

ZH_OBERGERICHT LY150015 vom 9. Juni 2015

ZH Obergericht, 2015-06-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY150015

FR: ZH_OBERGERICHT LY150015 du 9 juin 2015

IT: ZH_OBERGERICHT LY150015 del 9 giugno 2015

Erwägungen

E. 1

Sachverhalt Aus der zwischen den Parteien am tt. Februar 2002 geschlossenen Ehe gingen drei Kinder hervor, C._____, geb. am tt.mm.2002, D._____, geb. am tt.mm.2004, und E._____, geb. am tt.mm.2009. Die Parteien sind heute 35 und 44 Jahre alt. Ihre Kinder sind 13-, 10 ½- und 6-jährig. Mit Eheschutzentscheid des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Winterthur vom

E. 2

Prozessgeschichte

E. 2.1

Wie erwähnt, erging am 2. Oktober 2013 der Eheschutzentscheid, mit welchem der Gesuchsgegner verpflichtet wurde, den drei Kindern je Fr. 1'000.– und der Gesuchstellerin Fr. 800.– Unterhalt pro Monat zu bezahlen (act. 5/5/23). Rund

- 7 - 16 Monate später liess die Mutter, Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (fortan Gesuchstellerin genannt) unter Einreichung des gemeinsamen Scheidungsbegehrens vom 10. Februar 2014 beim Einzelgericht (im ordentlichen Verfahren) des Bezirksgerichts Winterthur das Scheidungsverfahren anhängig machen. Gleichzeitig stellte sie den Antrag, der Vater, Gesuchsgegner und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchsgegner genannt) sei zu verpflichten, ihr einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 5'000.– zu bezahlen, eventualiter sei ihr die unentgeltliche Rechtspflege (unentgeltliche Prozessführung und unentgeltliche Rechtsverbeiständung durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____) zu gewähren (act. 5/1 S. 2 und act. 5/2/1).

E. 2.2

Anlässlich der Anhörung vom 5. Juni 2014 bestätigten die Eheleute ihren Scheidungswillen (Prot. VI S. 2 ff.). Eine Einigung über die weiteren Nebenfolgen der Scheidung konnte nicht erzielt werden. Tags darauf, am 6. Juni 2014, stellte die Gesuchstellerin ein Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen im Sinne einer Erhöhung der im Eheschutzverfahren festgelegten Unterhaltsbeiträge auf Fr. 5'500.– (mit Wohngemeinschaft beim Gesuchsgegner) bzw. Fr. 4'880.– (ohne Wohngemeinschaft, act. 5/20). Nachdem der Gesuchsgegner sich schriftlich mit Eingabe vom 30. Juli 2014 hiezu äussern konnte und im Gegenzug eine Reduktion der Unterhaltsbeiträge auf total Fr. 1'737.– forderte (act. 5/27), fand am 21. November 2014 die Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen statt. Es konnte keine gerichtliche Vereinbarung abgeschlossen werden (Prot. VI S. 26).

E. 2.3

Mit Verfügung vom 13. Februar 2015 [recte: Urteil betreffend die Sache, vgl. § 135 GOG] fällte das Einzelgericht des Bezirksgerichts Winterthur einen Entscheid und gab dem

Gesuch der Gesuchstellerin um unentgeltliche Prozessführung und unentgeltliche Rechtsvertretung statt (act. 4 Dispositiv-Ziffer 1). Unter Aufhebung der entsprechenden Ziffer des Eheschutzentscheids vom 2. Oktober 2013 verpflichtete es den Gesuchsteller, der Gesuchstellerin für die Dauer des Scheidungsverfahrens für jedes der drei Kinder Fr. 1'000.– (zuzüglich Kinderzulagen) ab 1. Juli 2014 zu bezahlen und der Gesuchstellerin persönliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 2'785.– ab 1. Juli 2014 bis 31. August 2014 (act. 4 Dispositiv-Ziffer 2). Darüber hinaus sprach es keine Frauenunterhaltsbeiträge zu. Das Erwerbseinkommen des Gesuchsgegners (inkl. 13. Monatslohn zuzüglich Familien-, Kinder-, und/oder Ausbildungszulagen) bezifferte es bis 31. August 2014 mit Fr. 8'109.20 netto und ab

- 8 - 1. September 2014 mit Fr. 6'862.70 netto. Den Bedarf der Gesuchstellerin mit den Kindern führte es mit Fr. 5'790.– an und denjenigen des Gesuchsgegners mit Fr. 2'324.– bis 31. August 2014 und mit Fr. 3'874.– ab 1. September 2014 (act. 4 Dispositiv-Ziffer 3).

E. 2.4

Gegen diesen ihr am 25. Februar 2015 zugegangenen Entscheid (act. 5/40) erhob die Gesuchstellerin rechtzeitig mit Eingabe vom 9. März 2015 (Datum Poststempel: 9. März 2015) bei der Kammer Berufung und stellte die eingangs genannten materiellen und prozessualen Anträge (act. 2).

E. 2.5

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 5/1-41). Auf die Einholung einer Berufungsantwort wurde verzichtet (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

E. 3

Prozessuale Vorbemerkungen

E. 3.1

Erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen sind mit Berufung anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Mit Berufung können sowohl unrichtige Rechtsanwendung als auch unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Ebenfalls gerügt werden kann die (blosse) Unangemessenheit eines Entscheides, da es sich bei der Berufung um ein vollkommenes Rechtsmittel handelt. Unangemessenheit liegt vor, wenn ein Entscheid innerhalb des gerichtlichen Ermessensspielraums liegt, auf sachlichen Kriterien beruht und auch nicht unverständlich ist, jedoch unter Berücksichtigung sämtlicher Gegebenheiten des konkreten Falles gleichwohl als unzweckmässig erscheint (ZK ZPO-Reetz/Theiler, 2. Aufl., N 6 und N 36 zu Art. 310). Aufgrund des den Gerichten zustehenden Ermessens hat sich die Rechtsmittelinstanz bei der Angemessenheitskontrolle allerdings Zurückhaltung aufzuerlegen (Blickenstorfer, DIKE-Komm-ZPO, N 6 zu Art. 310; Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, N 475).

E. 3.2

Prozesse betreffend Abänderung vorsorglicher Massnahmen im Scheidungsverfahren unterstehen – wie das Eheschutzverfahren – dem summarischen Verfahren (vgl. Art. 271 lit. a ZPO; Art. 276 ZPO, Art. 258 lit. d ZPO). Dieses zeichnet sich einerseits durch eine Beweismittelbeschränkung aus, wonach der Beweis grundsätzlich mit Urkunden zu erbringen ist (Art. 254 Abs. 1 ZPO), und andererseits

- 9 - durch eine Beweismassbeschränkung, wonach die Behauptungen bzw. Bestreitungen nicht strikte nachzuweisen, sondern nur glaubhaft zu machen sind (BSK ZPO- Mazan, 2. Aufl., N 6 zu Art. 248-256). Den Gesuchsteller bzw. die Gesuchstellerin trifft also analog der Behauptungslast nach Art. 8 ZGB eine Glaubhaftmachungslast, womit die tatsächlichen Voraussetzungen, die zur Abänderbarkeit der Vereinbarung führen sollen, nicht zu beweisen, sondern nur glaubhaft darzulegen sind (vgl. BGE vom 5. März 2010, FamPra 2010, S. 705 ff.). Daran wird ersichtlich, dass relativ rasch eine vorläufige Friedensordnung hergestellt werden soll. An der Zuständigkeit des bereits mit der Hauptsache, der Scheidung, betrauten Gerichts ändert sich nichts (Art. 276 ZPO). Zu beachten ist, dass wenn der Unterhaltsschuldner in einem Abänderungsprozess die Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge verlangt, was vorliegend der Fall ist, nicht die Unterhaltsgläubigerin die Anspruchsgrundlagen für eine Unterhaltsrente zu belegen hat, sondern es dem Unterhaltsschuldner obliegt, die tatbestandlichen Voraussetzungen glaubhaft zu machen, aus denen auf die Abänderbarkeit des rechtskräftigen Urteils (hier: des Eheschutzentscheids vom 2. Oktober 2013) bzw. auf den (teilweisen) Untergang des Unterhaltsanspruchs der Gesuchstellerin geschlossen werden muss (Urteil 5A_117/2010 vom 5. März 2010 E. 3.4). Glaubhaft zu machen sind sämtliche Umstände, aus denen abzuleiten ist, dass es dem Unterhaltsschuldner tatsächlich nicht möglich ist, gleich viel zu verdienen wie bisher. Während bei Kinderbelangen die uneingeschränkte Offizial- und Untersuchungsmaxime gilt, das Gericht den Sachverhalt also von Amtes wegen erforscht und über die Anträge der Parteien hinausgehen kann (BGE 128 III 411 E. 3.1 S. 412 mit Hinweisen; vgl. nunmehr Art. 296 Abs. 3 ZPO), untersteht der Ehegattenunterhalt der Dispositionsmaxime (BGer 5A_906/2012 vom 18.04.2013 E. 6. in: FamPra.ch 2013 S. 715 ff.; BGer 5A_441/2008 vom 29.12.2008 E. 4.5, in: Pra 2009 Nr. 66 S. 434 und FamPra.ch 2009 S. 470; BGE 129 III 417 E. 2.1.2 S. 420). Dennoch gilt hier der sogenannt eingeschränkte ("soziale") Untersuchungsgrundsatz (Art. 276 ZPO i.V.m. Art. 272 ZPO), dessen Sinn und Zweck in der Unterstützung der schwächeren Partei und damit im Ausgleich eines Machtgefälles zwischen den Parteien besteht. Der eingeschränkte Untersuchungsgrundsatz ändert aber nichts an der Mitwirkungspflicht der Parteien bei der Feststellung des entscheidungsrelevanten Sachverhalts. Sind

- 10 - beide Parteien anwaltlich vertreten, so hat sich das Gericht bei der Feststellung des Sachverhalts, ähnlich wie im ordentlichen Prozess, zurückzuhalten (ZK ZPO-Sutter-Somm/Vontobel, N 11 ff. zu Art. 272). Unabhängig davon, ob der Kindes- oder der Ehegattenunterhalt angefochten ist, bleibt der Unterhaltspflichtige in jedem Fall von einem Eingriff in sein Existenzminimum geschützt (BGer 5A_169/2012, Urteil vom 18. Juli 2012, E. 3.3; BGE 135 III 66).

E. 4

Vorinstanzlicher Entscheid und Parteistandpunkte

E. 4.1

Die Vorinstanz erwog zum Stellenwechsel des Gesuchstellers, es treffe zwar zu, dass der Gesuchsgegner seine bisherige Stelle bei der Firma G. _____ AG freiwillig aufgegeben habe und er bei der I. _____ AG rund Fr. 1'250.– monatlich weniger verdiene, doch könne ihm ein höheres als das real erzielte Einkommen nur angerechnet werden, wenn ihm eine entsprechende Einkommenssteigerung tatsächlich möglich und zumutbar sei (act. 4 S. 14 f. mit Verweis auf BGE 128 III 4 E. 4a). Böswilligkeit liege nicht vor und werde von der

Gesuchstellerin auch nicht geltend gemacht. Hinzu komme, dass die hypothetische Anrechnung eines früheren, höheren Einkommens nur dann in Betracht falle, wenn sich die Einkommensreduktion rückgängig machen liesse. Dies sei in Anbetracht der wirtschaftlichen Lage der Firma G. _____ AG nicht realistisch und im Übrigen schöpfe der nach wie vor in einem 100%-Pensum tätige Gesuchsgegner seine Qualifikation und Erfahrungen vollumfänglich aus. Der Stellenwechsel sei in Anbetracht der Veränderungen der Besitzverhältnisse seiner ehemaligen Arbeitgeberin und des damit einhergehenden Personalabbaus nachvollziehbar. Der Gesuchsgegner habe sich ernsthafte Sorgen um seine Arbeitsstelle gemacht und deshalb nach einer sicher scheinenden Stelle gesucht. Dabei nehme er sogar einen sehr langen Arbeitsweg in Kauf. Die neue Stelle bei der I. _____ AG biete mittel- bis längerfristig die besseren Perspektiven, was in Anbetracht der noch lange dauernden Unterhaltspflicht des Gesuchsgegners auch im Interesse der Gesuchstellerin und der Kinder liege. Damit sei nicht von einem hypothetischen Einkommen auszugehen (act. 4 S. 15 f.).

E. 4.1.1

Gemäss dem Arbeitsvertrag mit der Firma I. _____ AG, so die Vorinstanz weiter, habe der Gesuchsgegner seit dem 1. September 2014 Anspruch auf einen Jahresbruttolohn von Fr. 87'100.– (act. 5/35/3). Im September 2014 habe er netto

- 11 - Fr. 5'644.35 verdient (act. 5/35/4). Er werde jedoch auch bei seiner neuen Arbeitgeberin Schichtarbeit leisten, womit er Anspruch auf Schichtzulagen habe. Gemäss Simulation seiner Arbeitgeberin würden die Schichtzulagen durchschnittlich Fr. 748.15 brutto pro Monat betragen, woraus ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 6'334.80 resultiere (act. 5/17/10). Unter Berücksichtigung des 13. Monatslohns ergebe dies ein anrechenbares monatliches Nettoeinkommen von Fr. 6'862.70 ab 1. September 2014 (act. 4 S. 14).

E. 4.1.2

Zum bisherigen Einkommen bei der Firma G. _____ AG erwog die Vorinstanz, dass der Gesuchsgegner bei seiner bisherigen Arbeitgeberin im Jahr 2013 ein Nettojahreseinkommen von Fr. 94'426.– inklusive Kinderzulagen erzielt habe, woraus sich ein monatliches Nettoeinkommen ohne Kinderzulagen von Fr. 7'268.85 ergebe (act. 5/17/2). Per 1. Januar 2014 habe sich sein monatliches Bruttoeinkommen von Fr. 7'400.– auf Fr. 7'900.– erhöht (act. 5/6/2 und act. 5/17/1). Das durchschnittliche Nettoeinkommen des Gesuchsgegners in den Monaten Februar bis April 2014 habe ohne Kinderzulagen Fr. 7'485.40 ([Fr. 7'908.50 + Fr. 8'358.50 + Fr. 7'989.15] : 3 ./ Fr. 600.–; act. 5/17/1) betragen. Unter Berücksichtigung des 13. Monatslohns resultiere damit ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 8'109.20 bis zum 31. Juli 2014 (act. 4 S. 13 f.).

E. 4.1.3

Den Bedarf ermittelte die Vorinstanz unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Wohngemeinschaft mit J. _____ (dieser bezahlte dem Gesuchsgegner Fr. 700.– monatlich für die Miete) per 31. August 2014 beendet worden sei (act. 5/28/1-2), wie folgt:
Gesuchsgegner Gesuchsgegner Gesuchstellerin bis 31.08.2014 ab 01.09.2014 I.
Grundbetrag Fr. 1'350.– Fr. 1'100.– Fr. 1'200.– 1) Grundbetrag Kinder Fr. 1'400.– 2) Wohnkosten, inkl. Nebenkosten Fr. 2'010.– Fr. 743.– Fr. 1'443.– 3) Krankenkasse (KVG) Fr. 296.– Fr. 290.– Fr. 290.– 4) Krankenkasse Kinder (KVG) Fr. 8.– 4) Telefon/Internet Fr. 120.– Fr. 120.– Fr. 120.–

- 12 - 5) Radio-/TV-Gebühren Fr. 39.– Fr. 39.– Fr. 39.– 6) Hausratversicherung Fr. 32.– Fr. 32.– Fr. 32.– 7) Fahrkosten Fr. 0.– Fr. 600.– 8) auswärtige Verpflegung Fr. 0.– Fr. 150.– 9) Kinderbetreuungskosten Fr. 98.– 10) Gesundheitskosten Fr. 262.– 11) Zahnarztkosten Fr. 175.– Total Fr. 5'790.– Fr. 2'324.– Fr. 3'874.– Gesamtbedarf der Parteien Fr. 8'114.– Fr. 9'664.– Für die geltend gemachten Auslagen für die Zimmermiete in ... setzte die Vorinstanz keinen Betrag ein. Es sei dem Gesuchsgegner zuzumuten, den Arbeitsweg von 85 Kilometern, für welchen er rund 55 Minuten benötige, täglich zurückzulegen. Hingegen seien ihm für die Fahrten von Winterthur nach ... ab 1. September 2014 Kosten von Fr. 600.– pro Monat anzurechnen, denn aufgrund der Schichtarbeit könne der Gesuchsgegner den Arbeitsweg nicht mit öffentlichen Verkehrsmitteln zurücklegen (act. 4 S. 16 ff.). Steuern wurden in der Bedarfsberechnung nicht berücksichtigt, da es sich offensichtlich um einen Mankofall handelt (statt vieler BGE 126 III 89 E. 3 lit. b; Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich betreffend die Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009 [ZR 2009 S. 253 ff.]

E. 4.1.4

Ausgehend von diesen Bedarfswerten, unter Berücksichtigung des monatlichen Einkommens des Gesuchsgegners von Fr. 8'109.20 bis zum Stellenwechsel am 1. September 2014, errechnete die Vorinstanz für den Zeitraum vom 1. Juli 2014 (der Antrag betreffend vorsorgliche Massnahmen wurde am 6. Juni 2014 eingereicht) bis zum 31. August 2014 eine Unterhaltsverpflichtung von Fr. 5'785.– zuzüglich Kinderzulagen (Fr. 1'000.– pro Kind und Fr. 2'785.– persönlichen Unterhalt für die Gesuchstellerin). Weiter erwog sie, das Einkommen reduziere sich ab 1. September 2014 auf Fr. 6'872.20 und der Bedarf erhöhe sich gleichzeitig auf Fr. 3'874.–, womit der Gesuchsgegner nur noch rund Fr. 3'000.– Unterhaltszahlungen (zuzüglich Kinderzulagen) leisten könne. Dies ergebe pro Kind wiederum

- 13 - Fr. 1'000.–, hingegen sei mangels Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners für die Gesuchstellerin persönlich kein Unterhaltsbeitrag mehr festzusetzen (act. 4 S. 20).

E. 4.2

Die Gesuchstellerin ist mit der vorinstanzlichen Festsetzung der Unterhaltszahlungen für den Zeitraum vom 1. Juli bis zum 31. August 2014 einverstanden. Hingegen ist sie der Auffassung, der Gesuchsgegner habe ihr auch nach dem 1. September 2014 für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens monatlich Fr. 1'530.– persönlichen Unterhalt zu bezahlen, eventualiter Fr. 630.– pro Monat (act. 2 S. 2 f.). Betreffend das Erwerbseinkommen des Gesuchstellers anerkennt sie den Betrag von Fr. 8'109.20, ist jedoch der Ansicht, dieser Betrag sei ihm auch nach dem Stellenwechsel, also über den 1. September 2014 hinaus, anzurechnen (d.h. keine Reduktion per 1. September 2014 auf Fr. 6'872.20). Den gegnerischen Bedarf will sie ab 1. September 2014 auf Fr. 3'574.– (statt Fr. 3'874.–) reduzieren (act. 2 S. 3).

E. 4.2.1

Konkret macht die Gesuchstellerin geltend, dem Gesuchsgegner sei es entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht gelungen glaubhaft zu machen, dass die Voraussetzungen zur Abänderung des Eheschutzentscheids im Sinne von Art. 179 ZGB erfüllt seien. Bei Verschlechterung der Verhältnisse des Unterhaltspflichtigen seien die entsprechenden Veränderungen nur beachtlich, wenn sie von ihm nicht freiwillig herbeigeführt worden

seien. Mit anderen Worten solle der Schuldner die Folgen der seiner Lebensführung betreffenden Entscheide selber tragen und nicht auf seine Unterhaltsgläubiger abwälzen. Konsequenz sei, dass von seiner bisherigen höheren Leistungsfähigkeit auszugehen und ihm ein hypothetisches Einkommen anzurechnen sei (act. 2 S. 7 mit Verweis auf BGer 5C.163/2001 E. 2c und BGer 5A_736/2007). Hinzukomme, dass der Gesuchsgegner keine einzige Suchbemühung vorgelegt und entsprechend nicht nachgewiesen habe, dass sein Einkommen unwiederbringlich gesunken sei. Ebenso wenig habe er dargetan, dass seine ehemalige Arbeitgeberin ihn nicht mehr zu den gleichen Bedingungen einstellen würde. Folglich könne davon ausgegangen werden, dass sich die freiwillig erfolgte Einkommensreduktion rückgängig machen lasse (act. 2 S. 10 mit Verweis auf Prot. VI S. 24 f.). Die Vorinstanz führe an, dass einem unterhaltspflichtigen Ehegatten ein höheres als das tatsächlich erzielte Einkommen nur dann angerechnet werden dürfe, wenn ihm eine entsprechende Einkommenssteigerung tatsächlich mög-

- 14 - lich und zumutbar sei. Hierdurch allerdings würden der Schuldner und die Gläubigerin, bei welcher eine leichtfertige Aufgabe der Erwerbstätigkeit in der Unterhaltsbemessung nicht berücksichtigt und ein fiktives Einkommen angerechnet werde, ungleich behandelt. Dies führe zu einem stossenden und unbefriedigenden Ergebnis, weshalb die Unmöglichkeit der Wiederherstellung der bisherigen Verhältnisse nicht leichthin angenommen werden dürfe. Die Rechtsprechung und Lehre würden dazu neigen, die Anrechnung von hypothetischen Einkommen auf Fälle auszudehnen, in denen die Verschlechterung der Verhältnisse auf einen freiwilligen Entscheid zurückzuführen seien (act. 2 S. 8 mit Verweis auf Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Aufl., N 01.63 m.w.H.).

E. 4.2.2

Hinzukomme, dass es sich um einen krassen Mankofall mit drei unmündigen Kindern handle und die Gesuchstellerin das Existenzminimum von Fr. 5'790.– mit den von der Vorinstanz zugesprochenen Unterhaltsbeiträgen von Fr. 3'000.– bei weitem nicht decken könne. Bei diesen engen wirtschaftlichen Verhältnissen seien an die Ausnützung des unterhaltspflichtigen Elternteils besonders hohe Anforderungen zu stellen (act. 2 S. 11 mit Verweis auf BGE 137 III 118). Der Gesuchsgegner habe seine Stelle ohne Not und ohne nachvollziehbaren Grund freiwillig gekündigt. Weder sei ihm eine Kündigung angedroht worden, noch habe er gesundheitliche Probleme gehabt, welche ihn zu diesem Schritt gezwungen hätten. Per Januar 2014 habe er sogar noch eine Lohnerhöhung erhalten, woran sich zeige, dass die Stelle des Gesuchsgegners nicht gefährdet gewesen sei. Er hätte also ohne Zeitdruck eine neue, gleich bezahlte Stelle finden können. Bei der wirtschaftlichen Situation seiner Familie gehe es nicht an, dass er nicht mehr als Leiter Unterhalt, sondern lediglich als Elektromechaniker arbeite. Es sei auch zumutbar, dass er eine Stelle als Servicetechniker im Aussendienst annehme und hierbei einen höheren Lohn erziele (act. 2 S. 8 ff.).

E. 4.2.3

Nicht ausser Acht zu lassen sei überdies, so die Gesuchstellerin weiter, dass der Gesuchsgegner sich im Laufe der Trennung und des Scheidungsverfahrens bezüglich seiner Unterhaltspflichten nachlässig und nicht im Interesse der Unterhaltsberechtigten verhalten habe. So habe er der Gesuchstellerin weder die Lohnerhöhung per Januar 2014 mitgeteilt, noch habe er die durch die Wohngemeinschaft mit J._____ eingesparten Kosten

an die Gesuchstellerin weitergeleitet (Anpassung Un-

- 15 - terhalt). Schliesslich habe der Gesuchsgegner im September 2014 eigenmächtig die Unterhaltsbeiträge von Fr. 3'800.– auf Fr. 2'337.– reduziert. Da es dem Gesuchsgegner während dieser Zeit trotzdem möglich gewesen sei, ein neues Auto anzuschaffen und – nach Androhung rechtlicher Schritte – auch die bevorschussten Ali- mente bzw. eine Restschuld zurückzuerstatten, sei dieses Verhalten als reine Schikane zu werten (act. 2 S. 9 mit Verweis auf act. 5/33 S. 6 f. und act. 5/34/29). Insgesamt sei es ihm also durchaus möglich und zumutbar, das ehemalige Einkommen von rund Fr. 8'100.– zu erzielen (act. 2 S. 12).

E. 4.2.4

Abschliessend verlangt die Gesuchstellerin, dass der vorinstanzlich ermittelte Bedarf des Gesuchsgegners von Fr. 3'874.– um Fr. 300.– auf Fr. 3'574.– reduziert werde, denn bei einem Arbeitsort in Winterthur oder der näheren Umgebung müssten ihm nicht Fahrkosten und Kosten für die auswärtige Verpflegung von Fr. 750.– angerechnet werden. Dies führe zu einer Unterhaltsverpflichtung von Fr. 4'530.– (Fr. 8'100.– ./ Fr. 3'574.–), was aufgeteilt auf die drei Kinder und die Gesuchstellerin einen Ehegattenunterhalt von Fr. 1'530.– pro Monat ergebe (act. 2 S. 12).

E. 4.3

Der Gesuchsgegner wurde im Berufungsverfahren nicht angehört. Auf die Ausführungen der Gesuchstellerin auf Seite 11 ihrer Berufungsschrift (Ziff. 9.8) ist nicht einzugehen, da es sich abgesehen von den Angaben zur Art der zumutbaren Tätigkeit (Rechtsfrage) um neue Tatsachenbehauptungen handelt. Dasselbe gilt für die neu eingereichten Beilagen (Lohnrechner) als act. 3/1-2, abgesehen davon, dass Lohnrechner nur dann zur Ermittlung des Einkommens berücksichtigt werden können, wenn auch tatsächlich Stellen vorhanden sind. Es wäre der Gesuchstellerin zumutbar gewesen, diese Behauptungen bzw. Beweismittel bereits vor Vorinstanz einzureichen. Anderes hat sie jedenfalls nicht dargetan. Damit verstösst sie gegen das Novenverbot (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

E. 5

Würdigung

E. 5.1

Wie die Vorinstanz zutreffend feststellte, ist bei AB. _____ mit der Wiederaufnahme des gemeinsamen Haushalts nicht mehr zu rechnen. Die Parteien haben ihren Scheidungswillen bekräftigt und sich getrennt voneinander neu organisiert. In einem solchen Fall sind gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bei der Beurteilung des Unterhalts und insbesondere der Frage der Wiederaufnahme oder

- 16 - der Ausdehnung der Erwerbstätigkeit eines Ehegatten bereits die für den nachehelichen Unterhalt geltenden Kriterien von Art. 125 ZGB zu beachten (BGE 128 III 65; vgl. act. 4 S. 11). Mit anderen Worten ist schon im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen zu prüfen, ob nachehelicher Unterhalt geschuldet ist. Vorliegend bedingt dies gleichzeitig, dass auch die Voraussetzungen für die Abänderung von Eheschutzmassnahmen erfüllt sind (dazu sogleich nachstehend Ziff. 5.2). Berechtigter Anspruch auf nachehelichen Unterhalt besteht dann, wenn die Ehe als lebensprägend zu qualifizieren ist, was namentlich der Fall ist, wenn aus der Ehe Kinder hervorgegangen sind (BGE 135 III 59 E. 4.1 S. 61). Der die Kinder betreuende Elternteil, welcher keiner Erwerbstätigkeit nachgehen kann, soll den

während der Ehe zu- letzt gelebten Standard weiterführen bzw. ein gleichwertiges Leben wie der Unter- haltspflichtige führen können (BGer 5C.169/2006 vom 13. September 2006 E. 2.4, in: Fampra.ch 2007 S. 146). Unter Berücksichtigung der weiteren in Art. 125 Abs. 2 ZGB aufgelisteten Kriterien ist ausgehend davon der Unterhaltsbeitrag zu berech- nen. Dabei ist zu beachten, dass Unterhaltsbeträge in pflichtgemässer Ermes- sensausübung festzusetzen sind. Der Entscheid stellt daher – auch wenn dafür eine mathematische Berechnung herangezogen wird – nicht das exakte Ergebnis einer quasi wissenschaftlich genauen Berechnung dar, sondern er ist letztlich immer nach Recht und Billigkeit zu treffen (Meier-Hayoz, Berner Kommentar, N 71-73 zu Art. 4 ZGB; ZR 90 Nr. 95).

E. 5.2

Eheschutzmassnahmen werden nur unter der Voraussetzung abgeändert, dass eine wesentliche und dauernde Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse vorliegt, welche die dem Eheschutzentscheid zugrundeliegenden Fakten als unrich- tig erscheinen lässt (Art. 179 Abs. 1 ZGB). Grund zur Abänderung besteht vor al- lem, wenn sich die tatsächliche Situation inzwischen wesentlich und dauerhaft ver- ändert hat. Bloss unbedeutende Schwankungen in Beruf, Einkommen und Bedarf der einen oder anderen Seite – z.B. eine Lohnerhöhung um wenige Prozente oder ein üblicher Anstieg der Krankenkassenprämien – sollen noch nicht zur Korrektur des Unterhaltes führen. Als dauerhaft erscheint eine Veränderung schon, wenn un- gewiss ist, wie lange sie anhält (Rolf Vetterli, in: FamKomm Scheidung, N 2 zu Art. 179 ZGB m.H.). Wesentlich ist eine Veränderung der ursprünglichen massge- benden Verhältnisse, wenn sie die Lebensverhältnisse der Ehegatten, bspw. die

- 17 - wirtschaftliche Leistungsfähigkeit oder den Bedarf nachhaltig beeinflusst (Haus- heer/Reusser/Geiser, Berner Kommentar, 1999, N 10 zu Art. 179 ZGB). Im Gegen- satz zur Abänderung von Scheidungsurteilen (BGer 5C.52/2007 vom 12.07.2007, E. 2) setzt die Abänderung von Eheschutzmassnahmen nicht voraus, dass diese Veränderung der Verhältnisse i.S. von Art. 179 ZGB auch unvorhersehbar war (BGer 5A_618/2009 vom 14.12.2009, E. 2). Es geht hier wie bereits erwähnt ledig- lich um eine vorübergehende Regelung der Verhältnisse.

E. 5.2.1

Vorliegend hat sich die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Gesuchsgeg- ners aufgrund des Stellenwechsels deutlich verändert. Seine dem Eheschutzent- scheid zugrunde liegenden finanziellen Verhältnisse stimmen nicht mehr mit den ak- tuellen finanziellen Verhältnissen überein. Der Gesuchsteller befindet sich in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis und er hat glaubhaft dargetan, dass er nicht beab- sichtigt, dieses wieder aufzugeben; schliesslich führt er als Grund für seinen Stel- lenwechsel die Sorge um die Sicherheit seines Arbeitsplatzes an (act. 5/15 S. 2; act. 5/17/9; Prot. VI S. 14). In tatsächlicher Hinsicht ist somit von einer dauerhaften Veränderung auszugehen. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob dieser Verän- derung bei der Bemessung der Unterhaltsbeiträge Rechnung zu tragen ist oder ob i.S. der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens auf die früheren Verhältnis- se abzustellen ist, wie die Gesuchstellerin verlangt.

E. 5.2.2

Das Bundesgericht erklärte in einem neueren Leitentscheid (BGE 128 III 4 E. 4.a) die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens grundsätzlich für zuläs- sig, falls der

Unterhaltspflichtige ein Einkommen in dieser Höhe bei gutem Willen bzw. bei ihm zuzumutender Anstrengung zu erzielen vermöchte. Da die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens keinen pönalen Charakter hat, ist unerheblich, aus welchem Grund der Unterhaltspflichtige auf die Erzielung eines höheren Einkommens verzichtet. Als Folge davon ist auch bei einer leichtsinnigen oder sogar böswilligen Verringerung des Einkommens grundsätzlich kein hypothetisches Einkommen anzurechnen, wenn die Erzielung eines höheren Einkommens nicht möglich oder zumutbar ist. Dies kann gerade bei Böswilligkeit zu unbefriedigenden Ergebnissen führen, wie das Bundesgericht in einem anderen Entscheid einräumte (BGE 117 II 16 E. 1.b). Stimmen in der Literatur, auf die sich die Gesuchstellerin bezieht, verlangen daher, dass die Unmöglichkeit der Wiederherstellung der bisherigen

- 18 - Verhältnisse nicht leichthin angenommen werde, diese sei vom Schuldner zu beweisen (Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. A., Bern 2010, Rz. 01.63).

E. 5.2.3

Nach den Regeln über die Verteilung der Beweislast muss der Unterhaltsschuldner, der eine Herabsetzung seines Unterhaltsbeitrags verlangt, dartun, dass sich die Verhältnisse wesentlich und dauerhaft geändert haben. Dass diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist vorliegend unbestritten. Will eine Gesuchsgegnerin (Unterhaltsgläubigerin) geltend machen, diese Änderung habe unberücksichtigt zu bleiben und der im Eheschutz festgesetzte Unterhaltsbeitrag sei nicht herabzusetzen, weil der Gesuchsteller (Unterhaltsschuldner) diese Veränderung der Verhältnisse eigenmächtig herbeigeführt habe, ist sie für diesen Einwand behauptungs- und beweibelastet. Im Gefüge der rechtserzeugenden, rechtsvernichtenden und rechtshindernden Sachumstände ist diese Tatsache als rechtshindernd oder untergangshemmend (im Verhältnis zur rechtsvernichtenden Tatsache der Verringerung des Einkommens) zu qualifizieren (vgl. BK-Walter, N 311 zu Art. 8 ZGB; BK-Kummer, N 172 zu Art. 8 ZGB, Rosenberg, Die Beweislast, 5. A., München 1965, S. 101 f.). Bestreitet der Gesuchsteller (Unterhaltsschuldner) die Freiwilligkeit dieser Veränderung, steht ihm dafür der Gegenbeweis offen. Will er hingegen geltend machen, die Erzielung eines höheren Einkommens sei ihm nicht möglich oder nicht zumutbar, trifft ihn dafür die volle Beweislast. Misslingt der Gesuchsgegnerin (Unterhaltsgläubigerin) der Nachweis der Freiwilligkeit der Veränderung der Verhältnisse, ist grundsätzlich auf die effektiven Verhältnisse, d.h. auf das neue, tiefere Einkommen des Gesuchstellers (Unterhaltsschuldners), abzustellen. Der Gesuchsgegnerin (Unterhaltsgläubigerin) steht jedoch auch dann der Nachweis offen, dass dem Gesuchsteller (Unterhaltsschuldner) die Erzielung eines höheren Einkommens möglich und zumutbar sei und ihm deshalb ein hypothetisches Einkommen anzurechnen sei. Dafür trägt dann allerdings sie die Behauptungs- und Beweislast. Diese Ausführungen gelten mutatis mutandis auch für das vorliegende summarische Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen mit dem beschränkten Beweismass der Glaubhaftigkeit (vgl. oben 3.2).

E. 5.2.3.1

Auf die Behauptung der Gesuchstellerin, der Gesuchsgegner habe die Stelle bei der G._____ AG leichtfertig aufgegeben, entgegnete dieser vor Vor-

- 19 - instanz, dass sich das Arbeitsklima bei der G._____ AG nach der Übernahme durch die H._____ drastisch verändert habe. Das Personal sei reduziert worden, so etwa im

technischen Unterhalt von fünf auf drei Personen, was für das verbleibende Personal zu einer steigenden Belastung geführt habe. Es sei klar kommuniziert worden, dass man die Druckerei nur noch auf Zusehen hin – längstens bis Ende 2015 – weiterführe und nichts mehr investieren werde. Er habe eine andere Stelle suchen wollen, bevor er dazu gezwungen gewesen sei. Er habe deshalb nicht auf die Entlassung gewartet, sondern eine andere Stelle gesucht und von sich aus gekündigt (Prot. VI S. 14 und S. 24; act. 15 S. 2; act. 27 S. 4). Es war demnach der Gesuchsgegner, der das Arbeitsverhältnis mit der G._____ AG auflöste, weshalb die Vorinstanz die Kündigung mit der Gesuchstellerin als freiwillig bezeichnete (act. 4 S. 15). Seine Darstellung lässt jedoch glaubhaft erscheinen, dass er dies nicht aus freien Stücken tat, sondern damit auf die Übernahme seiner Arbeitgeberin durch eine Konkurrentin reagierte und einer möglicherweise bevorstehenden Entlassung zuvorkam. Dass er dafür den viel weiteren Arbeitsweg von Winterthur nach ... in Kauf nahm, wie sein Vertreter hervorhebt (Prot. VI S. 14), ist ein deutliches Indiz für den unfreiwilligen Charakter dieser Veränderung. Dass der Gesuchsgegner auf die mit der Übernahme durch die H._____ verbundenen Veränderungen, welche unbestritten blieben, vorsorglich mit einem Stellenwechsel reagierte, war demnach eine rationale und insoweit sachlich nachvollziehbare Entscheidung. Der Umstand, dass er in der Vergangenheit eine Lohnerhöhung erhalten hatte, was die Gesuchstellerin als Beleg dafür anführt, dass seine Stelle nicht gefährdet war (act. 5/33 S. 6 Ziff. 6.1), hätte ihm beim befürchteten Szenario einer Betriebsschliessung nichts genützt. Hinzu kommt, dass mit der Übernahme durch die H._____ möglicherweise seine Vorgesetzten gewechselt hatten, die ihn seinerzeit befördert hatten. Dass er bei längerem Zuwarten eine besser bezahlte Stelle gefunden hätte, wie die Gesuchstellerin geltend macht (act. 2 S. 10 Ziff. 9.7), ist eine Spekulation und ohne konkrete Anhaltspunkte, welche die hierfür beweispflichtige Gesuchstellerin nicht liefert, nicht zu vermuten. Dass er am neuen Ort nicht als Abteilungsleiter einsteigen konnte (act. 2 S. 11 Ziff. 9.9), ist als unerwünschte Nebenfolge dieser unfreiwilligen beruflichen Veränderung hinzunehmen. Ein Wechsel in den Aussendienst (vgl. Prot. VI S. 25) war dem Gesuchsgegner

- 20 - nicht zuzumuten. Die Gesuchstellerin hat nicht dargetan, dass die Perspektiven im Druckereigewerbe so schlecht wären, dass sich eine berufliche Neuorientierung aufdrängen würde.

E. 5.2.3.2

Vor der Vorinstanz beschränkte sich die Gesuchstellerin darauf, den Stellenwechsel als freiwillig und die Weiterführung der bisherigen Tätigkeit als zumutbar zu bezeichnen. Sie sagte nichts darüber, welche Möglichkeiten der Gesuchsgegner hätte, wieder ein höheres Einkommen zu erzielen, um die finanziellen Folgen seines Stellenwechsels rückgängig zu machen (act. 5/33 S. 6; act. 5/36 S. 2). Eine Wiederanstellung beim früheren Arbeitgeber, wie sie die Gesuchstellerin in der Berufung in den Raum stellt (act. 2 S. 10 Ziff. 9.7 und S. 12 Ziff. 9.11), stellt in der Regel keine realistische Option dar, es sei denn, die entsprechende Arbeitsstelle ist verfügbar geblieben und wurde noch nicht wieder besetzt. Im vorliegenden Marktumfeld ist damit nicht zu rechnen, und etwas anderes wurde auch nicht dargetan. Soweit die Gesuchstellerin im Berufungsverfahren auf Ergebnisse von Lohnstrukturhebungen verweist (act. 2 S. 11 Ziff. 9.8), handelt es sich um unzulässige Noven, die nicht mehr berücksichtigt werden können (vgl. oben 4.3). Im Übrigen beschränkt sich die Gesuchstellerin darauf, dem Gesuchsgegner vorzuhalten, er habe weder substantiiert dargelegt noch bewiesen, dass es ihm unmöglich sei, eine mindestens

gleich bezahlte Arbeitsstelle zu finden (act. 2 S. 10 Ziff. 9.7). Da der Stellenwechsel des Gesuchsgegners und die damit verbundene Verringerung seines Einkommens als unfreiwillig zu betrachten ist (vgl. oben 5.2.3.1), trifft in diesem Umfang jedoch die Gesuchstellerin die Behauptungs- und Beweislast (vgl. oben 5.2.3). Diesen Anforderungen genügt ihre Darstellung nicht. Die Gesuchstellerin hat nicht ansatzweise dargetan, dass dem Gesuchsgegner die Erzielung eines höheren Einkommens möglich (und zumutbar) wäre. Es ist daher auf die effektiven Verhältnisse abzustellen und kein hypothetisches Einkommen anzunehmen. Dass es sich um einen Mankofall handelt und dass der Gesuchsgegner offenbar die Unterhaltszahlungen nicht angepasst (erhöht) bzw. im September 2014 eigenmächtig reduziert hat (act. 2 S. 9), vermag daran nichts zu ändern. Für die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens gelten andere (die genannten) Voraussetzungen.

- 21 -

E. 5.2.4

Dem Gesuchsgegner vermag demnach glaubhaft darzutun, dass er seine Stelle bei der G._____ AG unter dem Druck der äusseren Umstände aufgegeben hatte. Damit gelingt es ihm, den durch den äusseren Ablauf der Ereignisse hervorgerufenen Eindruck zu entkräften, er habe ohne Not seine Stelle aufgegeben und sein Einkommen freiwillig reduziert, auf dem die Position der Gesuchstellerin aufbaut. Sodann bestehen im Rahmen der Ermittlung der Unterhaltszahlungen zumindest für die Dauer des Scheidungsverfahrens (vorsorgliche Massnahmen) keine rechtsgenügenden Anhaltspunkte dafür, dass es dem Gesuchsgegner bei den vorliegenden Verhältnissen möglich und zumutbar wäre, eine Anstellung zu finden, bei welcher er seine Fähigkeiten und Qualifikationen zum selben Lohn wie bei der G._____ AG in Winterthur ausschöpfen könnte. Damit ist auf die effektiven finanziellen Verhältnisse abzustellen und ist ihm kein hypothetisches Einkommen anzurechnen. Der von der Vorinstanz ermittelte Bedarf erfordert folgerichtig keine Korrekturen, der gegnerische Einwand, die Berufs- bzw. Fahrtauslagen des Gesuchsgegners seien um Fr. 300.– monatlich zu kürzen, überzeugt nicht. Damit bleibt kein Raum für eine Erhöhung des Frauenunterhaltsbeitrags auf Fr. 1'530.– ab 1. September 2014 für die weitere Dauer des Verfahrens. Ebenso wenig sind die Grundlagen für die Festsetzung der Unterhaltsbeiträge (Dispositiv-Ziffer 3) abzuändern. Dem Gesuchsgegner ist ein Erwerbseinkommen von Fr. 8'109.20 netto bis zum 31. August 2014 und von Fr. 6'862.70 netto ab 1. September 2014 anzurechnen, und sein Bedarf beträgt bis 31. August 2014 unverändert Fr. 2'324.– und ab 1. September 2014 Fr. 3'874.–. Die Vorinstanz hat das ihr zustehende Ermessen korrekt ausgeübt. Folglich ist die Berufung im Hauptantrag abzuweisen.

E. 5.3

Eventualiter bzw. für den Fall, dass dem Gesuchsgegner nach Auffassung der Kammer kein hypothetisches Einkommen anzurechnen sei, macht die Gesuchstellerin geltend, sein effektives Einkommen ab 1. September 2014 sei mittels den neu eingereichten Lohnabrechnungen neu zu berechnen; die von der Vorinstanz festgelegten Unterhaltsbeiträge seien entsprechend zu erhöhen. Bei den im Berufungsverfahren eingereichten Lohnabrechnungen vom Januar und Februar 2015 handle es sich um zulässige Noven, denn die Gesuchstellerin habe im erstinstanzlichen Verfahren noch keine Kenntnis dieser Unterlagen gehabt (act. 2 S. 13 f. und act. 3/5/1-2). Effektiv erziele der

Gesuchsgegner ein höheres monatliches Nettoein-

- 22 - kommen als Fr. 6'862.70. So habe er im Januar 2015 netto Fr. 6'914.20 verdient und im Februar Fr. 6'943.40 (beides ohne Kinderzulagen). Unter Berücksichtigung des 13. Monatslohns betrage das monatliche Nettoeinkommen seit dem 1. September 2014 somit Fr. 7'506.20 ($[\text{Fr. } 6'914.20 + \text{Fr. } 6'943.40] / 2 = \text{Fr. } 6'928.80 \times 13 / 12 \text{ Monate}$). Die Lohnabrechnungen von Oktober bis Dezember 2014 lägen der Gesuchstellerin nicht vor, weshalb einstweilen vom neuen Nettoeinkommen von Fr. 7'506.20 ausgegangen werde. Ausgehend vom vorinstanzlich ermittelten Bedarf von Fr. 3'874.– des Gesuchsgegners resultiere eine monatliche Unterhaltsverpflichtung von Fr. 3'630.– ($\text{Fr. } 7'506.20 / \text{Fr. } 3'874.–$). Entsprechend sei der Kinderunterhaltsbeitrag im Eventualfall auf je Fr. 1'000.– (zuzüglich Kinderzulagen) und der Unterhaltsbeitrag an die Gesuchstellerin auf Fr. 630.– festzulegen (act. 2 S. 14). Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Der Gesuchsgegner arbeitet teilweise Schicht und leistet auch Wochenendarbeit, wofür er zusätzlich entschädigt wird. In der Tat hat er im Januar und im Februar 2015 höhere Zuschläge erhalten als bisher bekannt. Gestützt auf diese beiden Monate das durchschnittliche Einkommen zu berechnen, entspricht aber nicht einer zulässigen, repräsentativen Vorgehensweise. Einkommensschwankungen sind durch die Wahl einer genügend langen Vergleichsperiode aufzufangen und ungewisse Entwicklungen sind durch Vorbehalte zu antizipieren. Die Gesuchstellerin führte selbst an, sie habe keine Kenntnis der Lohnabrechnungen von Oktober bis Dezember 2014. Der Gesuchsgegner arbeitet jedoch bereits seit dem 1. September 2014 bei der Firma I._____ AG, womit es in Anbetracht der von der Auftragslage und dem Personalbestand abhängigen Schichtarbeit nicht gerechtfertigt ist, einzig die beiden Monate Januar und Februar 2015 zum Beweis des behaupteten Mehrverdiensts heranzuziehen. Die Gesuchstellerin legt denn auch nicht dar, warum die Lohnsimulation der Firma I._____ AG vom 21. Mai 2014 von Fr. 6'862.– generell keine Gültigkeit mehr haben soll (act. 5/17/10). Da es ihr somit nicht gelungen ist, glaubhaft oder gar überzeugend darzutun, weshalb das vorinstanzlich ermittelte monatliche Nettoeinkommen falsch sein soll, ist auch ihr Eventualantrag abzuweisen.

- 23 -

E. 6

Fazit Die vom Einzelgericht des Bezirksgerichts Winterthur anhand der veränderten Umstände erfolgte Berechnung der Frauenunterhaltsbeiträge für die Dauer des Scheidungsverfahrens sowie die zugrundeliegenden finanziellen Verhältnisse erweisen sich als korrekt, womit die Berufung sowohl im Hauptantrag als auch im Eventualantrag abzuweisen und der vorinstanzliche Entscheid zu bestätigen ist.

E. 7

Prozesskostenvorschuss und unentgeltliche Rechtspflege

E. 7.1

Familienrechtliche Beistands- und Unterstützungspflichten nach Art. 159 Abs. 3 ZGB und Art. 163 ZGB gehen der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 117 ff. ZPO vor. Danach muss der eine Ehegatte dem anderen einen seinen Verhältnissen angemessenen Prozesskostenvorschuss leisten, wenn er dazu in der Lage ist und die Streitigkeit die eheliche Gemeinschaft betrifft. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, fällt die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ausser Betracht (BSK ZPO-Rüegg, N 3 zu Art. 117

ZPO). Ein Prozesskostenvorschuss wird aber nur zugesprochen, wenn der antragstellende Ehegatte mittellos und der Prozess nicht aussichtslos ist. Es gelten dieselben Voraussetzungen wie für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (vgl. dazu Stefan Meichssner, Aktuelle Praxis der unentgeltlichen Rechtspflege, in: Jusletter 7. Dezember 2009, S. 8; BGer 5A_145/2010 E. 3.5 f., BGer 5P.207/2003 E. 1). Wie gesehen hat der Gesuchsgegner sämtliches Einkommen, welches über sein Existenzminimum hinausgeht, an die Gesuchstellerin und die drei gemeinsamen Kindern zu bezahlen. Über Vermögen verfügt, er abgesehen von seiner Vorsorgepolice im Umfang von rund Fr. 50'000.–, nicht (act. 5/17/13). Er ist daher nicht in der Lage, der Gesuchstellerin einen Prozesskostenvorschuss zu bezahlen.

E. 7.2

Der Berufung ist weder im Haupt- noch im Eventualantrag Erfolg beschieden, womit die Gesuchstellerin grundsätzlich kosten- und entschädigungspflichtig wird (Art. 106 Abs. 1 ZPO; zur Höhe der Kosten sogleich nachstehend Ziff. 8.2). Anhand der eingereichten Unterlagen zeigt sich allerdings deutlich, dass sie mittellos und nicht in der Lage ist, die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen. Sie erzielt weder ein eigenes Einkommen noch verfügt sie über Vermögen. Da Scheidungsverfahren und Massnahmeverfahren grundsätzlich nicht als zum vornherein aussichts-

- 24 - los im Sinne von Art. 117 ZPO bezeichnet werden können, ist der Gesuchstellerin auch für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege im Sinne der unentgeltlichen Prozessführung und unentgeltlichen Rechtsverbeiständung zu gewähren (Art. 119 ZPO).

E. 8

Kosten- und Entschädigungsfolgen

E. 8.1

Auch wenn über die Prozesskosten vorsorglicher Massnahmen in der Regel im Endentscheid zu befinden ist (ZK ZPO-Jenny, N 9 zu Art. 104), rechtfertigt es sich, über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens bereits im vorliegenden Entscheid zu befinden (Art. 104 Abs. 1 ZPO). Geht es um den Ehegattenunterhalt, besteht im Gegensatz zu Kinderbelangen kein Anlass, von den allgemeinen Verteilungsgrundsätzen im Sinne von Art. 106 ZPO f. abzuweichen. Damit sind die Kosten der Berufung – wie soeben erwähnt – der unterliegenden Gesuchstellerin aufzuerlegen. Da ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege jedoch gutzuheissen ist, sind die Kosten des Berufungsverfahrens einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 122 Abs. 1 lit. b ZPO), unter Hinweis auf die Nachzahlungspflicht im Sinne von Art. 123 ZPO.

E. 8.2

Es liegt eine vermögensrechtliche Streitigkeit vor (BGer 5A_2009 vom 02.02.2010 E. 1). Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr bemisst sich nach Massgabe dessen, was vor der Rechtsmittelinstanz noch im Streit liegt (§ 12 Abs. 2 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010). Die Gesuchstellerin verlangt in der Berufung eine Erhöhung des Frauenunterhaltsbeitrags ab

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