

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr. LQ090082-O/U

Mitwirkend: Die Obergerichter Dr. G. Pfister, Vorsitzender, und lic. iur. M. Spahn  
und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie die Gerichtsschreiberin  
lic. iur. P. Kunz Bucheli

## Beschluss vom 18. Oktober 2011

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Gesuchstellerin und Rekurrentin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_,

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Gesuchsteller und Rekursgegner

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_,

betreffend **vorsorgliche Massnahmen (Unterhaltsbeiträge)**

**Rekurs gegen eine Verfügung des Einzelrichters im ordentlichen Verfahren  
am Bezirksgericht Uster vom 24. September 2009 (FE080093)**

## Erwägungen:

### I.

1. Die Parteien stehen seit April 2008 im Scheidungsverfahren (Urk. 6/3). Am 19. Februar 2009 stellte der Gesuchsteller und Rekursgegner (fortan Gesuchsteller) ein Begehren um Anordnung vorsorglicher Massnahmen, mit welchem er eine Reduktion der vom Eheschutzrichter mit Verfügung vom 3. Juli 2006 festgelegten Unterhaltsbeiträge an die Gesuchstellerin und Rekurrentin (fortan Gesuchstellerin) und die gemeinsamen Kinder (insgesamt Fr. 8'000.-, nämlich Fr. 5'000.- für die Klägerin und Fr. 1'500.- für jedes der beiden Kinder) erreichen wollte (Urk. 6/33).

2. Mit Verfügung vom 24. September 2009 entschied der Vorderrichter über die Unterhaltspflicht des Gesuchstellers wie folgt (Urk. 3 S. 34f.):

1. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin rückwirkend ab 19. Februar 2009 bis zum 31. März 2010 folgende Unterhaltsbeiträge zu bezahlen:

- Fr. 1'000.- an den Unterhalt von C.\_\_\_\_\_, zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen;
- Fr. 1'000.- an den Unterhalt von D.\_\_\_\_\_, zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen;
- Fr. 465.- für die Gesuchstellerin persönlich;

zahlbar im Voraus, je auf den Ersten eines jeden Monats, wobei Fr. 1'424.- für die Kosten der ehelichen Liegenschaft (Hypothekarzinsen, Gebäudeversicherungen sowie Kehr- und Abwassergebühren) in Anrechnung an seine Unterhaltsbeiträge direkt an Drittgläubiger geleistet werden und somit monatlich Fr. 1'041.- an die Gesuchstellerin zu überweisen sind.

Ferner wird der Gesuchsteller verpflichtet, der Gesuchstellerin ab 1. April 2010 für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens folgende Unterhaltsbeiträge zu bezahlen:

- Fr. 1'250.- an den Unterhalt von C.\_\_\_\_\_, zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen;

- Fr. 1'250.– an den Unterhalt von D. \_\_\_\_\_, zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen;
- Fr. 735.– für die Gesuchstellerin persönlich;

zahlbar im Voraus, je auf den Ersten eines jeden Monats, wobei Fr. 1'424.– für die Kosten der ehelichen Liegenschaft (Hypothekarzinsen, Gebäudeversicherungen sowie Kehricht- und Abwassergebühren) in Anrechnung an seine Unterhaltspflicht direkt an die berechnigte Drittperson geleistet werden und somit monatlich Fr. 1'811.– an die Gesuchstellerin zu überweisen sind.

3. Mit Eingabe vom 6. Oktober 2009 erhob die Gesuchstellerin innert Frist Rekurs gegen die Verfügung des Vorderrichters vom 24. September 2009 und stellte folgende Anträge (Urk. 2 S.):

- "1. Es sei in Aufhebung und Abänderung von Ziffer 1 Absatz 1 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung der Rekursgegner zu verpflichten, der Rekurrentin rückwirkend ab 19. Februar 2009 bis 31. März 2010 einen Unterhaltsbeitrag in Höhe von insgesamt CHF 3'185.– zu bezahlen, nämlich von je CHF 1'250.– zuzüglich allfällige Kinderzulagen für jedes der beiden Kinder und CHF 685.– für die Rekurrentin persönlich, zahlbar monatlich im Voraus, je auf den Ersten eines jeden Monats, wobei CHF 1'424.– für die Kosten der ehelichen Liegenschaft (Hypothekarzinsen, Gebäudeversicherung sowie Kehricht und Abwassergebühren) in Anrechnung an seine Unterhaltsbeiträge direkt an Drittgläubiger geleistet werden und somit monatlich CHF 1'760.– zuzüglich Kinderzulagen an die Gesuchstellerin zu überweisen sind,  
  
und es sei in Aufhebung und Abänderung von Ziffer 1 Absatz 2 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung der Rekursgegner zu verpflichten, ab 1. April 2010 für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens einen Unterhaltsbeitrag in Höhe von insgesamt CHF 3'780.– an die Rekurrentin zu bezahlen, nämlich von je CHF 1'350.– zuzüglich allfällige Kinderzulagen für jedes der beiden Kinder und CHF 1'080.– für die Rekurrentin persönlich, zahlbar monatlich im Voraus, je auf den Ersten eines jeden Monats, wobei CHF 1'424.– für die Kosten der ehelichen Liegenschaft (Hypothekarzinsen, Gebäudeversicherung sowie Kehricht und Abwassergebühren) in Anrechnung an seine Unterhaltsbeiträge direkt an Drittgläubiger geleistet werden und somit monatlich CHF 2'356.– an die Gesuchstellerin zu überweisen sind.
2. Es sei der Rekurrentin für das Rechtsmittelverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und ihr in der Person der Unterzeichneten eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zur Seite zu stellen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Rekursgegners."

4. Die Rekursantwort und Stellungnahme des Gesuchstellers zum Armenrechtsgesuch der Gesuchstellerin datiert vom 23. Oktober 2009. Er schliesst darin auf Abweisung sowohl des Rekurses als auch des Begehrens um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 9 S. 2). Die Vorinstanz verzichtet mit Eingabe vom 13. Oktober 2009 auf Vernehmlassung zum Rekurs (Urk. 8).

5. Mit Verfügung vom 2. November 2009 wurde der Gesuchstellerin Frist angesetzt, um zu den Noven in der Rekursantwort und zu den neu eingereichten Unterlagen Stellung zu nehmen, sowie um ihre aktuelle Vermögenssituation umfassend zu belegen (Urk. 11). Die Gesuchstellerin erstattete die entsprechende Stellungnahme unterm 14. Dezember 2009 und reichte weitere Belege ein (Urk. 14 und 15/1-16). Dem Gesuchsteller wurde mit Verfügung vom 16. Dezember 2009 die Eingabe der Gesuchstellerin vom 14. Dezember 2009 sowie das Beilagenverzeichnis (Urk. 14) zur Kenntnisnahme zugestellt, worauf der Gesuchsteller mit Eingabe vom 24. Dezember 2009 um Fristansetzung zur Stellungnahme ersuchte (Urk. 17), worauf ihm mit Verfügung vom 6. Januar 2010 hierzu Frist angesetzt wurde (Urk. 18). Daraufhin erfolgte ein ausgiebiger Schriftenwechsel zu Noven und neuen Unterlagen; die letzte Stellungnahme datiert vom 28. September 2010 (Urk. 63).

## II.

### 1. Allgemeine Vorbemerkungen

1.1. Am 1. Januar 2011 ist die eidgenössische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Das vorliegende Verfahren war damals bereits rechtshängig. Somit gilt das bisherige Verfahrensrecht (ZPO ZH, GVG ZH) bis um Abschluss des Rekursverfahrens (Art. 404 Abs. 1 ZPO).

1.2. Hinsichtlich der Eigenarten des summarischen Verfahrens sowie der allgemeinen Grundsätze bei der Berechnung von Unterhaltsbeiträgen ist auf die

zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz zu verweisen (§ 161 GVG ZH, Urk. 3 S. 3f.).

1.3. Ergänzend ist jedoch festzuhalten, dass vorliegend die Unterhaltsbeiträge, welche mit Verfügung des Eheschutzrichters vom 3. Juli 2006 festgelegt worden sind, abzuändern sind. Die Abänderung eheschutzrichterlicher Anordnungen kann verlangt werden, wenn sich die tatsächlichen Verhältnisse, die dem früheren Entscheid zugrunde liegen, verändert haben. Nötig ist eine erhebliche und dauernde Veränderung der Entscheidungsgrundlagen. Zudem ist eine Neuregelung zulässig, wenn der Eheschutzrichter von unrichtigen tatsächlichen Voraussetzungen ausgegangen ist (BK-Hausheer/Reusser/Geiser, N 8 und 8a zu Art. 179 ZGB; Bühler/Spühler, Kommentar zum ZGB, Bern 1980, N 32 und 437 ff. zu Art. 145 aZGB; ZR 80 Nr. 52). Wirksam wird die Abänderung grundsätzlich frühestens auf den Zeitpunkt der Gesuchseinreichung (BK-Hausheer/Reusser/Geiser, N 14 zu Art. 179 ZGB).

Sind – was vorliegend unbestritten ist – die Abänderungsvoraussetzungen erfüllt, hat eine komplette Neuberechnung der Unterhaltsbeiträge zu erfolgen, denn bei einer Änderung einzelner Faktoren steht nicht von vornherein fest, ob dieselben nicht durch Veränderungen anderer Faktoren verstärkt, vermindert oder sogar aufgehoben werden (vgl. Bachmann, Die Regelung des Getrenntlebens nach Art. 176 und 179 ZGB sowie nach zürcherischem Verfahrensrecht, Diss. St. Gallen 1995, S. 227; ZR 80/1981 Nr. 52). Da jedoch keine Wiedererwägung des früheren Entscheids erfolgen darf, hat sich die Neuberechnung immerhin an den im abzuändernden Entscheid vorgenommenen Wertungen zu orientieren. Diesen Grundsätzen wurde im angefochtenen Entscheid keine Beachtung geschenkt. Vielmehr wurde eine originäre Unterhaltsberechnung durchgeführt, ohne zu den konkreten Veränderungen gegenüber dem Eheschutzentscheid aus dem Jahr 2006 Stellung zu nehmen. An den massgeblichen Stellen wird in den nachfolgenden Erwägungen darauf zurückzukommen sein.

1.5. Auf die Parteivorbringen ist sodann im Folgenden nur insoweit einzugehen, als es sich für die Entscheidungsfindung als notwendig erweist.

## 2. Einkommen des Gesuchstellers

Im Rekursverfahren unbestritten blieb das vom Vorderrichter berücksichtigte aktuelle Einkommen des Gesuchstellers von Fr. 7'400.– pro Monat, so dass weiterhin auf diesen Betrag abzustellen ist (Urk. 3 S. 4 -10).

## 3. Einkommen der Gesuchstellerin

3.1. Mit Bezug auf ihr Einkommen führt die Gesuchstellerin aus, dass die Vorinstanz zu Unrecht von monatlich Fr. 3'033.– inklusive 13. Monatslohn ausgegangen sei. Aus den aktuellen Lohnabrechnungen ergebe sich unter Berücksichtigung des 13. Monatslohns ein Einkommen von Fr. 2'846.70 (Urk. 2 S. 6). Der Gesuchsteller anerkennt grundsätzlich das tiefere Einkommen der Gesuchstellerin, weist aber darauf hin, dass der Abzug für die BVG-Prämie von Fr. 143.80 nur zwölf Mal pro Jahr anfalle, weshalb das durchschnittliche Einkommen der Gesuchstellerin Fr. 2'859.– betrage (Urk. 9 S. 4). Dies stellt die Gesuchstellerin anlässlich ihrer Stellungnahme zu den Noven in der Rekursantwort nicht in Abrede (Urk. 13).

3.2. Im Rahmen seiner Stellungnahme zum Armenrechtsgesuch der Gesuchstellerin machte der Gesuchsteller später darüber hinaus geltend, Letztere habe im November 2009 Überstundenentschädigungen und im Dezember 2009 anlässlich des Weihnachtssessens mit separater Lohnabrechnung eine zusätzliche Bonuszahlung erhalten, während der normale Bonus mit dem Lohn für Dezember 2009 ausbezahlt worden sei (Urk. 19 S. 5).

Aus den von der Gesuchstellerin auf Aufforderung hin edierten Unterlagen ergibt sich, dass die Gesuchstellerin im Juli 2009 ein Feriengeld für Alleinerziehende im Betrag von Fr. 1'879.– netto (Fr. 2'000.– ./ Fr. 121.– (6.05% Sozialabzüge)) erhalten hat (Urk. 24/3). Überdies ergibt sich aus einem separaten Lohnblatt die Auszahlung eines Weihnachtsgeldes von Fr. 500.– sowie eines Sonderbonus von Fr. 500.– (Urk. 24/2, 4. Blatt). Dies entspricht einem Gesamtbetrag für das Jahr 2009 von Fr. 2'879.– netto. Aus den Belegen ergeben sich keinerlei Hinweise, dass es sich bei diesen Auszahlungen um solche handeln würde, wel-

che die Gesuchstellerin aufgrund des Umstands, dass sie erst am 20. April 2009 in das Unternehmen eingetreten ist, pro rata temporis erhalten hätte, so dass dieser Betrag auf zwölf Monate umzurechnen ist. Auch liegen keinerlei Behauptungen vor, dass sie solche zusätzlichen Entschädigungen nur im Jahr 2009, nicht aber für 2010 erhalten hätte. Ein generelles Schreiben der Arbeitgeberin, wonach es sich beim Sonderbonus und beim Weihnachtsgeld um freiwillige Leistungen handelte, welche aufgrund des guten Geschäftsganges erfolgt seien, reicht hierfür nicht aus (Urk. 24/1). Der Gesuchstellerin sind daher zusätzlich zu ihrem Monatslohn monatlich Fr. 239.90 als Einkommen anzurechnen.

3.3. Zusammengefasst ist daher auf Seiten der Gesuchstellerin von einem monatlichen Einkommen von gerundet Fr. 3'100.– auszugehen.

#### 4. Bedarf des Gesuchstellers

##### 4.1. 19. Februar 2009 bis 31. März 2010

4.1.1. Hinsichtlich des Bedarfs des Gesuchstellers macht die Gesuchstellerin geltend, die Vorinstanz habe zu Unrecht Fr. 482.65 für die Säule 3a berücksichtigt. Die Erwägung der Vorinstanz, der Betrag für die dritte Säule trete vorliegend an die Stelle der zweiten Säule, da der Gesuchsteller selbstständig erwerbend sei, sei aktenwidrig, nachdem der Gesuchsteller von der E. \_\_\_\_\_ GmbH als Geschäftsführer angestellt sei und aus den eingereichten Lohnabrechnungen ersichtlich sei, dass ihm monatlich ein Betrag für die zweite Säule vom Salär abgezogen werde (Urk. 2 S. 5). Der Gesuchsteller stellt nicht in Abrede, dass von seinem Gehalt ein Betrag für die zweite Säule in Abzug gebracht wird (Urk. 9 S. 4).

Die Anrechnung von monatlichen Beiträgen an eine private Vorsorgeeinrichtung wird in der Praxis der entscheidenden Kammer bei guten finanziellen Verhältnissen zugelassen, wenn beiden Parteien solche Beträge angerechnet werden, belegt wird, dass der Aufbau einer zusätzlichen Vorsorge dem Lebensstandard während des Zusammenlebens entsprochen hat, und zudem glaubhaft ist, dass die Beiträge auch weiterhin geleistet werden und der Unterhaltsbeitrag des Berechtigten auf diese Weise nicht geschmälert wird.

Im vorliegenden Fall sind diese Voraussetzungen offensichtlich nicht erfüllt, da der Gesuchstellerin keine Beiträge für eine zusätzliche Vorsorge angerechnet werden (Urk. 3 S. 28f.) und die finanzielle Situation der Parteien angesichts des seit dem Eheschutzverfahren rund halbierten Einkommens des Gesuchstellers angespannt ist. Damit ist auch nicht massgeblich, ob die Versicherungen bereits während des Zusammenlebens und mit dem konkludenten Einverständnis der Gesuchstellerin abgeschlossen worden ist (Urk. 9 S. 4). Der dem Gesuchsteller vom Vorderrichter zugestandene Betrag für die Säule 3a ist daher in der Bedarfsberechnung nicht zu berücksichtigen.

4.1.2. Weiter macht die Gesuchstellerin geltend, der dem Gesuchsteller vom Vorderrichter zugestandene Betrag von Fr. 240.– für die Wohnungsreinigungskosten sei aus der Bedarfsberechnung zu streichen, da es für den Gesuchsteller zumutbar sei, seine Wohnung selber zu reinigen. Angesichts der knappen finanziellen Verhältnisse sei die Berücksichtigung eines solchen Betrags nicht gerechtfertigt (Urk. 2 S. 6). Der Gesuchsteller hält daran fest, dass die Kosten weiterhin anfielen und zwar zu einem weit höheren Betrag, nämlich Fr. 400.– pro Monat, was fünf Stunden pro Woche entspreche. Ferner könne er die Wohnung nicht selber reinigen, weil er als Geschäftsführer eine Präsenzzeit habe und das Geschäft sieben Tage pro Woche von 8.00 Uhr bis 20.00 Uhr geöffnet habe (Urk. 9 S. 5f.).

Anlässlich der Eheschutzverhandlung vom 19. April 2006 machte der Gesuchsteller für die Haushaltshilfe einen Betrag von Fr. 500.– geltend (Urk. 6/5, Prot. S. 8). Aus den Eheschutzakten ergibt sich nicht, ob die Haushaltshilfe in der Bedarfsberechnung des Gesuchstellers berücksichtigt worden ist, doch wurde der Betrag von der Gesuchstellerin jedenfalls bestritten (Urk. 6/5/15 S. 19). Selbst wenn dies jedoch der Fall gewesen sein sollte, erscheint es angesichts des Umstands, dass sich das Einkommen des Gesuchstellers seit dem Eheschutzentscheid halbiert hat (vgl. hierzu seine Ausführungen anlässlich der Massnahmenverhandlung vom 12. Mai 2009, Urk. 6/39 S. 7), im heutigen Zeitpunkt ohnehin nicht mehr als angemessen, einen solchen Betrag zu berücksichtigen. Der ent-

sprechende Betrag ist daher aus der Bedarfsberechnung des Gesuchstellers zu streichen.

4.1.3. Der Gesuchsteller will für die auswärtige Verpflegung den gesamten geltend gemachten Betrag von Fr. 525.– berücksichtigt haben und führt einerseits aus, dass er durchaus glaubhaft gemacht habe, dass ihm diese Kosten anfielen, da er Belege über zwei verschiedene Monate eingereicht habe. Andererseits - für den Fall, dass nicht der gesamte geltend gemachte Betrag berücksichtigt werden könne - sei der Vorinstanz ein Rechnungsfehler unterlaufen, ergebe doch  $22 \times \text{Fr. } 15.-$  nicht Fr. 220.–, wie die Vorinstanz ausführe, sondern Fr. 330.–. Mindestens dieser Betrag sei ihm in der Bedarfsberechnung anzurechnen (Urk. 9 S. 6f.).

Soweit sich die Gesuchstellerin auf den Standpunkt stellt, der Gesuchsteller habe ausdrücklich keinen Anschlussrekurs erhoben, weshalb seine Ausführungen zu Bedarfspositionen, welche sie nicht angefochten habe, nicht relevant seien (Urk. 13 S. 5), ist ihr entgegenzuhalten, dass ohne Erhebung eines Anschlussrekurses lediglich die Unterhaltsbeiträge im Ergebnis nicht unter den von der Vorinstanz festgelegten Betrag reduziert werden dürfen, zumindest soweit nicht die *Offizialmaxime* zur Anwendung gelangt (Frank/Sträuli/Messmer; Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 1 zu § 266 ZPO).

Anlässlich der Eheschutzverhandlung vom 19. April 2006 machte der Gesuchsteller für die auswärtige Verpflegung Fr. 200.– monatlich geltend (Urk. 5, Prot. S. 8). Wiederum ist den Eheschutzakten nicht zu entnehmen, ob ein entsprechender Betrag trotz der Bestreitung durch die Gesuchstellerin (vgl. Urk. 6/5/15 S. 19) in der Bedarfsberechnung berücksichtigt worden ist oder nicht. Im Rahmen des Rekursverfahrens wurde indes der vom Vorderrichter berücksichtigte Betrag sowie der vom Gesuchsteller geltend gemachte Rechenfehler nicht bestritten (Urk. 2 und Urk. 13 S.5).

Auch im Rekursverfahren unterlässt es der Gesuchsteller, substantiiert darzulegen, weshalb er darauf angewiesen ist, monatlich 22mal über Mittag und 13mal abends auswärts zu essen. Entgegen seiner Auffassung entbindet auch die reduzierte Beweisstrenge des summarischen Verfahrens nicht davon, sub-

stantiierte und für das Gericht nachvollziehbare Behauptungen aufzustellen und diese - soweit möglich - zu belegen. Allein die Behauptung, er habe eine Präsenzzeit von 8.00 Uhr bis 20.00 Uhr an sieben Tagen die Woche (Urk. 9 S. 5), reicht nicht aus, um Mehrkosten für die auswärtige Verpflegung sowohl mittags als auch abends glaubhaft zu machen, zumal der Gesuchsteller immer noch die gleiche Tätigkeit ausübt wie während des Eheschutzverfahrens und es dennoch unterlässt, darzulegen, weshalb ihm - trotz halbiertem Einkommen - ein mehr als zweieinhalbmal höherer Betrag für die auswärtige Verpflegung anzurechnen sei. Daran ändern auch die beiden vom Gesuchsteller vor Vorinstanz eingereichten Quittungen nichts, von welchen die eine für Oktober 2007 20 Mittagessen à Fr. 25.– sowie 14 Nachtessen à Fr. 25.– umfasst und die andere für Februar (ohne Jahresangabe) ebenso pauschal 17 Mittagessen à Fr. 25.– und 24 Nachtessen à Fr. 25.– ausweist. Dem Gesuchsteller sind vor diesem Hintergrund lediglich die Mehrkosten für eine auswärtige Mahlzeit pro Tag zuzugestehen, ist es ihm doch angesichts der angespannten finanziellen Situation zumutbar, für die andere Mahlzeit etwas von zu Hause mitzubringen, so dass ihm dabei keine Mehrkosten entstehen. Gestützt auf die zur Anwendung kommende Officialmaxime sind dem Gesuchsteller - trotz des (unbestrittenen) Rechnungsfehlers des Vorderrichters - lediglich Fr. 220.– für die auswärtige Verpflegung zuzugestehen.

#### 4.2. 1. April 2010 bis 30. Juni 2010

4.2.1. Die Gesuchstellerin will dem Gesuchsteller ab 1. April 2010 nur noch den hälftigen Ehegattengrundbetrag von Fr. 850.– zugestehen, da er im Konkubinat lebe (Urk. 35 S. 2). Der Gesuchsteller anerkennt zwar, mit seiner Lebenspartnerin zusammenzuleben, besteht aber auf der Berücksichtigung des Grundbetrags für Personen, welche mit Erwachsenen in Haushaltsgemeinschaft leben, somit auf Fr. 1'100.– (Urk. 40 S. 4).

Vorauszuschicken ist, dass per 1. Oktober 2009 ein neues Kreisschreiben in Kraft getreten ist, welches neue Grundbeträge festlegt (vgl. [http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user\\_upload/Dokumente/Mitteilungen/Kreisschreiben/2000-2009/16\\_09\\_2009.pdf](http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/Dokumente/Mitteilungen/Kreisschreiben/2000-2009/16_09_2009.pdf)). Keine der Parteien hat Ausführungen dazu gemacht, gestützt auf die Officialmaxime ist jedoch sowohl auf Seiten des Gesuchstellers als

auch auf Seiten der Gesuchstellerin für die Phasen, welche nach dem 1. Oktober 2009 beginnen, von den jeweils neuen - höheren - Grundbeträgen auszugehen.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung erscheint es angebracht, für ein Konkubinatspaar, das eine dauernde Hausgemeinschaft bildet, den gleichen Grundbetrag wie für ein Ehepaar zu nehmen und für den im Konkubinat lebenden Schuldner grundsätzlich den halben Ehegatten-Grundbetrag einzusetzen. In wirtschaftlicher Hinsicht sei nicht zu übersehen, dass für zwei erwachsene Personen, die in einer Hausgemeinschaft von Dauer leben würden, für die im Grundbetrag enthaltenen Positionen (Nahrung etc.) Kosten entstehen würden, die mit denjenigen eines Ehepaares in Hausgemeinschaft vergleichbar seien (BGE 5P.473/2004 E. 2.1; BGE 130 III 765 E. 2.4 S. 768).

Unter einem gefestigten Konkubinat versteht die höchstrichterliche Rechtsprechung eine auf längere Zeit, wenn nicht auf Dauer angelegte umfassende Lebensgemeinschaft zweier Personen unterschiedlichen Geschlechts mit grundsätzlich Ausschliesslichkeitscharakter, die sowohl eine geistig-seelische, als auch eine wirtschaftliche Komponente aufweist (BGE 5P.135/2005 E. 2.1; BGE 118 II 235 E. 3b S. 238; BGE 124 III 52 E. 2a/aa S. 54).

Angesichts des Umstands, dass der Gesuchsteller mit seiner Lebenspartnerin am 5. Juli 2010 eine gemeinsame Tochter bekommen hat, ist davon auszugehen, dass die Lebensgemeinschaft von Anfang an auf Dauer ausgerichtet war und immer noch ist. Es ist daher von einem gefestigten Konkubinat auszugehen und dem Gesuchsteller in der Bedarfsberechnung der hälftige Ehegattengrundbetrag von Fr. 850.– anzurechnen.

4.2.2. Die Vorinstanz gestand dem Gesuchsteller ab 1. April 2010 hypothetische Wohnkosten von Fr. 1'500.– für eine 2 ½-Zimmer-Wohnung zu (Urk. 3 S. 10f.). Der Gesuchsteller machte diesbezüglich in seiner Rekursantwort zunächst geltend, es sei ihm entgegen der vorinstanzlichen Ausführungen nicht zumutbar, in eine 2 ½-Zimmer-Wohnung umzuziehen, da er an zwei Wochenenden pro Monat seine beiden Kinder für zwei Nächte zu Besuch habe. Hinzu komme, dass die Gesuchstellerin ein Einfamilienhaus zur Verfügung habe. Er habe somit

Anspruch auf mindestens eine 3 ½-Zimmer-Wohnung, welche auch in F. \_\_\_\_\_ mindestens Fr. 2'000.– koste. Dieser Betrag sei in seiner Bedarfsberechnung einzusetzen. Im Übrigen sei eine 2 ½-Zimmer-Wohnung, in welcher auch die Kinder übernachten könnten, auch in F. \_\_\_\_\_ nicht für unter Fr. 1'800.– zu bekommen (Urk. 9 S. 6). In seiner Eingabe vom 6. Mai 2010 macht er sodann geltend, er sei per 1. April 2010 mit seiner Lebenspartnerin in eine 4 ½-Zimmer-Wohnung umgezogen, welche monatlich Fr. 2'675.– koste, davon bezahle er Fr. 1'500.–, welcher Betrag ihm von der Vorinstanz zugestanden worden sei, während seine Partnerin Fr. 1'175.– übernehme (Urk. 40 S. 3, Urk. 41).

Die Gesuchstellerin will dem Gesuchsteller lediglich die Hälfte der Mietkosten zugestehen und anerkennt Wohnkosten von Fr. 1'337.– (Urk. 46 S. 1).

Angesichts des Umstands, dass der Gesuchsteller seine beiden Kinder C. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_ jedes zweite Wochenende für zwei Übernachtungen zu Besuch hat, erscheint es gerechtfertigt, dem Gesuchsteller ab 1. April 2010 bis zur Geburt seiner ausserehelichen Tochter einen etwas höheren Anteil an den Mietkosten im Bedarf anzurechnen als seiner Lebenspartnerin. Der geltend gemachte Betrag von Fr. 1'500.– erscheint als den Verhältnissen angemessen.

4.2.3. Die von der Gesuchstellerin geltend gemachte lediglich hälftige Berücksichtigung der TV-Grundgebühren von Fr. 19.– (Urk. 35 S. 3) blieb vom Gesuchsteller unbestritten und ist entsprechend zu berücksichtigen.

#### 4.3. Ab 1. Juli 2010

4.3.1. Mit Eingabe vom 19. Juli 2010 machte der Gesuchsteller geltend, er habe mit seiner neuen Lebenspartnerin am tt. Juli 2010 eine Tochter, G. \_\_\_\_\_, bekommen. Ab diesem Datum seien daher auch die Kosten für G. \_\_\_\_\_ in seiner Bedarfsberechnung aufzunehmen. Er verlangt dafür einen Betrag von Fr. 1'020.–, entsprechend dem hälftigen Betrag des statistischen Wertes des Amtes für Jugend und Berufsberatung per 1. Januar 2010. Angesichts des Umstands, dass die Mutter des Kindes nicht in der Lage sei, die andere Hälfte des Unterhalts zu übernehmen, erscheine es nicht als angemessen, lediglich den Grundbetrag gemäss

Kreisschreiben von Fr. 400.– sowie die Krankenkassenprämien in seinem Bedarf zu berücksichtigen (Urk. 50 S. 3). Die Gesuchstellerin bestreitet demgegenüber den geltend gemachten Unterhaltsbedarf für G.\_\_\_\_\_ mit dem Hinweis, dieser sei nicht substantiiert worden (Urk. 57).

Angesichts des summarischen Verfahrens und des Umstands, dass G.\_\_\_\_\_ nur wenige Tage später geboren wurde, rechtfertigt es sich, die Anpassung der Unterhaltsberechnung ab 1. Juli 2010 vorzunehmen.

Bei der Bemessung des Unterhaltsbeitrages stehen unmündige Geschwister als Unterhaltsberechtigte im gleichen Rang. Sie sind im Verhältnis zu ihren individuellen Bedürfnissen gleich zu behandeln (BGE 126 III 359, 127 III 71). Dabei ist zur Ermittlung der tatsächlichen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Rentenschuldners zunächst dessen Bedarf - und zwar nur sein eigener, nicht jener seiner neuen Familie - zu berechnen und dieser seinem Einkommen gegenüber zu stellen. Hernach ist der verbleibende Überschuss auf alle unterhaltsberechtigten Kinder nach Massgabe ihrer jeweiligen Bedürfnisse und der Leistungsfähigkeit des anderen Elternteils zu verteilen (BGE 137 III S. 63f.).

Vor diesem Hintergrund braucht an dieser Stelle auf die Argumente der Parteien hinsichtlich des Unterhaltsbedarfs von G.\_\_\_\_\_ im Einzelnen nicht mehr näher eingegangen werden. Vielmehr sind die diesbezüglichen Überlegungen bei der Festsetzung des (hypothetischen) Unterhaltsanspruchs von G.\_\_\_\_\_ mit einzubeziehen.

4.3.2. Ab der Geburt von G.\_\_\_\_\_ sind indes die Wohnkosten zwischen dem Gesuchsteller und seiner Lebenspartnerin je hälftig aufzuteilen, da ab jenem Zeitpunkt die gemeinsame Wohnung durch die Zweitfamilie ungefähr gleich stark beansprucht wird wie durch das zweiwöchentliche Besuchsrecht der beiden ehelichen Kinder des Gesuchstellers. Somit ist ab dem 1. Juli 2010 lediglich noch ein Betrag von Fr. 1'378.– für die Wohnkosten zu berücksichtigen.

4.4. Zusammenfassend ist von folgendem Bedarf des Gesuchstellers auszugehen:

	19.2.2009 - 31.3.2010	1.4.2010 - 30.6.2010	ab 1.7.2010
Grundbetrag	Fr. 1'100.–	Fr. 850.–	Fr. 850.–
Mietzins (inkl. NK)	Fr. 2'280.–	Fr. 1'500.–	Fr. 1'378.–
Elektrizität	Fr. 30.–	Fr. 30.–	Fr. 30.–
Radio/TV/Telefon	Fr. 138.–	Fr. 119.–	Fr. 119.–
Krankenkasse	Fr. 324.–	Fr. 324.–	Fr. 324.–
Auswärtige Verpflegung	Fr. 220.–	Fr. 220.–	Fr. 220.–
Versicherungen	Fr. 34.–	Fr. 34.–	Fr. 34.–
Öffentlicher Verkehr	Fr. 36.–	Fr. 36.–	Fr. 36.–
Zahnarztkosten	<u>Fr. 50.–</u>	<u>Fr. 50.–</u>	<u>Fr. 50.–</u>
	Fr. 4'212.–	Fr. 3'163.–	Fr. 3'041.–

## 5. Bedarf der Gesuchstellerin

### 5.1. 19. Februar 2009 bis 28. Februar 2010

5.1.1. Der Gesuchsteller macht geltend, dass die Vorinstanz zu Unrecht Fr. 200.– für die musikalische Ausbildung der beiden gemeinsamen Töchter C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ berücksichtigt habe, da dieser Betrag nicht glaubhaft gemacht worden sei (Urk. 9 S. 8).

Die Gesuchstellerin reichte vor Vorinstanz eine Bestätigung für die Höhe der Kosten des Gitarrenunterrichts ein (Urk. 6/18/17). Entgegen der Auffassung des Gesuchstellers handelt es sich nicht bloss um eine Anfrage (Urk. 9 S. 8), vielmehr bestätigt die Musikschule auf die Anfrage der Gesuchstellerin hin die Höhe der Unterrichtskosten von insgesamt Fr. 2'360.– pro Schuljahr für C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ zusammen. Ferner reichte sie einen Miet- und einen Kaufvertrag für je eine Gitarre ein (Urk. 6/18/18). Damit ist der Betrag von Fr. 200.– pro Monat glaubhaft gemacht und in der Bedarfsberechnung der Gesuchstellerin zu berücksichtigen.

5.1.2. Weiter will der Gesuchsteller den Betrag für den Schwimmunterricht auf Fr. 30.– pro Monat gekürzt wissen, da es sich dabei lediglich um die Kosten für den Schwimmkurs von D.\_\_\_\_\_ handle, welcher 10 Lektionen pro Semester umfasse und Fr. 170.– koste, was jährliche Kosten von Fr. 340.– und damit gerundet Fr. 30.– pro Monat ergebe (Urk. 9 S. 8).

Aus der von der Gesuchstellerin vor Vorinstanz eingereichten Kursanmeldebestätigung ergibt sich, dass D.\_\_\_\_\_ einen Schwimmkurs besucht, welcher Fr. 170.– kostet (Urk. 6/18/19). Wie der Gesuchsteller zu Recht geltend macht, ist damit lediglich glaubhaft gemacht, dass die Kosten für den Schwimmkurs jährlich Fr. 340.– und damit monatlich gerundet Fr. 30.– betragen. Die Bedarfsberechnung der Gesuchstellerin ist entsprechend anzupassen.

5.1.3. Der Gesuchsteller will ferner der Gesuchstellerin anstelle von Fr. 680.– lediglich Fr. 615.– pro Monat für die Kinderbetreuung zugestehen, da in der Zeit ihrer Ferien keine solchen Kosten anfielen (Urk. 9 S. 8).

Die Gesuchstellerin reicht für die Glaubhaftmachung der Betreuungskosten einerseits den Betreuungsvertrag vom 20. April 2009 (Urk. 15/12) und andererseits Quittungen für die Monate September bis Dezember 2009 (Urk. 24/4) ein. Gestützt auf die ebenfalls eingereichte Rechnung der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich (SVA Zürich) ist belegt, dass die Gesuchstellerin für die Betreuung ihrer Kinder von April bis Dezember 2009 Fr. 5'320.– zuzüglich Fr. 732.65 Sozialversicherungskosten aufgewendet hat. Dies entspricht einem monatlichen Betrag von Fr. 673.–, welcher in der Bedarfsberechnung der Gesuchstellerin zu berücksichtigen ist.

5.1.4. Weiter macht der Gesuchsteller geltend, dass für den Betrieb und den Unterhalt des Motorfahrzeugs der Gesuchstellerin ein Betrag von Fr. 200.– anstelle von Fr. 300.– genügen (Urk. 9 S. 9).

Aus den Eheschutzakten ergibt sich nicht, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe ein Betrag für das Auto der Gesuchstellerin in ihrem Bedarf berücksichtigt worden ist. Immerhin wurde schon damals geltend gemacht, ein eigenes Auto ha-

be zum ehelichen Lebensstandard gehört (Urk. 6/5/7 S. 19). Die Gesuchstellerin fährt heute einen ... (Urk. 6/17 S. 14) und bezahlt dafür Strassenverkehrsabgaben und Versicherungsprämien von Fr. 74.– pro Monat (Urk. 6/18/16). Da die Gesuchstellerin das Auto lediglich für die Betreuung der Kinder und zum Einkaufen braucht, erscheint angesichts der vom Kreisschreiben vorgegebenen Spanne von Fr. 100.– bis Fr. 600.– sowie der inzwischen angespannten finanziellen Situation der Parteien ein Betrag von Fr. 200.– als den Verhältnissen angemessen.

5.1.5. Der Gesuchsteller führt weiter aus, es gehe nicht an, im Bedarf der Gesuchstellerin einen Betrag von Fr. 240.– für die eigene und Kinderkleidung sowie für Kosmetika und Coiffeur zu berücksichtigen, wenn angesichts der knappen finanziellen Verhältnisse nicht einmal die Steuern im Bedarf berücksichtigt werden könnten (Urk. 9 S. 9).

Die Vorinstanz argumentierte hinsichtlich der Berücksichtigung dieser Kosten mit der Gleichbehandlung der Parteien, indem beim Gesuchsteller Fr. 240.– für die Wohnungsreinigung berücksichtigt würden (Urk. 3 S. 28). Angesichts des Umstands, dass auf Seiten des Gesuchstellers aufgrund der angespannten finanziellen Verhältnisse die Kosten für die Wohnungsreinigung nicht berücksichtigt werden, ist im Bedarf der Gesuchstellerin auch kein zusätzlicher Betrag für Kleidung, Kosmetika und Coiffeur zu berücksichtigen.

#### 5.2. Ab 1. März 2010

Weiter macht der Gesuchsteller geltend, ab Februar 2010 erfolge keine Fremdbetreuung der Kinder mehr, da die Kinder vormittags in der Schule seien und die Gesuchstellerin nachmittags zu Hause sei. Ab diesem Zeitpunkt seien keine Kinderbetreuungskosten mehr im Bedarf der Gesuchstellerin zu berücksichtigen (Urk. 32 S. 3).

Die Gesuchstellerin reicht eine Bestätigung ihrer Arbeitgeberin ein, wonach sie ab 1. März 2010 jeweils von 8.00 Uhr bis 13.45 Uhr arbeite (Urk. 37/1). Sie macht geltend, dass per März 2010 noch Kinderbetreuungskosten von Fr. 400.– monatlich anfielen (Urk. 35 S. 2). Sie reicht hierzu eine Quittung der Tagesmutter

über Fr. 320.– zu den Akten (Urk. 37/2). Der Gesuchsteller macht geltend, dass unter Berücksichtigung sämtlicher Ferien - also sowohl jener, welche die Gesuchstellerin als auch jener, die er selber mit den Kindern verbringe - lediglich Kinderbetreuungskosten von durchschnittlich Fr. 340.– anfielen (Urk. 40 S. 2).

Offensichtlich entspricht es der Vereinbarung zwischen der Gesuchstellerin und der Tagesmutter, dass Letztere nur für die tatsächlich geleisteten Stunden entschädigt wird und somit in den Ferien keine Leistungen erfolgen. Ebenso belegt ist, dass der Gesuchsteller während einigen Monaten im Jahr 2010 mit einem Rayon- und Kontaktverbot sowohl hinsichtlich der Kinder als auch mit Bezug auf die Gesuchstellerin belegt war, welches aber mit Bezug auf die Kinder wieder aufgehoben wurde (Urk. 46 S. 2, Urk. 48/1a und 1b sowie Urk. 54). Angesichts des Umstands, dass zwar sowohl die Gesuchstellerin als auch der Gesuchsteller Ferien mit den Kindern verbringen, zusätzlich zur der Tagesmutter ausbezahlten Entschädigung aber noch die Sozialversicherungskosten anfallen, erscheint ein durchschnittlicher monatlicher Betrag von Fr. 400.– als glaubhaft. Somit ist der Gesuchstellerin ab März 2010 lediglich noch ein Betrag von Fr. 400.– für die Kinderbetreuung zuzugestehen.

5.3 Zusammengefasst berechnet sich der Bedarf der Gesuchstellerin und der gemeinsamen Töchter wie folgt:

	19.2.2009 - 28.2.2010	ab 1.3.2010
Grundbetrag	Fr. 1'100.-	Fr. 1'350.-
Grundbetrag C. _____	Fr. 500.-	Fr. 600.-
Grundbetrag D. _____	Fr. 350.-	Fr. 400.-
Wohnkosten (Hypothekarzins)	Fr. 1'343.-	Fr. 1'343.-
Nebenkosten (Elektrisch +Wasser)	Fr. 72.-	Fr. 72.-
Erdgas	Fr. 330.-	Fr. 330.-
Gebühren (Kehricht, Abwasser)	Fr. 31.-	Fr. 31.-
Feuerungskontrolle	Fr. 6.-	Fr. 6.-
Gebäudeversicherungen	Fr. 50.-	Fr. 50.-
Radio/TV/Telefon	Fr. 150.-	Fr. 150.-
Krankenkasse	Fr. 339.-	Fr. 339.-
Zahnarztkosten	Fr. 150.-	Fr. 150.-
Besondere Kinderkosten	Fr. 447.-	Fr. 447.-
Kinderbetreuungskosten	Fr. 673.-	Fr. 400.-
Versicherungen	Fr. 40.-	Fr. 40.-
Fahrkosten	Fr. 200.-	Fr. 200.-
Ferien	<u>Fr. 100.-</u>	<u>Fr. 100.-</u>
	Fr. 5'881.-	Fr. 6'008.-

## 6. Unterhaltsberechnung

6.1. Bei der Unterhaltsberechnung für die Zeit vor der Geburt des ausser-ehelichen Kindes des Gesuchstellers ist zu berücksichtigen, dass - worauf die Vorinstanz richtig hingewiesen hat - der Freibetrag angemessen auf die Parteien zu verteilen ist, soweit eine Partei für minderjährige Kinder aufzukommen hat. Die von der Vorinstanz vorgenommene Aufteilung von zwei Dritteln zugunsten der Gesuchstellerin und einem Drittel zugunsten des Gesuchstellers (Urk. 3 S. 31) ist

von keiner Partei angefochten und erscheint angemessen. Gestützt auf die obigen Erwägungen ergibt sich demnach folgende Unterhaltsberechnung:

Ab 19. Februar 2009 bis 28. Februar 2010:

Einkommen Gesuchsteller: Fr. 7'400.–

Einkommen Gesuchstellerin: Fr. 3'100.–

Total Einkommen: Fr. 10'500.–

Bedarf Gesuchsteller: Fr. 4'212.–

Bedarf Gesuchstellerin: Fr. 5'881.–

Total Bedarf: Fr. 10'093.–

Total Einkommen: Fr. 10'500.–

./. Total Bedarf: Fr. 10'093.–

Freibetrag: Fr. 407.–

Bedarf Gesuchstellerin: Fr. 5'881.–

./. Einkommen Gesuchstellerin: Fr. 3'100.–

+ 2/3 Anteil Freibetrag: Fr. 270.–

Unterhaltsbeitrag Fr. 3'051.–

Angesichts der finanziellen Verhältnisse erscheint es angemessen, die Unterhaltsbeiträge für die Kinder vom 19. Februar 2009 bis 28. Februar 2010 auf je Fr. 1'250.– zuzüglich allfälliger Kinderzulagen und für die Gesuchstellerin persönlich auf Fr. 550.– monatlich festzusetzen.

1. bis 31. März 2010

Total Einkommen: Fr. 10'500.–

Bedarf Gesuchsteller: Fr. 4'212.–

Bedarf Gesuchstellerin: Fr. 6'008.–

Total Bedarf: Fr. 10'220.–

Total Einkommen:	Fr. 10'500.–
./ Total Bedarf:	<u>Fr. 10'220.–</u>
Freibetrag:	Fr. 280.–

Bedarf Gesuchstellerin:	Fr. 6'008.–
./ Einkommen Gesuchstellerin:	Fr. 3'100.–
+ 2/3 Anteil Freibetrag:	<u>Fr. 187.–</u>
Unterhaltsbeitrag	Fr. 3'095.–

Für den März 2010 sind die Unterhaltsbeiträge auf monatlich je Fr. 1'250.– zuzüglich Kinderzulagen für die beiden Kinder sowie auf Fr. 595.– für die Gesuchstellerin persönlich festzusetzen.

1. April 2010 bis 30. Juni 2010

Total Einkommen:	Fr. 10'500.–
------------------	--------------

Bedarf Gesuchsteller:	Fr. 3'163.–
Bedarf Gesuchstellerin:	<u>Fr. 6'008.–</u>
Total Bedarf:	Fr. 9'171.–

Total Einkommen:	Fr. 10'500.–
./ Total Bedarf:	<u>Fr. 9'171.–</u>
Freibetrag:	Fr. 1'329.–

Bedarf Gesuchstellerin:	Fr. 6'008.–
./ Einkommen Gesuchstellerin:	Fr. 3'100.–
+ 2/3 Anteil Freibetrag:	<u>Fr. 886.–</u>
Unterhaltsbeitrag	Fr. 3'794.–

Die Gesuchstellerin verlangt für die Zeit ab 1. April 2010 Unterhaltsbeiträge von monatlich insgesamt Fr. 3'780.–. Angesichts der verhältnismässig hohen Unterhaltsbeiträge, welche für die beiden Kinder zugesprochen werden, sind gestützt auf die Dispositionsmaxime für die entsprechende Zeit lediglich die von der Gesuchstellerin insgesamt verlangten Unterhaltsbeiträge von monatlich Fr. 3'780.–

zuzusprechen, nämlich Fr. 1'250.– pro Kind zuzüglich Kinderzulagen für die beiden Kinder sowie Fr. 1'280.– für die Gesuchstellerin persönlich.

6.2. Für die Zeit ab 1. Juli 2010 ist - wie bereits oben ausgeführt - zu berücksichtigen, dass alle drei Kinder des Gesuchstellers den Anspruch haben, nach Massgabe ihrer objektiven Verhältnisse finanziell gleich behandelt zu werden (BGE 126 III 358f.).

Einkommen Gesuchsteller:	Fr. 7'400.–
./.. Bedarf Gesuchsteller:	<u>Fr. 3'041.–</u>
Leistungsfähigkeit Gesuchsteller:	Fr. 4'359.–

Angesichts der Leistungsfähigkeit des Gesuchstellers rechtfertigt es sich, den Unterhaltsbeitrag für die beiden ehelichen Kinder auch für diese Zeitphase auf Fr. 1'250.– pro Kind zuzüglich Kinderzulagen zu belassen. Das aussereheliche Kind des Gesuchstellers, G.\_\_\_\_\_, ist mittlerweile gut einjährig. Da ein Kleinkind zweifelsohne weniger hohe Kosten verursacht als Kinder im Primarschulalter, rechtfertigt es sich, für G.\_\_\_\_\_ einen (hypothetischen) Unterhaltsbeitrag von Fr. 900.– zu berücksichtigen. Bei diesen Kinderunterhaltsbeiträgen entsteht auf Seiten der Gesuchstellerin angesichts ihres eigenen Einkommens ein Fehlbetrag von Fr. 408.– (nämlich Fr. 6'008.– ./.. Fr. 3'100.– ./.. (2 x Fr. 1'250.–) = Fr. 408.–). Im Hinblick darauf, dass beiden Parteien ungefähr der gleiche finanzielle Spielraum bleiben soll, ist die Unterhaltsberechnung für die Gesuchstellerin persönlich wie folgt vorzunehmen:

Leistungsfähigkeit Gesuchsteller:	Fr. 4'359.–
./.. Kinder-UHB C._____:	Fr. 1'250.–
./.. Kinder-UHB D._____:	Fr. 1'250.–
./.. Kinder-UHB G._____:	<u>Fr. 900.–</u>
Fin. Spielraum Gesuchsteller	Fr. 959.–
Fin. Spielraum Gesuchsteller	Fr. 959.–
./.. Manko der Gesuchstellerin	<u>Fr. 408.–</u>
Total Freibetrag	Fr. 551.–

Bei einer hälftigen Teilung des Freibetrags wäre der Gesuchsteller daher grundsätzlich zu verpflichten, der Gesuchstellerin persönlich einen Unterhaltsbeitrag von gerundet Fr. 685.– pro Monat (Fr. 408.– + Fr. 275.50 = Fr. 683.50) zu bezahlen. Er stellt aber auch nach der Geburt seiner ausserehelichen Tochter keinen Antrag auf Reduzierung der Unterhaltsbeiträge, so dass er auf seinem ursprünglichen Antrag auf Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheides zu beharren ist. Er ist daher zu verpflichten, der Gesuchstellerin persönlich einen Unterhaltsbeitrag von Fr. 735.– pro Monat zu bezahlen.

6.3. Im Rekurs unbestritten ist die Berechtigung des Gesuchstellers, die Kosten für die eheliche Liegenschaft von monatlich Fr. 1'424.–, welche er gegenüber Drittgläubigern direkt begleicht, mit den Unterhaltsbeiträgen zu verrechnen (Urk. 3 S. 32). Diese Berechtigung ist ihm daher auch im Rekursverfahren zu erteilen.

### III.

1. Die Gesuchstellerin stellt ferner in der Rekurschrift den Antrag auf Gewährung des prozessualen Armenrechts für das Rekursverfahren und begründet dieses damit, dass sie zur Zeit über kein ausreichendes Einkommen verfüge, um diesen Prozess und die Anwaltskosten zu finanzieren. Ferner verfüge sie über kein liquides Vermögen (Urk. 2 S. 9). Der Gesuchsteller beantragt die Abweisung des Armenrechtsgesuchs und weist in seiner Rekursantwort darauf hin, dass die Parteien über ein Ferienhaus in H. \_\_\_\_\_ in I. \_\_\_\_\_ verfügten. Wenn die Gesuchstellerin für einen Verkauf Hand bieten würde, könnte sie mit dem Erlös ohne weiteres das Rekursverfahren finanzieren (Urk. 9 S. 11).

2. Gemäss §§ 84 Abs. 1 und 87 ZPO ZH wird mittellosen Parteien die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung bewilligt, sofern der Prozess nicht aussichtslos erscheint und sie zur gehörigen Führung desselben eines Vertreters bedürfen. Die Rechtsmittelinstanz kann für ihr Verfahren einen eigenständigen Entscheid treffen (§ 90 Abs. 2 ZPO ZH).

Mittellosigkeit setzt voraus, dass die Gesuchstellerin sämtliche eigenen Hilfsmittel zur Finanzierung des Prozesses erschöpft hat, wie Bargeld, die eigene Arbeitskraft und den Kredit, den sie aufgrund ihrer Vermögenslage erwarten darf (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 11 zu § 84 ZPO). Parteien, welche ihr Vermögen in Immobilien angelegt haben, sollen in Bezug auf die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung nicht besser gestellt werden als solche, die ihr Vermögen auf ein Spargbuch oder in Wertschriften angelegt haben. Von ihnen wird ohne weiteres erwartet, dass sie zwecks Finanzierung des Prozesses das Geld sofort abheben oder die Wertschriften veräussern. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung setzt die Berücksichtigung von Vermögen indessen voraus, dass solches im Zeitpunkt der Anhängigmachung des Prozesses oder Zeitpunkt des Gesuches überhaupt vorhanden bzw. verfügbar ist (BGE 118 Ia 369 ff.; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 11 zu § 84 ZPO).

3. Unbestritten ist, dass die Parteien in H.\_\_\_\_\_ in der I.\_\_\_\_\_ über eine Liegenschaft verfügen. Die Gesuchstellerin macht geltend, diese vom Gesuchsteller zum zehnten Hochzeitstag geschenkt erhalten zu haben (Urk. 13 S. 1), während der Gesuchsteller behauptet, er habe die Liegenschaft finanziert und sei nach wie vor deren wirtschaftlicher Eigentümer (Urk. 19 S. 2). Die Gesuchstellerin führt weiter aus, sie habe diese Liegenschaft am 13. März 2006 aus Angst vor dem Gesuchsteller auf ihre Mutter übertragen, welche immer noch Alleineigentümerin der Liegenschaft sei (Urk. 13 S. 2). Auch über den Wert der Liegenschaft sind sich die Parteien uneins. Während die Gesuchstellerin anlässlich der Eheschutzverhandlung im April 2006 erklärte, das Haus habe Fr. 130'000.– gekostet (Urk. 6/5 Prot. S. 38), behauptet der Gesuchsteller, er habe für das Haus Fr. 380'000.– bezahlt (Urk. 19 S. 2). Auf all diese unterschiedlichen Standpunkte der Parteien braucht an dieser Stelle jedoch nicht mehr näher eingegangen zu werden. Klar ist, dass die Parteien - sei es die Gesuchstellerin alleine oder zusammen mit dem Gesuchsteller - wirtschaftlich berechtigt sind an der Liegenschaft in H.\_\_\_\_\_, welche auf den Namen der Mutter der Gesuchstellerin im Grundbuch eingetragen ist. Ebenfalls offensichtlich ist, dass der Erlös aus dem Verkauf der Liegenschaft ohne weiteres die Finanzierung dieses Verfahrens er-

möglichen würde. Vor diesem Hintergrund ist die Gesuchstellerin nicht mittellos und hat keinen Anspruch auf Gewährung des prozessualen Armenrechts. Ihr Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertreterin für das Rekursverfahren ist daher abzuweisen.

#### IV.

1. Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu regeln (§ 64 Abs. 2 und § 68 Abs. 1 ZPO ZH).

2. Hinsichtlich der Unterhaltsbeiträge obsiegt die Gesuchstellerin für die Zeit bis 1. Juli 2010 fast vollständig, während der Gesuchsteller für die nachfolgende Zeit vollständig obsiegt. Die Gesuchstellerin unterliegt dagegen mit ihrem prozessualen Armenrechtsgesuch. Bei diesem Ausgang des Verfahrens rechtfertigt es sich, der Gesuchstellerin drei Fünftel und dem Gesuchsteller zwei Fünftel der Kosten des Rekursverfahrens aufzuerlegen. Ferner ist die Gesuchstellerin zu verpflichten, dem Gesuchsteller für das Rekursverfahren eine auf einen Fünftel reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 1'200.– zuzüglich Fr. 91.20 (7,6 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

#### **Es wird beschlossen:**

1. In teilweiser Gutheissung des Rekurses der Gesuchstellerin wird Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung des Einzelrichters im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichts Uster vom 24. September 2009 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"1. Der Gesuchsteller wird in Abänderung der Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Uster vom 3. Juli 2006 verpflichtet, der Gesuchstellerin folgende Unterhaltsbeiträge zu bezahlen:

- rückwirkend ab 19. Februar 2009 bis 28. Februar 2010: je Fr. 1'250.– zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kin-

derzulagen an den Unterhalt der beiden Kinder C. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_ und Fr. 550.– für die Gesuchstellerin persönlich,

zahlbar monatlich im Voraus je auf den Ersten eines jeden Monats, wobei Fr. 1'424.– für die Kosten der ehelichen Liegenschaft (Hypothekarzinsen, Gebäudeversicherungen sowie Kehr- und Abwassergebühren) in Anrechnung an die Unterhaltsbeiträge des Gesuchstellers direkt an die berechtigten Drittgläubiger geleistet werden und somit monatlich Fr. 1'626.– an die Gesuchstellerin zu überweisen sind.

- ab 1. März 2010 bis 31. März 2010: je Fr. 1'250.– zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen an den Unterhalt der beiden Kinder C. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_ und Fr. 595.– für die Gesuchstellerin persönlich,

zahlbar monatlich im Voraus je auf den Ersten eines jeden Monats, wobei Fr. 1'424.– für die Kosten der ehelichen Liegenschaft (Hypothekarzinsen, Gebäudeversicherungen sowie Kehr- und Abwassergebühren) in Anrechnung an die Unterhaltsbeiträge des Gesuchstellers direkt an die berechtigten Drittgläubiger geleistet werden und somit monatlich Fr. 1'671.– an die Gesuchstellerin zu überweisen sind.

- ab 1. April 2010 bis 30. Juni 2010: je Fr. 1'250.– zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen an den Unterhalt der beiden Kinder C. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_ und Fr. 1'280.– für die Gesuchstellerin persönlich,

zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, wobei Fr. 1'424.– für die Kosten der ehelichen Liegenschaft (Hypothekarzinsen, Gebäudeversicherungen sowie Kehr- und Abwassergebühren) in Anrechnung an die Unterhaltsbeiträge des Gesuchstellers direkt an die berechtigten Drittgläubiger geleistet werden und somit monatlich Fr. 2'356.– an die Gesuchstellerin zu überweisen sind.

- ab 1. Juli 2010 für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens: je Fr. 1'250.– zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen an den Unterhalt der beiden Kinder C. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_ und Fr. 735.– für die Gesuchstellerin persönlich,

zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, wobei Fr. 1'424.– für die Kosten der ehelichen Liegenschaft (Hypothekarzinsen, Gebäudeversicherungen sowie Kehr- und Abwassergebühren) in Anrechnung an die Unterhaltsbeiträge des Gesuchstellers direkt an die berechtigten Drittgläubiger

geleistet werden und somit monatlich Fr. 1'811.– an die Gesuchstellerin zu überweisen sind."

Im Übrigen wird der Rekurs der Gesuchstellerin abgewiesen und die angefochtene Verfügung bestätigt.

2. Das Gesuch der Gesuchstellerin um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertreterin für das Rekursverfahren wird abgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 5'500.–.
4. Die Kosten des Rekursverfahrens werden der Gesuchstellerin zu drei Fünfteln und dem Gesuchsteller zu zwei Fünfteln auferlegt.
5. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsteller für das Rekursverfahren eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 1'291.20 zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an den Einzelrichter im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Uster, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

7. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. 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 im Sinne von Art. 51 Abs. 4 BGG übersteigt Fr. 30'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Zürich, 18. Oktober 2011

---

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Kunz Bucheli

versandt am:

ss