem Provisionsbetrag von Fr. 7'000.– somit mehrere Jahre, bis der Berufungsbeklagte das Provisionsvorschusskonto ausgleichen könnte. Von einer deutlichen Steigerung der Versicherungs-Abschlüsse kann indessen nicht ohne Weiteres ausgegangen werden.

- 13 - Die Auffassung der Berufungsklägerin, wonach der Berufungsbeklagte im Jahr 2011 wirtschaftlich ein Einkommen von Fr. 102'458.05 erzielt habe, weil er seine Provisionsvorschusschuld um Fr. 1'787.05 habe tilgen können, kann nicht geteilt werden. Wie die Vorinstanz zu Recht ausführte, ist auf den tatsächlich ausbezahlten und somit zur Verfügung stehenden Betrag abzustellen (vgl. act. 5 S. 11). Beträge, mit welchen der Berufungsbeklagte den Negativ-Saldo auf dem Provisionsvorschusskonto ausgleicht, stehen ihm nicht zur Verfügung. Es handelt sich um Rückzahlungen von bevorschusstem

Lohn. Dass im Verlaufe einer stetigen Rückzahlung der Vorschüsse der Provisionsbetrag durch die F. \_\_\_\_\_ wieder erhöht werden könnte, ist nicht auszuschliessen. Ob und wann dies geschehen könnte, ist jedoch nicht abschätzbar. Das Prozessgericht wird daher wohl für die Zukunft mindestens jährlich, nach Ermessen in kürzeren Abständen, die entsprechenden detaillierten Unterlagen einfordern. Für den heutigen Entscheid ist das (noch) nicht erforderlich. Die Vorinstanz ging von einem monatlichen Einkommen von Fr. 7'973.– aus. Die Berufungsklägerin verlangt die Anrechnung eines Jahreseinkommens von Fr. 102'458.05 und damit eines monatlichen Einkommens von Fr. 8'538.20. Dies erweist sich als unangemessen, weil damit keine Rückzahlung des bevorschussten Lohnes (Schuld) absehbar ist. Es ist gar von einer Vergrösserung der Schuld auszugehen. Dass von der Arbeitgeberin eine Rückzahlung verlangt wird, ist glaubhaft (vgl. die betreffende Bestimmung im Arbeitsvertrag, act. 56/5 Ziff. 26); sonst hätte sie den Provisionsbetrag nicht von Fr. 7'000.– auf Fr. 6'500.– herabgesetzt. Der Berufungsbeklagte reichte vor Vorinstanz die Lohnabrechnungen Januar bis Juli 2012 ein (vgl. act. 4/17/4, act. 4/25/2, act. 4/60/4-6 und act. 4/64/1), worin ein aktuelles Einkommen von monatlich Fr. 7'837.– ausgewiesen ist. Was die partiell abgedeckten Lohnabrechnungen anbelangt, kann auf die zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden (act. 5 S. 11): Es erscheint glaubhaft, dass einerseits im abgedeckten Bereich nicht separat ausgerichtete Bezüge des Gesuchstellers aufgelistet werden und dass andererseits dem Gesuchsteller der unter "Auszahlungsbetrag" genannte Betrag ausbezahlt wird. Die vom Berufungsbeklagten bereits vor Vorinstanz eingereichten Lohnab-

- 14 - rechnungen bringen Folgendes zutage: Abgedeckt hat der Berufungsbeklagte jeweils diejenigen Zeilen (ganz oder teilweise), in welchen die Provisionsberechnungen sowie der Saldo des Provisionsvorschusskontos aufgelistet sind. Dies macht ein Vergleich der doppelt eingereichten Lohnabrechnungen Januar und Februar 2012 deutlich (act. 4/17/4 und act. 4/25/2, vgl. auch act. 9/3), welche einmal in einer vollständigen Fassung und einmal in einer zensurierten Fassung vorliegen. Da die Lohnabrechnungen immer gleich aufgebaut sind, darf davon ausgegangen werden, dass stets dieselben Angaben über die Berechnung der Provision und des Provisionsvorschusskontos abgedeckt wurden. Damit ergibt sich keine Manipulation in der Höhe des ausbezahlten Lohnes. Zur Glaubwürdigkeit des Berufungsbeklagten drängen sich folgende Bemerkungen auf: Wenn die Einkommensreduktion eines Unterhaltspflichtigen – wie hier – zeitlich in etwa mit der Einleitung eines Scheidungs- oder Eheschutzverfahrens zusammenfällt, ergeben sich grundsätzlich Zweifel daran, ob die Reduktion ohne Einleitung des Verfahrens auch stattgefunden hätte. Es ist gerichtsnotorisch bekannt, dass einige Unterhaltspflichtige ihr Einkommen zum Schein reduzieren. Dass die Berufungsklägerin – vor allem auch angesichts des strafbaren Verhaltens des Berufungsbeklagten zum Nachteil der G. \_\_\_\_\_ AG – davon ausgeht, der Berufungsbeklagte habe sein Einkommen zum Schein reduziert, ist deshalb nachvollziehbar. Nach Durchsicht der vom Berufungsbeklagten eingereichten Unterlagen ergeben sich allerdings keine Anhaltspunkte, von einem unredlichen Verhalten des Berufungsbeklagten bzw. von versteckten Bezügen, welche nicht in den Lohnabrechnungen deklariert sind, auszugehen. Es kann vor allem nicht davon ausgegangen werden, dass die Arbeitgeberin des Berufungsbeklagten, bei welcher es sich um eine bekannte Versicherungsgesellschaft handelt, falsche Lohnabrechnungen ausstellt. Würde der Berufungsbeklagte absichtlich möglichst wenige provisionsberechtigten Geschäften abschliessen bzw. seine Arbeitgeberin noch nicht über deren Abschluss orientieren, könnte dies nur mittels umfassender Abklärungen im Rahmen eines

Beweisverfahrens geklärt werden, was dem Beschleunigungsgebot im Massnahmeverfahren widersprechen würde und deshalb abzulehnen ist.

- 15 - Mittels Einholung eines detaillierten Ausdrucks des Provisionsvorschusskontos des Berufungsbeklagten vom 1. Oktober 2009 bis heute (Editionsbegehren) konnte zumindest nicht festgestellt werden, ob der Berufungsbeklagte absichtlich möglichst wenige provisionsberechtigte Geschäfte abschliesst bzw. seine Arbeitgeberin (noch) nicht über deren Abschluss orientiert. Der Berufungsbeklagte reichte im Berufungsverfahren immerhin neu die Lohnabrechnungen der Monate Juli bis Oktober 2012 ein, in welchen der Saldo des Provisionsvorschusskontos ersichtlich ist (act. 9/3). Damit ergibt sich aufgrund der eingereichten Lohnabrechnungen, in welchen das Provisionsvorschusskonto ersichtlich ist, folgende Übersicht:

| 1      | 2         | 3          | 4              | 5           | 6             | Monat             | Auszahlung  | Provisions- | effektiv er-     |           |           |            |           |            |
|--------|-----------|------------|----------------|-------------|---------------|-------------------|-------------|-------------|------------------|-----------|-----------|------------|-----------|------------|
| Spalte | 4         | abzüglich  | Provisionsvor- | Lohn betrag | zielte Provi- | Spalte 3 = Verän- | schusskonto | sion        | derung im Provi- |           |           |            |           |            |
|        |           | sionsvor-  | schusskonto    | Okt 11      | -28'384.70    | Nov 11            | 8'381.50    | 7'000.-     |                  |           |           |            |           |            |
|        | 10'172.40 | 3'172.40   | -25'212.30     | Dez 11      | 8'381.50      | 7'000.-           | 14'694.70   | 7'694.70    | -17'517.60       |           |           |            |           |            |
|        | Jan 12    | 7'919.60   | 6'500.-        | 1'104.85    | -5'395.15     | -22'912.75        | Feb 12      | 7'754.90    | 6'500.-          | 5'472.50  |           |            |           |            |
|        | -1'027.50 | -23'940.25 | März 12        | 7'837.25    | 6'500.-       | 10'386.10         | 3'886.10    | -20'054.15  | Apr 12           | 7'837.25  | 6'500.-   | 2'542.50   | -3'957.50 | -24'011.65 |
|        | Mai 12    | 7'837.25   | 6'500.-        | 6'320.45    | -179.55       | -24'191.20        | Jun 12      | 7'837.25    | 6'500.-          | 1'665.75  | -4'834.25 | -29'025.45 |           |            |
|        | Jul 12    | 7'837.25   | 6'500.-        | 723.85      | -5'776.15     | -34'801.60        | Aug 12      | 7'837.25    | 6'500.-          | 19'934.45 | 13'434.45 | -21'367.15 |           |            |
|        | Sep 12    | 7'837.25   | 6'500.-        | 777.15      | -5'722.85     | -27'090.-         | Okt 12      | 7'837.25    | 6'500.-          | 7'241.05  | 741.05    | -26'348.95 |           |            |

Es ist – wie bereits erwähnt – davon auszugehen, dass die Angaben über das Provisionsvorschusskonto in den Lohnabrechnungen korrekt sind. Die Berufungsklägerin geht ausserdem selbst davon aus, dass das Jahr 2011 vom Berufungs-

- 16 - beklagten "wohl noch nicht manipuliert wurde" (act. 2 S. 7). Dennoch wies das Provisionsvorschusskonto bereits in den letzten drei Monaten des Jahres 2011 einen beträchtlichen Negativ-Saldo aus. Welche neuen Erkenntnisse die Edition einer Aufstellung des Provisionsvorschusskontos vom 1. Oktober 2009 bis heute bringen sollte, ist nicht erkennbar. Der Editionsantrag der Berufungsklägerin, welcher von der Vorinstanz nicht behandelt und im Berufungsverfahren wiederholt wurde, ist deshalb abzuweisen. Aus der Stellungnahme der Berufungsklägerin vom 17. Dezember 2012 sowie des berichtigten Protokolls der Vorinstanz ergibt sich, dass der Berufungsbeklagte anlässlich der Massnahmeverhandlung zu den Provisionen Folgendes ausgeführt hatte: "Vielmehr werden die Provisionen zeitlich verzögert ausbezahlt. Ein Beispiel: Es gibt Banken, die rechnen ihre Provisionen für vermittelte Hypotheken im Dezember ab, einmal pro Jahr" (act. 13/2). Gerade dieser Hinweis macht deutlich, dass das von der Vorinstanz errechnete Durchschnittseinkommen über die Monate November und Dezember 2011 sowie Januar, Februar, April, Mai, Juni und Juli 2012 höher liegen dürfte als das Durchschnittseinkommen über ein gesamtes Jahr, da gerade der Dezember, in welchem mit überdurchschnittlich hohen Provisionen zu rechnen ist, in einem Durchschnitt über acht Monate stärker ins Gewicht fällt als in einem Durchschnitt über zwölf Monate. Richtigerweise (worauf auch die Vorinstanz hinwies), ist auf den tatsächlich ausbezahlten und somit zur Verfügung stehenden Lohn abzustellen (vgl. act. 5 S. 11). Damit ist vom aktuellen Einkommen des Berufungsbeklagten in der Höhe von monatlich Fr. 7'837.- netto auszugehen und nicht von einem Durchschnittswert von Fr. 7'973.-, in welchem noch zu hohe Monatslöhne des letzten Jahres mitberücksichtigt wurden. Dies erscheint vor allem auch deshalb gerechtfertigt, weil der Berufungsbeklagte selbst mit einem reduzierten

Provisionsbetrag von Fr. 6'500.– (anstelle von Fr. 7'000.–) noch nicht in der Lage sein dürfte, das Provisionsvorschusskonto in absehbarer Zukunft auszugleichen.

- 17 -

#### **E. 1.1.6**

Die Berufungsklägerin rügt, die Vorinstanz habe allfällige vom Berufungsbeklagten bezogene Kinderzulagen nicht zuzüglich zum Kinderunterhalt in das Dispositiv aufgenommen. Derzeit beziehe zwar sie (die Berufungsklägerin) die Kinderzulagen, es sei aber möglich, dass sich dies wieder einmal ändere. Kinderzulagen seien ausschliesslich für den Lebensunterhalt der Kinder gedacht. Sie seien dementsprechend nicht zum Einkommen desjenigen Elternteils hinzuzuzählen, der sie beziehe (vgl. act. 2 S. 11 f.). Die Vorinstanz habe zu Unrecht die Kinderzulagen bei der Unterhaltsberechnung als Einkommen der Berufungsklägerin berücksichtigt. Da mit den Unterhaltsbeiträgen für die Kinder bzw. dem Existenzminimum der Berufungsklägerin und der Kinder der effektive Bedarf der Kinder (vgl. Hobbies, Ferien, VVG) nicht abgedeckt sei, seien die Kinderzulagen vielmehr zusätzlich zum Unterhaltsbeitrag zu bezahlen. Die Kinderzulagen hätten somit bei der Unterhaltsberechnung, entgegen dem vorinstanzlichen Entscheid, ausser Acht zu bleiben und seien zusätzlich zu bezahlen (act. 2 S. 12).

#### **E. 1.1.7**

Der Berufungsbeklagte hält dagegen, es bestehe kein Grund anzunehmen, dass der Bezug von Kinderzulagen durch ihn erfolgen werde. Es sei deshalb nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz den Zusatz "exkl. Kinderzulagen" bzw. "zuzüglich allfällige vom Berufungsbeklagten bezogene Kinderzulagen" weggelassen habe. Der Einwand der Berufungsklägerin erscheine sehr formalistisch (act. 8 S. 7).

#### **E. 1.1.8**

Der Antrag der Berufungsklägerin lautet nicht auf Erhöhung des Kinderunterhaltsbeitrags, obwohl sie in ihrer Begründung rügt, die Vorinstanz habe zu Unrecht die Kinderzulagen bei der Unterhaltsberechnung als Einkommen der Berufungsklägerin berücksichtigt. Es wird deshalb aus dem Antrag und der Begründung nicht vollständig klar, ob die Berufungsklägerin der Meinung ist, der Kinderunterhaltsbeitrag sei nur dann zu tief, sollte der Berufungsbeklagte in Zukunft wieder die Kinderzulagen beziehen (weil er für diesen Fall nicht zur Entrichtung der Kinderzulagen an die Berufungsklägerin verpflichtet wurde), oder ob der Kinderunterhaltsbeitrag von Fr. 1'100.– pro Kind grundsätzlich zu tief und deshalb zu erhöhen ist. Die Berufungsklägerin bringt nämlich vor, die Kinderzulagen würden

- 18 - den effektiven Bedarf der Kinder nicht abdecken. Es seien zusätzlich noch die Kosten der Hobbies der Kinder von Fr. 350.– pro Monat, die Kosten für Ferien von rund Fr. 250.– (Anteil Kinder) pro Monat und die Kosten der privaten Krankenversicherung von je Fr. 40.– monatlich pro Kind hinzuzurechnen (act. 2 S. 12). Damit macht die Berufungsklägerin sinngemäss geltend, der Kinderunterhaltsbeitrag sei um Fr. 640.– zu tief. In diesem Zusammenhang ist die Berufungsklägerin darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz nicht den erweiterten Notbedarf berechnete, sondern das betriebsrechtliche Existenzminimum und dafür den Freibetrag im Umfang von  $\frac{2}{3}$  (= Fr. 627.–) der Berufungsklägerin und den Kindern und im Umfang von  $\frac{1}{3}$  (= Fr. 313.–) dem Berufungsbeklagten zuwies. Mit der Zuweisung des Freibetrags sind die von der Berufungsklägerin geltend gemachten Kosten

praktisch gedeckt. Die Berechnungsmethode der Vorinstanz wurde von den Parteien nicht angezweifelt und ist auch nicht zu beanstanden. Die Berufungsklägerin ist aber darauf hinzuweisen, dass bei der Berücksichtigung des erweiterten Notbedarfs auch beim Berufungsbeklagten zusätzliche Kosten hätten berücksichtigt werden müssen und sich im Ergebnis keine namhafte Veränderung hinsichtlich der Unterhaltsbeiträge ergeben hätte. Dass die Vorinstanz von einem monatlichen Betrag von je Fr. 1'300.– für die beiden Kinder ausging, ist somit nicht zu beanstanden (vgl. Ziff. 3.1. vorstehend). Die Kinder befinden sich mittlerweile im 9. bzw. im 12. Altersjahr. Gemäss aktueller Tabelle des Amtes für Jugend und Berufsberatung, Bildungsdirektion des Kantons Zürich (vgl. <http://www.ajb.zh.ch/internet/bildungsdirektion/ajb/de/home.html>), auf welche sich die Vorinstanz stützte, liegt der Betrag von Fr. 1'300.– (ohne Anteil für Pflege und Erziehung) sogar noch über den Empfehlungen. Wie in Ziff. 3.1. vorstehend wiedergegeben, hat die Vorinstanz die Kinderzulagen, welche derzeit die Berufungsklägerin bezieht, vom Notbedarf abgezogen bzw. zum Einkommen der Berufungsklägerin hinzugezählt. Diese Berechnungsweise ist ebenfalls nicht zu beanstanden. Gemäss aktueller Rechtsprechung des Bundesgerichts sind bei der Ermittlung des durch den Unterhaltsbeitrag zu deckenden Bedarfs des Kindes die Kinder- und Ausbildungszulagen vorweg in Abzug zu bringen (Art. 285 Abs. 2 ZGB; Urteil BGer 5A\_580/2011 vom 9. März 2012 E. 3;

- 19 - Urteil BGer 5A\_207/2011 vom 26. September 2011 E. 4.3; BGE 137 III 59 E. 4.2.3 S. 64; BGE 128 III 305 E. 4b S. 309 f.). Was die Vorinstanz aber nicht in ihre Überlegungen einbezog, ist Folgendes: Sollte in Zukunft nicht mehr die Berufungsklägerin, sondern an deren Stelle der Berufungsbeklagte die Kinderzulagen beziehen (vgl. Kaskade in Art. 7 Familienzulagengesetz [FamZG]), so ist der Bedarf der Kinder nicht mehr vollständig gedeckt. In diesem Fall würden die Kinderzulagen, welche die Berufungsklägerin derzeit bezieht und welche dieser als Einkommen angerechnet wurden, wegfallen. Dementsprechend ist der Absatz 1 der Dispositivziffer 1 der vorinstanzlichen Verfügung zu ergänzen und der Berufungsbeklagte zu verpflichten, den geschuldeten Unterhaltsbeitrag zuzüglich allfälliger Kinderzulagen zu leisten. Eine materielle Änderung ergibt sich damit im Moment noch nicht.

## **E. 1.1.9**

### **Wohnkosten**

#### **E. 1.1.9.1**

Die Berufungsklägerin beanstandet, dass die Vorinstanz dem Berufungsbeklagten anstelle der effektiven derzeitigen Wohnkosten von Fr. 800.– monatlich, Wohnkosten von Fr. 1'000.– im Bedarf eingesetzt habe. Der Berufungsbeklagte habe anlässlich der vorinstanzlichen Verhandlung (vorinstanzliches Protokoll S. 33) selbst erklärt, er verstehe nicht, weshalb er sich um eine neue Wohnung bemühen solle. Die Wohnkosten des Berufungsbeklagten betragen seit drei Jahren Fr. 800.– pro Monat und es sei nicht davon auszugehen, dass diese – jedenfalls während der Dauer des Scheidungsverfahrens – auch effektiv ansteigen würden. Der Berufungsbeklagte habe ausserdem selbst erklärt, er sehe die Kinder nicht, weil diese ihn nicht sehen wollten. Die Kinder hätten ihn noch nie in seiner Wohnung besucht oder seien gar über Nacht bei ihm geblieben. Es sei nicht unangemessen, wenn der Berufungsbeklagte sich zugunsten seiner Kinder bei den Wohnkosten einschränke (act. 2 S. 12 f.). Für einen Mietzins von Fr. 800.– seien davon abgesehen durchaus schöne Wohnungen mit Küche und Bad auf dem Wohnungsmarkt

erhältlich (act. 2 S. 14).

- 20 -

### **E. 1.1.9.2**

Der Berufungsbeklagte führt aus, es treffe zu, dass er seit dem 1. November 2009 in der aktuellen Bleibe wohne, es handle sich dabei lediglich um ein möbliertes Zimmer ohne Kochgelegenheit im UG. Unter diesen Umständen hätten dem Berufungsbeklagten noch Kosten für auswärtige Mahlzeiten in der Höhe von monatlich mindestens Fr. 300.– eingerechnet werden müssen. Dies habe der Berufungsbeklagte im vorinstanzlichen Verfahren noch nicht vorgebracht, weil er noch nicht anwaltlich vertreten gewesen sei. Die Vorinstanz hätte aber unter dem Gesichtspunkt des anzuwendenden eingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes und der Tatsache, dass der Mietvertrag ausdrücklich auf ein möbliertes Zimmer laute, nachhaken müssen. Die Vorinstanz habe richtigerweise einen Betrag von Fr. 1'000.– eingesetzt (act. 8 S. 9 f.). Dass der Berufungsbeklagte noch immer in einem möblierten Zimmer wohne, beruhe darauf, dass er aufgrund der angespannten finanziellen Situation und der Unsicherheit über die definitiv zu zahlenden Unterhaltsbeiträge zurückhaltend bei der Suche nach einer neuen, teureren Wohnung sei (act. 8 S. 10). Es werde bestritten, dass in H.\_\_\_\_ und Umgebung Wohnungen für Fr. 800.– erhältlich seien. Der Berufungsbeklagte könne zudem nicht einfach nach I.\_\_\_\_, J.\_\_\_\_ oder K.\_\_\_\_ ziehen, sondern sei als Präsident des Gewerbevereins ortsgebunden. Sein Arbeitsweg sei auch nicht unnötig zu verlängern und zu erschweren (act. 8 S. 12).

### **E. 1.1.9.3**

Es erscheint als angemessen, dass die Vorinstanz dem Berufungsbeklagten Fr. 1'000.– für Wohnkosten im Bedarf berücksichtigte. Ein möbliertes Zimmer im Untergeschoss und ohne Kochgelegenheit (was unbestritten blieb, vgl. act. 12) ist auf Dauer unangemessen. Dass der Berufungsbeklagte noch nicht in eine angemessene Wohnung gezogen ist, konnte er plausibel begründen. Der Umzug in eine angemessene Wohnung würde praktisch verunmöglicht, würden nur Wohnkosten von Fr. 800.– berücksichtigt. Der Vorinstanz ist in ihren Erwägungen zuzustimmen (vgl. act. 5 S. 8). Es ist zusätzlich auf die von der Berufungsklägerin eingereichten Ausdrücke von Inseraten der Homepage "..."(act. 4/56/7-10) einzugehen. Diese belegen – entgegen der Intention der Berufungsklägerin – dass in der gewünschten Preisklasse kaum eine andere, angemessene Wohnung zu finden ist, die sich an verkehrsgünstiger Lage befindet, was für den Berufungsbeklagten, welcher als Kundenberater viel mit dem Auto unterwegs ist, ein wichtiges Kriteri-

- 21 - um ist. Dass der Berufungsbeklagte nach I.\_\_\_\_, J.\_\_\_\_ oder K.\_\_\_\_ ziehen müsste (dort befinden bzw. befanden sich drei der vier inserierten Wohnungen), ist ihm nicht zuzumuten. Eine Reduktion der Wohnkosten auf Fr. 800.– erweist sich somit nicht als angebracht. Dass die gemeinsamen Kinder der Parteien den Berufungsbeklagten nicht in seiner Wohnung besuchen, ist unerheblich, da der Berufungsbeklagte unabhängig davon Anspruch auf eine angemessene Wohnung hat. Würden ihn die Kinder regelmässig besuchen, wären dem Berufungsbeklagten wohl noch höhere Wohnkosten zuzugestehen.

### **E. 1.1.10**

Krankenkasse

#### **E. 1.1.10.1**

Die Berufungsklägerin rügt, die Vorinstanz habe entgegen den Ausführungen beider Parteien bei den Krankenkassenkosten des Berufungsbeklagten im Bedarf einen Betrag von Fr. 182.– pro Monat berücksichtigt. Der Berufungsbeklagte habe selber nie bestritten, dass er Prämienverbilligungen beziehe und höchstens Fr. 100.– pro Monat für die Krankenkasse bezahle (act. 2 S. 14).

#### **E. 1.1.10.2**

Der Berufungsbeklagte bringt vor, er habe die Belege anlässlich der vorinstanzlichen Verhandlung über die vorsorglichen Massnahmen eingereicht und darauf verwiesen. Damit habe er zu verstehen gegeben, dass seine Krankenkassenkosten Fr. 182.40 betragen und er diesen Betrag im Bedarf berücksichtigt haben möchte. Alles andere wäre lebensfremd und überspitzter Formalismus. Eine allfällige mögliche Prämienverbilligung sei nicht zu berücksichtigen, eine solche sei auch bei der Gegenpartei nicht geprüft worden (act. 8 S. 12).

#### **E. 1.1.10.3**

Der Berufungsbeklagte machte vor Vorinstanz anlässlich der Verhandlung über vorsorgliche Massnahmen in seiner Bedarfsberechnung Krankenkassenkosten von Fr. 1'000.– inkl. Prämienverbilligung geltend (vgl. act. 4/63 S. 3). Die Vorinstanz ging davon aus, dass der spätere Verweis des Berufungsbeklagten auf den Krankenkassenbeleg eine Erhöhung der geltend gemachten Krankenkassenkosten bedeutete (vgl. act. 5 S. 9). Dem ist jedoch nicht zuzustimmen. Die Berufungsklägerin behauptete in ihrer Stellungnahme (anlässlich der genannten Verhandlung), die Krankenkassenfranchise des Berufungsbeklagten bewege sich auf minimalem Niveau (vorinstanzliches Protokoll S. 28). Auf diese Behauptung

hin führte der Berufungsbeklagte aus, es sei eine blosser Behauptung, dass er die minimale Franchise bezahle. Er habe seine Krankenkassenpolice eingereicht. Seine Franchise liege bei Fr. 2'000.–. Er verweise dabei auf act. 17/7 (vgl. vorinstanzliches Protokoll S. 33). Damit hatte der Verweis auf den Krankenkassenbeleg (act. 4/17/7) nichts mit einer Geltendmachung von höheren Krankenkassenkosten zu tun. Es ging darum zu belegen, dass die Franchise bei Fr. 2'000.– liege. In diesem Sinne ist im Bedarf des Berufungsbeklagten lediglich ein Betrag von Fr. 100.– (inkl. Prämienverbilligung) für Gesundheitskosten einzusetzen, so wie es der Berufungsbeklagte selbst geltend gemacht hatte. Dass bei der Berufungsklägerin keine Prämienverbilligungen berücksichtigt wurden, wie der Berufungsbeklagte geltend macht, trifft zu. Es ist allerdings aus den Belegen der Berufungsklägerin auch nicht ersichtlich, dass sie (zumindest) für das Jahr 2011 Prämienverbilligungen erhielt. In der Steuererklärung des Jahres 2011 wurden total Fr. 7'722.– an privaten Krankenversicherungsprämien ausgewiesen (vgl. act. 4/44/1). Dieser Betrag stimmt mit der Familienübersicht der Kostenzusammenstellung für 2011 überein (vgl. act. 4/22/2). In dieser Kostenzusammenstellung ist keine Prämienverbilligung ausgewiesen. Abgesehen davon hätte die Berufungsklägerin im Jahr 2011 wohl auch keinen Anspruch auf eine Prämienverbilligung gehabt. Ihr steuerbares Einkommen belief sich auf Fr. 98'951.– (act. 4/44/1), was über dem Einkommen für eine Prämienverbilligung im Jahre 2011 lag (vgl. <http://www.svazurich.ch/pdf/IPV2011.pdf>). Auch in Zukunft dürfte das steuerbare Einkommen der Berufungsklägerin (inkl. Unterhaltszahlungen des Berufungsbeklagten) über dem Einkommen für eine Prämienverbilligung liegen. Dass bei der Berufungsbeklagten keine Prämienverbilligung berücksichtigt wurde, ist somit nicht zu

beanstanden.

### **E. 1.1.11**

Autokosten

#### **E. 1.1.11.1**

Die Berufungsklägerin bemängelt, dass die Vorinstanz dem Berufungs- beklagten Fr. 410.– im Bedarf für Autokosten eingesetzt hat. Sie habe lediglich Fr. 267.– anerkannt. Der Berufungsbeklagte habe die Autokosten nicht im Detail substantiiert oder belegt. Entgegen seiner Darstellung fahre der Berufungsbeklag- te offensichtlich berufsbedingt nicht 30'000 km pro Jahr. Vielmehr fahre er ge-

- 23 - mäss seinen eigenen Angaben in der Steuererklärung lediglich 14'400 km pro Jahr. Nicht berufsbedingte Fahrten seien nicht im Existenzminimum zu berück- sichtigen. Da der Berufungsbeklagte geltend mache, bei 30'000 km pro Jahr wür- den ihm Kosten von Fr. 410.– anfallen, erscheine es angemessen, bei 14'400 km pro Jahr von monatlichen Kosten von Fr. 267.– pro Monat auszugehen (act. 2 S. 14 f.).

#### **E. 1.1.11.2**

Der Berufungsbeklagte entgegnet, er habe die Autokosten detailliert aufgelistet. Fr. 410.– pro Monat seien angemessen und lägen absolut im Rahmen der vom Kreisschreiben vorgegebenen Beträge (act. 8 S. 13).

#### **E. 1.1.11.3**

Die Auflistung des Berufungsbeklagten besteht in den folgenden Anga- ben, welche anlässlich der vorinstanzlichen Verhandlung zu den vorsorglichen Massnahmen gemacht wurden (act. 4/63 S. 3): Fr. 410.– Autokosten (Benzin Fr. 300.– monatlich, Steuern Fr. 200.– p.a., Autoversicherung Fr. 270 p.a., Reifen Fr. 500.– p.a., TCS Fr. 100.– p.a., Service ca. Fr. 200.– p.a., Vignette Fr. 40 p.a.). Belege liegen keine vor, wie die Vorinstanz bereits zutreffend ausführte (vgl. act. 5 S. 9). Trotz der fehlenden Belege erscheinen die Fr. 410.– pro Monat als angemessen. Es ist zu berücksichtigen, dass im Lohn des Berufungsbeklagten eine Spesenpauschale von Fr. 1'754.– enthalten ist. Als Spesen erhält der Beru- fungsbeklagte einen monatlichen pauschalen Spesenersatz für Auslagen im Zu- sammenhang mit seiner administrativen Tätigkeit, für Auslagen im Zusammen hang mit seiner Reisetätigkeit, sei dies mit dem eigenen Motorfahrzeug oder per öffentlichen Verkehrsmitteln (Kundenbesuche usw.) und als Ersatz für zusätzli- chen Aufwand (act. 4/56/5 S. 6 Ziff. 16). Da der Berufungsbeklagte als Kundenbe- rater tätig ist und damit auch Kundenbesuche zu absolvieren hat, sind ihm entwe- der die effektiven Reisekosten vom Lohn abzuziehen oder alternativ im Bedarf zu berücksichtigen. Die Vorinstanz wählte die letztere Methode. Dann sind die be- rufsbedingten Fahrkosten im Bedarf zu berücksichtigen. Der Verweis der Beru- fungsklägerin auf die Steuererklärung, in welcher nur "Fahrkosten zwischen Wohn- und Arbeitsstätte" (vgl. act. 4/25/3) abgezogen werden können, ist deshalb unbehelflich. Es bleibt bei den bereits von der Vorinstanz berücksichtigten Fr. 410.–.

- 24 -

### **E. 1.2**

Mit Eingabe vom 2. November 2012 erhob die Berufungsklägerin rechtzei- tig Berufung (act. 2). Sie beanstandet, dass die Vorinstanz den Berufungsbeklag- ten nicht dazu

verpflichtete, zusätzlich zum Kinderunterhalt auch allfällige in Zukunft von ihm bezogene Kinderzulagen leisten zu müssen. Ausserdem beanstandet sie die von der Vorinstanz festgesetzte Höhe des vom Berufungsbeklagten an sie zu leistenden Ehegattenunterhaltes.

### **E. 1.3**

Mit Verfügung vom 14. November 2012 bewilligte die Kammer der Berufungsklägerin die unentgeltliche Rechtspflege und bestellte ihr Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_ als unentgeltliche Rechtsvertreterin. Ausserdem setzte sie dem

- 5 - Berufungsbeklagten Frist an, um die Berufung zu beantworten, und delegierte die weitere Prozessleitung (act. 6).

### **E. 1.4**

Der Berufungsbeklagte erstattete seine Berufungsantwort rechtzeitig (act. 7/2 und act. 8) und reichte diverse Beilagen ein (act. 9/1-4). Der Berufungsklägerin wurden diese Unterlagen am 11. Dezember 2012 zugestellt (act. 11), sie reichte mit Schreiben vom 17. Dezember 2012 eine Stellungnahme inkl. Beilagen ein (act. 12 und act. 13/1-2). Das Verfahren ist spruchreif.

## **E. 2**

Prozessuales

### **E. 2.1**

Gegenstand des Berufungsverfahrens betreffend vorsorgliche Massnahmen ist nur die Unterhaltspflicht des Berufungsbeklagten. Damit liegt eine vermögensrechtliche Streitigkeit vor (vgl. BGE 133 III 393 Erw. 2, BGE 5A.740/2009 Erw. 1). Der demzufolge vorausgesetzte Rechtsmittelstreitwert von Fr. 10'000.- (Art. 308 Abs. 2 ZPO) ist gegeben: Die Vorinstanz legte monatliche Unterhaltsbeiträge für die Berufungsklägerin persönlich in der Höhe von Fr. 2'570.- fest. Die Berufungsklägerin beantragt einen persönlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 3'300.- pro Monat. Der noch strittige Beitrag im Rahmen des Berufungsverfahrens beträgt demnach Fr. 730.- (exkl. Kinderzulagen) pro Monat und ergibt auf eine Verfahrensdauer von angenommen drei Jahren einen Streitwert von Fr. 26'280.- (Peter Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 92 N. 7).

### **E. 2.2**

Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts gerügt werden (Art. 310 ZPO). Sie ist ein vollkommenes, ordentliches Rechtsmittel, das die volle Überprüfung des angefochtenen Entscheides in allen Rechts- und Sachfragen zulässt; die Rechtsmittelinstanz prüft also mit freier Kognition (ZK ZPO-Reetz, Vorbem. zu Art. 308-318 N 3 und 15; ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 310 N 5 f.).

### **E. 2.3**

Nach Art. 276 Abs. 1 ZPO sind für vorsorgliche Massnahmen während des Scheidungsverfahrens die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sinngemäss anwendbar. Für Eheschutzmassnahmen im Sinne von Art. 172 ff. ZGB sind die Vorschriften über das summarische Verfahren

- 6 - im Sinne von Art. 248 ff. ZPO unter Vorbehalt von Art. 272 und 273 ZPO anwendbar (Art. 271 lit. a ZPO). Gemäss Art. 272 ZPO stellt das Gericht in eherechtlichen Summarverfahren den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Es handelt sich hierbei um die

eingeschränkte Untersuchungsmaxime. Sind Kinderbelange zu regeln, gilt die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime (Art. 296 ZPO). Das Gericht hat den Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen (vgl. Stefanie Pänder Baumann, DI-KE-Komm ZPO, Art. 272 N 2).

### **E. 3**

Materielles

#### **E. 3.1**

Vorinstanzliche Berechnung Die Vorinstanz ging für die Berechnung der Unterhaltsbeiträge von folgenden Zahlen aus: Berufungsklägerin Berufungsbeklagter Einkommen (act. 5 S. 15): Fr. 1'059.– Einkommen (act. 5 S. 12): Fr. 7'973.– Bedarf (act. 5 S. 15): Bedarf (act. 5 S. 10): Grundbetrag 1'350.– Grundbetrag 1'200.– Grundbetrag für die Kinder 1'000.– Wohnkosten 2'059.– Mietkosten 1'000.– Krankenkasse 280.– Krankenkasse 182.– Krankenkasse Kinder 180.– Gesundheitskosten 264.– Telefon, Radio, TV und In-100.– Telefon, Radio, TV und In-100.– ternet ternet Billag 39.– Privathaftpflicht- 55.–/Hausratversicherung Kosten öffentlicher Ver- 155.– Autokosten 410.– kehr/Fahrkosten Ferienfremdbetreuung Kin- 118.– der Total 5'600.– Total 2'892.–

- 7 - Die Vorinstanz hielt fest, dem Berufungsbeklagten verbleibe nach Deckung seines Existenzminimums ein Überschuss von Fr. 5'081.–. Da die Berufungsklägerin ihren Notbedarf nicht selber zu finanzieren vermöge, sondern nach Anrechnung ihres Einkommens von Fr. 1'059.– sowie der Kinderzulagen von Fr. 400.– ein Man-ko von Fr. 4'141.– verbleibe, sei der Berufungsbeklagte zur Deckung dieses Betrags zu verpflichten. Es verbleibe ein Überschuss von Fr. 940.–, welcher im Verhältnis 1/3 zu 2/3 (das heisse Fr. 313.– zu Fr. 627.–) zugunsten des obhutsberechtigten Ehegatten zuzuteilen sei. Fr. 627.– seien somit der Berufungsklägerin zuzuteilen. Es resultiere ein Gesamtbetrag von gerundet Fr. 4'770.– zugunsten der Berufungsklägerin samt Kindern (vgl. act. 5 S. 16). Zur Bemessung des Kinderunterhalts seien die Empfehlungen zur Bemessung von Unterhaltsbeiträgen für Kinder, die vom Amt für Jugend und Berufsbildung des Kantons Zürich herausgegeben worden seien, heranzuziehen (vgl. Breitschmid, in: Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar, ZGB I, Basel 2010, Art. 285 N 6). Bei zwei Kindern im Alter zwischen sieben und zwölf Jahren ohne Anteil für Pflege und Erziehung rechtfertige sich ein monatlicher Betrag von je Fr. 1'300.–. Nach Abzug der Kinderzulagen ergebe dies einen Kinderunterhaltsanspruch über je Fr. 1'100.–. Der Restbetrag in der Höhe von Fr. 2'570.– sei der Berufungsklägerin als monatlicher persönlicher Unterhaltsbeitrag zuzusprechen (vgl. act. 5 S. 16).

#### **E. 3.2**

Zum Einkommen des Berufungsbeklagten

#### **E. 3.3**

Zu den Kinderzulagen

#### **E. 3.4**

Zum Bedarf des Berufungsbeklagten

#### **E. 3.5**

Fazit Gemäss den vorstehenden Erwägungen ergibt sich einzig eine Änderung im Einkommen des Berufungsbeklagten (neu Fr. 7'837.– anstelle Fr. 7'973.–) sowie bei der

Position Krankenkasse im Bedarf des Berufungsbeklagten (neu Fr. 100.– an- stelle Fr. 182.–). Daraus würde ein tieferer Unterhaltsbeitrag des Berufungsbe- klagten resultieren, als von der Vorinstanz festgesetzt wurde. Da der Berufungs- beklagte keine Berufung gegen den vorinstanzlichen Entscheid erhob, kommt ei- ne Reduktion der von der Vorinstanz festgesetzten Unterhaltsbeiträge nicht in Frage. Damit ist die Berufung teilweise gutzuheissen und Absatz 1 der Dispositiv- ziffer 1 der vorinstanzlichen Verfügung durch die Aufnahme allfälliger Kinderzula- gen zu ergänzen. Im Übrigen ist die Berufung abzuweisen.

#### **E. 4**

Unentgeltliche Rechtspflege Der Berufungsklägerin wurde bereits mit Beschluss vom 14. November 2012 die unentgeltliche Rechtspflege gewährt. Das Gesuch des Berufungsbeklagten wurde bis anhin noch nicht behandelt. Aus der Steuererklärung 2011 (act. 4/17/10) so- wie der Bedarfsrechnung ergibt sich seine Mittellosigkeit. Das Rechtsbegehren kann zudem nicht als aussichtslos bezeichnet werden. Demgemäss ist auch dem Berufungsbeklagten die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.

#### **E. 5**

Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis. Es wird erkannt: 1. In teilweiser Gutheissung der Berufung wird der erste Absatz der Dispositiv- ziffer 1 der vorinstanzlichen Verfügung vom 17. Oktober 2012 wie folgt er- gänzt (Ergänzung hervorgehoben): "1. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin ab 1. Juli 2012 für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens einen monatlichen Unterhaltsbeitrag für die beiden Kinder von je CHF 1'100.– (zuzüglich allfällige Kinderzulagen) und für sich persönlich von CHF 2'570.– zu bezahlen, zahlbar im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Mo- nats." 2. Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen.

#### **E. 5.1**

Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 2'500.– festzu- setzen. Die Kosten des Berufungsverfahrens, über welche bereits im vorliegen- den Entscheid zu befinden ist (Art. 104 Ziff. 3 ZPO), sind der Berufungsklägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Es ist von einem vollständigen Unterliegen der Berufungsklägerin auszugehen, da sich aufgrund der Ergänzung des Absat- zes 1 der Dispositivziffer 1 der vorinstanzlichen Verfügung im Moment keine ma- terielle Änderung ergibt und sich mit grosser Wahrscheinlichkeit auch in Zukunft nicht ergeben wird. Die der Berufungsklägerin auferlegte Gerichtsgebühr ist zufol- ge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Staatskas- se zu nehmen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

- 25 -

#### **E. 5.2**

Die Berufungsklägerin ist zu verpflichten, dem Berufungsbeklagten eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 und Art. 122 Abs. 1 lit. d ZPO). Die Parteientschädigung ist auf Fr. 2'000.– zuzüglich 8% Mehrwertsteuer festzusetzen. Es wird beschlossen: 3. Das Gesuch des Berufungsbeklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird bewilligt. Als unentgeltliche Rechtsvertreterin des Beru- fungsbeklagten wird Rechtsanwältin lic. iur. Y. \_\_\_\_\_ bestellt. 4. Dem Editionsantrag der Berufungsklägerin, wonach der Berufungsbeklagte sowie E. \_\_\_\_\_, Generalagent der

F.\_\_\_\_\_, ...[Adresse], zu verpflichten sei- en, einen detaillierten Ausdruck des Provisionsvorschusskontos des Beru- fungsbeklagten vom 1. Oktober 2009 bis heute zu edieren, wird nicht ent- sprochen.

#### **E. 6**

Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 2'500.– festge- setzt und der Berufungsklägerin auferlegt, jedoch einstweilen auf die Ge-

- 26 - richtskasse genommen; vorbehalten bleibt die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO.

#### **E. 7**

Die Berufungsklägerin wird verpflichtet, dem Berufungsbeklagten für das Be- rufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.– zuzüglich 8% Mehrwertsteuer zu bezahlen.

#### **E. 8**

Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten unter Bei- lage des Doppels von act. 12, sowie – unter Rücksendung der vorinstanzli- chen Akten – an das Einzelgericht im ordentlichen Verfahren des Bezirksge- richts Meilen, je gegen Empfangsschein.

#### **E. 9**

Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Be- schwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 26'280.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. A. Muraro-Sigalas versandt am:

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