

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY110024-O/U

damit vereinigt: LY110027

Mitwirkend: die Oberrichterinnen lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Dr. L. Hunziker Schnider und lic. iur. E. Lichti Aschwanden sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler.

Urteil vom 15. November 2011

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller, Abänderungsmassnahmekläger, Erstberufungskläger und Zweitberufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin, Abänderungsmassnahmebeklagte, Erstberufungsbeklagte und Zweitberufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung / Abänderung vorsorgliche Massnahmen**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirkes Winterthur vom 27. Juli 2011; Proz. FE100002

Erwägungen:

I.

1. Der Gesuchsteller, Abänderungsmassnahmekläger, Erstberufungskläger und Zweitberufungsbeklagter (fortan Gesuchsteller) und die Gesuchstellerin, Abänderungsmassnahmebeklagte, Erstberufungsbeklagte und Zweitberufungsklägerin (fortan Gesuchstellerin) stehen sich vor der Vorinstanz seit dem 8. Januar 2010 in einem Scheidungsverfahren gegenüber (act. 6/1). Die Parteien hatten anlässlich der Vergleichsverhandlung vom 9. Juni 2010 eine Vereinbarung über die vorsorglichen Massnahmen geschlossen (Vi-Prot. S. 38 ff., act. 6/27). Gestützt auf diese Vereinbarung stellte die Vorinstanz hernach mit Verfügung vom 14. Juni 2010 den Sohn C._____, geb. tt.mm.2005, unter die elterliche Obhut der Gesuchstellerin (Dispositiv Ziffer 2), regelte das Besuchsrecht des Gesuchstellers (Dispositiv Ziffer 3) und verpflichtete diesen zu monatlichen Unterhaltsbeiträgen an die Gesuchstellerin von Fr. 950.00 (Kinderunterhaltsbeiträgen für C._____, Dispositiv Ziffer 5) und Fr. 450.00 (persönlicher Unterhaltsbeitrag für die Gesuchstellerin, Dispositiv Ziffer 6).

Gleichzeitig gewährte die Vorinstanz beiden Parteien die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung (vgl. act. 6/29).

2. Zur Thematik der im Hauptverfahren strittigen Obhuts- und Sorgerechtszuteilung betreffend C._____ wurde ein Gutachten eingeholt (act. 6/18, 6/30), welches am 22. Dezember 2010 erstattet wurde. Darin empfahl die Gutachterin unter anderem eine Zuteilung der elterlichen Obhut über C._____ an den Gesuchsteller (act.6/40).

Nachdem anlässlich der Vergleichsverhandlung vom 12. Mai 2011 keine Einigung erzielt worden war (Vi-Prot. S. 46), stellte der Gesuchsteller am 16. Mai 2011 ein Begehren um Abänderung der vorsorglichen Massnahmen und Zuteilung der elterlichen Obhut über C._____ an sich, bei Anordnung einer angemessenen Besuchs- und Ferienregelung und Neuregelung der Unterhaltsbeiträge,

insbesondere Festsetzung der von der Gesuchstellerin an ihn zu bezahlenden Unterhaltsbeiträge für C._____ (act. 6/55). Am 6. Juli 2011 fand die Hauptverhandlung über die vorsorglichen Massnahmen statt (Vi-Prot. S. 47 ff.). Daraufhin erliess die Vorinstanz am 27. Juli 2011 die folgende Verfügung (act. 5):

- "1. Die Ziffern 2, 3, 5 und 6 der Verfügung der Einzelrichterin des Bezirkes Winterthur vom 14. Juni 2010 werden wie folgt geändert:
 - '2. Das Kind C._____, geb. tt.mm.2005, wird unter die elterliche Obhut des Gesuchstellers gestellt.
 - [3. Besuchsrecht der Gesuchstellerin]
 - 5.a) Es wird davon Vormerk genommen, dass die Gesuchstellerin für den Zeitraum derzeit (bis 31. Dezember 2011) nicht in der Lage ist, Unterhaltsbeiträge für den Sohn C._____ zu bezahlen.
 - b) Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsteller ab 1. Januar 2012 an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung des Sohnes C._____ monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 149.00, zuzüglich Kinderzulagen, zu bezahlen, zahlbar jeweils monatlich im Voraus.
 - 6.a) Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für sie persönlich monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 421.00 zu bezahlen, zahlbar jeweils monatlich im Voraus ab sofort bis 31. Dezember 2011.
 - b) Es wird davon Vormerk genommen, dass ab 1. Januar 2012 keine Ehegattenunterhaltsbeiträge mehr geschuldet sind.'

[2.-5. Vorbehalt der Kostenregelung im Endentscheid, Mitteilung, Rechtsmittel, weiteres]

3./3.1 Mit Eingabe vom 8. August 2011 erhob der Gesuchsteller rechtzeitig (Erst-)Berufung gegen die Verfügung vom 27. Juli 2011. Darin beantragt er in der ersten Zeitperiode eine Reduktion des (von ihm zu bezahlenden) persönlichen Unterhaltsbeitrages an die Gesuchstellerin auf maximal Fr. 320.00 pro Monat, und in der zweiten Zeitperiode eine Erhöhung des (von der Gesuchstellerin zu bezahlenden) Unterhaltsbeitrages für C._____ auf Fr. 440.00 zuzüglich Kinderzulagen.

Gleichzeitig stellte der Gesuchsteller für das Berufungsverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes in der Person seines Rechtsvertreters (act. 2 S. 2).

3.2 Mit Eingabe vom 15. August 2011 erhob auch die Gesuchstellerin rechtzeitig (Zweit-)Berufung gegen die Verfügung vom 27. Juli 2011 (act. 11/2). Auch die Berufung der Gesuchstellerin richtet sich ausschliesslich gegen die Unterhaltsregelung im angefochtenen Entscheid. Die Gesuchstellerin beantragt, es sei davon Vormerk zu nehmen, dass sie nicht in der Lage sei, Unterhaltsbeiträge für C. _____ zu bezahlen (zur Überweisung der von ihr bezogenen Kinderzulage erklärt sich die Gesuchstellerin aber bereit, vgl. act. 11/2 S. 12), und der Gesuchsteller sei zu verpflichten, ihr für sich persönlich monatliche Unterhaltsbeiträge wie folgt zu bezahlen: Fr. 741.00 ab sofort, Fr. 1'058.00 ab dem 1. Oktober 2011 und Fr. 488.00 ab dem 1. Januar 2012. Gleichzeitig stellte auch die Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes in der Person ihrer Rechtsvertreterin (act. 11/2 S. 2). Die Berufung der Gesuchstellerin wurde als Verfahren Nr. LY110027 angelegt.

4. Mit Beschluss vom 23. August 2011 wurde das Berufungsverfahren LY110027 mit dem vorliegenden Berufungsverfahren vereinigt und als dadurch erledigt abgeschrieben. Gleichzeitig gewährte die Kammer beiden Gesuchstellern die unentgeltliche Prozessführung, bestellte ihre Rechtsvertreter als unentgeltliche Rechtsbeistände und setzte den Gesuchstellern die Frist zur Beantwortung der Berufung der jeweiligen Gegenpartei an (act. 10 = act. 11/7).

5. In der Folge erstatteten beide Parteien rechtzeitig die Berufungsantworten. Die (Erst-)Berufungsantwort der Gesuchstellerin datiert vom 8. September 2011 (act. 19), die (Zweit-)Berufungsantwort des Gesuchstellers vom 6. September 2011 (act. 18). Beide Parteien beantragten darin je die Abweisung der Berufung der Gegenpartei und hielten an ihren eigenen Berufungsanträgen fest.

6. Die Berufungsantworten und die weiteren Eingaben der Parteien wurden der jeweiligen Gegenpartei zugestellt (vgl. act. 21/1-2, 22 f., 26 f.).

Das Verfahren ist spruchreif.

II.

1. Zur Eintretensfrage:

1.1 Das Rechtsmittelverfahren gegen den angefochtenen Entscheid über vorsorgliche Massnahmen vom 27. Juli 2011 richtet sich nach neuem Recht (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Dass das vor Vorinstanz nach wie vor hängige erstinstanzliche Abänderungsverfahren der Parteien nach dem alten Recht zu Ende zu führen ist (Art. 404 Abs. 1 ZPO), ändert daran nichts (vgl. OGer ZH LA110009 vom 17. Februar 2011). Für den Prüfungsrahmen des zweitinstanzlichen Verfahrens ist gleichwohl massgeblich, ob die Vorinstanz das auf ihr Verfahren anwendbare Recht richtig angewendet hat.

1.2 Gegen erstinstanzliche Entscheide betreffend vorsorgliche Massnahmen ist die Berufung zulässig (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens betreffend vorsorgliche Massnahmen ist die Unterhaltspflicht des Gesuchstellers. Damit liegt eine vermögensrechtliche Streitigkeit vor (vgl. BGE 5A_740/2009 E. 1).

Der demzufolge vorausgesetzte Rechtsmittelstreitwert von Fr. 10'000.00 (Art. 308 Abs. 2 ZPO) ist gegeben: Die Gesuchstellerin beantragt über eine geschätzte verbleibende Verfahrensdauer von zwei Jahren ab August 2011 (vgl. bereits act. 10 S. 5) Unterhaltsbeiträge an sich von total Fr. 13'928.00 (act. 11/2 S. 2: 2 x 741.00, 3 x 1'058.00, 19 x 488.00). Der Gesuchsteller anerkennt davon Fr. 1'600.00 (act. 2 S. 2: 5 x 320.00). Damit sind Unterhaltsbeiträge an die Gesuchstellerin von Fr. 12'328.00 im Streit.

Der Gesuchsteller seinerseits beantragt über dieselbe Dauer hinweg insgesamt Unterhaltsbeiträge an sich von Fr. 8'360.00 (act. 2 S. 2: 19 x 440.00). Die

Gesuchstellerin anerkennt davon Fr. 0.00 (act. 11/2 S. 2). Damit sind Unterhaltsbeiträge an den Gesuchsteller von Fr. 8'360.00 im Streit. Total führt dies zu einem Streitwert von *Fr. 20'688.00*.

Die Berufung (die schriftlich und begründet eingereicht wurde, vgl. Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist somit zulässig.

2. Weitere prozessuale Vorbemerkungen:

2.1 Bei der Anordnung vorsorglicher Massnahmen während des Scheidungsverfahrens sind die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sinngemäss anwendbar (Art. 276 ZPO). Sie unterstehen dem summarischen Verfahren (vgl. Art. 248 lit. d ZPO). Es geht darum, in einem raschen Verfahren eine vorläufige Friedensordnung herzustellen. Die entscheiderelevanten tatsächlichen Verhältnisse sind daher, bei freier Beweiswürdigung, nicht strikt zu beweisen, sondern lediglich glaubhaft zu machen (FamKomm Scheidung/Leuenberger, 2. Auflage 2011, Band II, N 1, 17 zu Art. 276 ZPO).

Dies gilt ungeachtet der in Kinderbelangen zu beachtenden Oficialmaxime und des Untersuchungsgrundsatzes (für das vorinstanzliche Verfahren aufgrund der altrechtlichen Bestimmungen von Art. 144 Abs. 1 aZGB, Art. 280 Abs. 2 aZGB; für das Berufungsverfahren vgl. Art. 296 Abs. 1 ZPO). Die genannten Prozessmaximen sind bezüglich Unterhaltssachen im Interesse des Kindes statuiert. Sie gelten grundsätzlich indes auch zugunsten des Pflichtigen (BSK ZGB I-Breitschmid, 4. Auflage 2010, Art. 280 N 5 ff.). Trotz Untersuchungs- und Oficialmaxime haben die Parteien bei der Sammlung des massgebenden Prozessstoffs mitzuwirken. Insbesondere obliegt es ihnen, dem Gericht das Tatsachenmaterial mit vollständigen und bestimmten Behauptungen zu unterbreiten und die Beweismittel zu bezeichnen. Das Gericht ist indes an die Anträge und tatsächlichen Vorbringen der Parteien nicht gebunden (BSK ZGB I-Breitschmid, 4. Auflage 2010, Art. 280 N 5).

Im Übrigen sind als Folge des Untersuchungsgrundsatzes Noven im Berufungsverfahren unbeschränkt bis zur Urteilsberatung zulässig (FamKomm Scheidung/Schweighauser, 2. Auflage 2011, Anh. ZPO, Art. 296 N 7).

2.2 Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Sachverhaltsfeststellung gerügt werden (Art. 310 ZPO). In der schriftlichen Begründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist im Einzelnen darzulegen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid falsch ist und deshalb abgeändert werden muss (Begründungslast, vgl. ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N 36).

Die Berufungsinstanz verfügt über umfassende Kognition und prüft das Recht im Rahmen der Berufungsanträge und der geltend gemachten Berufungsgründe von Amtes wegen (Art. 57 ZPO).

3. Vorbemerkungen zur Sache:

3.1 Das vorliegende Massnahmeverfahren betrifft die Abänderung einer gerichtlichen Vereinbarung über vorsorgliche Massnahmen, die in einem früheren Stadium des Scheidungsverfahrens getroffen wurde. Vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Scheidungsverfahrens gemäss Art. 137 Abs. 2 ZGB (dessen Inhalt, soweit er hier wesentlich ist, unverändert in Art. 276 ZPO eingefügt wurde) können abgeändert werden, wenn eine wesentliche und dauernde Änderung der dem Entscheid zugrunde liegenden tatsächlichen Verhältnisse (Entscheidgrundlagen) eingetreten ist (FamKomm Scheidung/Leuenberger, 2. Auflage 2011, Band II, N 8 zu Art. 276 ZPO). Mit Blick auf die strittigen Unterhaltsansprüche wird ausgehend von der (nicht mehr bestrittenen) Obhutsumteilung das Vorliegen eines Abänderungsgrundes zu Recht nicht bestritten. Danach hat eine Neuberechnung der Unterhaltsbeiträge zu erfolgen, wobei von den aktuellen Zahlen auszugehen ist (vgl. Bachmann, Die Regelung des Getrenntlebens nach Art. 176 und Art. 179 ZGB sowie nach zürcherischem Verfahrensrecht, Diss. St. Gallen 1995, S. 227 mit weiteren Hinweisen).

3.2 Unterhaltsbeiträge sind in pflichtgemässer Ermessensausübung festzusetzen. Der Entscheid ist daher – auch wenn dafür eine mathematische Be-

rechnung herangezogen wird – letztlich immer nach Recht und Billigkeit zu treffen (Meier-Hayoz, Berner Kommentar, N 71-73 zu Art. 4 ZGB; ZR 90 Nr. 95).

3.3 Vorliegend wird sowohl Ehegattenunterhalt als auch Kindesunterhalt geltend gemacht. Dazu ist vorab festzuhalten, dass zwischen den beiden Ansprüchen nach der Praxis des Bundesgerichts keine Hierarchie besteht (BGE 128 III 411 E. 3.2.2). Da im Scheidungsverfahren, wenn die Ehegatten gemeinsame unmündige Kinder haben, auch über die Kinderunterhaltsbeiträge zu entscheiden ist (Art. 133 Abs. 1 ZGB; für das Massnahmeverfahren vgl. Art. 276 Abs. 1 ZPO [bzw. Art. 137 Abs. 2 aZGB] i.V.m. Art. 176 Abs. 3 ZGB), ist jedoch eine Koordination der Beiträge erforderlich. In üblichen Verhältnissen geschieht dies am besten auf dem Weg einer Bedarfsbestimmung mit anschliessender Verteilung eines allfälligen Überschusses (FamKomm Scheidung/Vetterli, 2. Auflage 2011, Band I, Art. 176 ZGB N 35a).

In diesem Sinne ist eine Gesamtberechnung des Kindes- und Ehegattenunterhalts vorzunehmen. Dabei sind die beiden Existenzminima (Gesuchsteller + C.____; Gesuchstellerin) vom Total der Einkommen abzuzählen, und ein allfälliger Freibetrag ist aufzuteilen (auf die anteilmässige Verteilung wird noch zurückzukommen sein). Falls aus dieser Rechnung ein von der Gesuchstellerin an den Gesuchsteller zu bezahlender Betrag resultiert, ist dieser in Ehegatten- und Kindesunterhalt aufzuteilen. Resultiert dagegen ein vom Gesuchsteller an die Gesuchstellerin zu bezahlender Betrag, so ist damit auch ausgesagt, dass die Gesuchstellerin mit Blick auf Kinderunterhaltsbeiträge nicht leistungsfähig ist (vgl. Daniel Bähler, Scheidungsunterhalt - Methoden der Berechnung, Höhe, Dauer und Schranken, FamPra 2007 S. 461 ff., S. 473).

4. Einkommen des Gesuchstellers:

Die Vorinstanz ging auf Seiten des Gesuchstellers vom unveränderten Einkommen aus dem von ihm betriebenen Tattoo-Studio, in welchem er in einem 60%-Pensum tätig ist, von Fr. 4'148.00 netto aus (act. 5 S. 16).

Die Parteien machen im Berufungsverfahren nichts Abweichendes geltend (act. 2 S. 3, act. 11/2 S. 10).

5. Einkommen der Gesuchstellerin:

5.1 Die Vorinstanz ging zunächst vom unveränderten Einkommen der Gesuchstellerin als Callagent in einem 60%-Pensum von Fr. 2'412.00 netto inkl. Anteil 13. Monatslohn aus. Aufgrund der Obhutsumteilung an den Gesuchsteller erwog die Vorinstanz daraufhin, der Gesuchstellerin sei inskünftig eine Erhöhung ihres Pensums auf 90% zuzumuten, was gemäss der Schilderung der Gesuchstellerin beim aktuellen Arbeitgeber auch möglich sei. Nach Gewährung einer Übergangsfrist bis Ende 2011 rechnete die Vorinstanz der Gesuchstellerin daher ab 1. Januar 2012 ein hypothetisches Nettoeinkommen von Fr. 3'618.00 pro Monat an (act. 5 S. 16). Auch diesbezüglich machen die Parteien im Berufungsverfahren nichts Abweichendes geltend (vgl. insb. act. 11/2 S. 10).

5.2 Die Gesuchstellerin bezieht mit ihrem Einkommen als unselbständig Erwerbende eine Kinderzulage (act. 6/5 S. 7, act. 6/6/9). Diese hat sie nach der Zuteilung der Obhut an den selbständig Erwerbenden (und daher keine Kinderzulage beziehenden) Gesuchsteller diesem zu überweisen (wozu sie sich wie erwähnt einverstanden erklärt, act. 11/2 S. 12), ungeachtet eines allfälligen darüber hinaus zu bezahlenden Unterhaltsbeitrages.

6. Bedarf des Gesuchstellers:

6.1 Die Vorinstanz ging vom folgenden Bedarf des Gesuchstellers aus (act. 5 S. 17):

Grundbetrag	Fr. 1'250.00
Kinderzuschlag C. _____	Fr. 400.00
Mietzins	Fr. 1'072.00
Telefon/Radio/TV	Fr. 100.00
Hausrat-/Haftpflichtversicherung	Fr. 15.00
Krankenkasse	Fr. 339.00
Krankenkasse C. _____	Fr. 93.00

ÖV	Fr.	65.00
Steuern	Fr.	100.00
Total	Fr.	3'434.00

6.2 Der Gesuchsteller macht im Berufungsverfahren nichts Abweichendes geltend (act. 2 S. 3).

6.3 Die Gesuchstellerin rügt mit Blick auf den Bedarf des Gesuchstellers einzig die Berücksichtigung des Grundbetrages für eine alleinerziehende Person von Fr. 1'250.00. Die übrigen Positionen beanstandet sie nicht (act. 11/2 S. 10).

6.3.1 Nach Ansicht der Gesuchstellerin ist im Bedarf des Gesuchstellers lediglich der hälftige Ehegattengrundbetrag von Fr. 850.00 gemäss dem Kreisschreiben des Obergerichts vom 16. September 2009 über die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums ("Kreisschreiben") einzusetzen (act. 11/2 S. 10).

6.3.2 Der Gesuchsteller äussert sich zu dieser Frage im zweitinstanzlichen Verfahren nicht. Im Geltungsbereich des (eingeschränkten) Untersuchungsgrundsatzes ist dessen ungeachtet zu prüfen, welcher Grundbetrag dem Gesuchsteller anzurechnen ist. Dabei ist der gesamte Prozessstoff einzubeziehen. Rückschlüsse ergeben sich insbesondere aus dem Gutachten des D._____, ..., vom 22. Dezember 2010 (act. 6/40). Die Gutachterin geht darin ausführlich auf die Situation der Parteien ein und berichtet von Gesprächen, die sie mit den Parteien und weiteren Beteiligten hatte.

6.3.3 Lebt ein Ehegatte mit einem neuen Partner zusammen, so kann sich dies während der Ehe (anders als nach der Scheidung) sogleich auf den Unterhalt auswirken, weil eine Anpassung leicht möglich ist, wenn das Konkubinat wieder aufgelöst wird. Auf der Kostenseite entstehen dadurch ähnliche Vorteile wie in einer Ehe. In den Bedarf der entsprechenden Partei ist daher lediglich noch der hälftige Ehegattengrundbetrag einzusetzen (FamKomm Scheidung/Vetterli, 2. Auflage 2011, Art. 176 ZGB N 34; BGE 130 III 765 E. 2; Kass-Nr. AA040191 E. 4d). Wie lange das Konkubinat bereits gedauert hat, ist danach nicht erheblich.

Entscheidend ist nur, dass die Wohngemeinschaft auf Dauer angelegt ist. Ist nach den konkreten Umständen des Einzelfalles davon auszugehen, so kann bereits vor Ablauf einer einjährigen Dauer des Konkubinats der hälftige Ehegattengrundbetrag angerechnet werden (vgl. LGVE 2007 I Nr. 11). Irrelevant ist mangels Unterhaltspflicht der Konkubinatspartner auch das Verhältnis der Leistungsfähigkeiten der beiden Konkubinatspartner (BGer 5C.170/2004 vom 27. Oktober 2004, E. 3). Als weitere Voraussetzung wird einzig teilweise verlangt, dass die Partnerin bzw. der Partner der betreffenden Partei ebenfalls über ein Einkommen verfügt und somit tatsächlich einen Beitrag an die Lebenskosten der Gemeinschaft erbringen kann (BGer 5A_246/2008 vom 19. Mai 2008, E. 5.2; vgl. auch den Hinweis im Kreisschreiben bei Ziffer II. a.E.).

6.3.4 Die Gesuchstellerin lässt zutreffend festhalten, dass der Gesuchsteller seine Lebenssituation als stabil bezeichnet und dass er gegenüber der Gutachterin angab, er beabsichtige, seine neue Lebenspartnerin E. _____, mit der er seit November 2008 zusammen lebt, nach der Scheidung zu heiraten und früher oder später gemeinsame Kinder mit ihr zu haben (act. 11/2 S. 10; vgl. act. 6/57 S. 8, act. 6/40 S. 7, 17). Auch die Schilderung von E. _____ gegenüber der Gutachterin zeigt den festen Charakter ihrer Beziehung zum Gesuchsteller: Die Lebenspartnerin gab an, sich lange und intensiv mit der Frage auseinandergesetzt zu haben, eine Beziehung zum Gesuchsteller einzugehen, insbesondere vor dem Hintergrund, dass dieser bereits ein Kind habe. Sie habe dazu ja gesagt (act. 6/40 S. 18).

Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass das Konkubinats des Gesuchstellers mit seiner neuen Lebenspartnerin auf Dauer ausgelegt ist. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass E. _____ erwerbstätig ist (act. 6/40 S. 18). Daher ist im Bedarf des Gesuchstellers lediglich der hälftige Ehegattengrundbetrag von Fr. 850.00 einzusetzen.

6.4 Im Anwendungsbereich des Untersuchungsgrundsatzes können auch von den Parteien nicht gerügte Bedarfspositionen geprüft werden. Der Gesuchsteller und seine neue Partnerin E. _____ bewohnen zusammen mit C. _____ eine 4 ½-Zimmer-Wohnung in F. _____ zu einem Mietzins von Fr. 2'143.00 inkl. Akon-

to-Zahlung an die Betriebskosten (act. 6/58/1). Die Vorinstanz setzte im Bedarf des Gesuchstellers den hälftigen Betrag von Fr. 1'072.00 ein (act. 5 S. 17). Dies wäre beim Vorliegen eines Konkubinats grundsätzlich korrekt. Zu bedenken ist allerdings, dass der Gesuchsteller und E._____ die Wohnung nicht zu zweit bewohnen, sondern wie erwähnt zusammen mit C._____, dem Sohn der Parteien. Die Deckung von C._____'s Unterhaltsbedarf steht der Deckung des Bedarfs der Gesuchstellerin wie bereits erwähnt gleichrangig gegenüber. Der Unterhaltsbedarf von C._____ ist daher Teil des Bedarfs des Gesuchstellers, und es kann nicht angehen, den Gesuchsteller zu Lasten der Deckung des Unterhaltsbedarfs von C._____ zu Unterhaltsbeiträgen an die Gesuchstellerin zu verpflichten.

Teil von C._____'s Unterhaltsbedarf ist neben anderen Positionen auch ein Betrag für die Kosten der Unterkunft (vgl. die Tabellen der Bildungsdirektion des Kantons Zürich zum durchschnittlichen Unterhaltsbedarf "Zürcher Tabellen", abrufbar online unter www.lotse.zh.ch). Diese Position wird bei hälftiger Aufteilung der Wohnkosten zwischen dem Gesuchsteller und E._____ ebenfalls hälftig zwischen den Konkubinatspartnern aufgeteilt, was nicht angehen kann. Vielmehr ist im Bedarf des Gesuchstellers neben seinem Anteil an den Mietkosten auch der Anteil von C._____ zu berücksichtigen. Die Zürcher Tabellen gehen bei einem 6-jährigen Einzelkind von einem Betrag von Fr. 370.00 aus, was angesichts der Höhe des Mietzinses auch vorliegend angemessen erscheint. Wird dieser Betrag vorab von den Mietkosten abgezogen und hernach zum danach errechneten, im Bedarf des Gesuchstellers einzusetzenden hälftigen Anteil hinzugerechnet, ist insgesamt von Wohnkosten des Gesuchstellers (mit C._____) von rund Fr. 1'250.00 auszugehen.

6.5 Der im Bedarf einzusetzende Betrag für die laufende Steuerbelastung ist im Massnahmeverfahren zu schätzen (Maier, Aspekte bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen im Familienrecht, zur Praxis der erst- und zweitinstanzlichen Gerichte des Kantons Zürich, AJP 2007 S. 1223 ff., S. 1237). Dabei sind tatsächliche Veränderungen der Berechnungsgrundlagen zu berücksichtigen. Diesbezüglich fällt auf, dass der Unterhaltsbeitrag an die Gesuchstellerin, den der Gesuchsteller von seinem steuerbaren Einkommen abziehen kann, ab 1. Januar 2012

(mit Anrechnung eines höheren Einkommens der Gesuchstellerin) deutlich geringer ausfällt. Diese Veränderung rechtfertigt es, beim Gesuchsteller ab 1. Januar 2012 wie bei der Gesuchstellerin den etwas höheren Betrag von Fr. 150.00 (anstatt der bis dann eingesetzten Fr. 100.00) zu berücksichtigen.

Bei der Gesuchstellerin ändert sich dagegen nichts Substantielles, da im Wesentlichen ihr bis Dezember 2011 höheres Einkommen aus Unterhaltsbeiträgen ab Januar 2012 durch ein höheres Erwerbseinkommen ersetzt wird.

6.6 Zusammenfassend ist vom folgenden Bedarf des Gesuchstellers auszugehen:

6.6.1 Für die Zeit bis 31. Dezember 2011:

Grundbetrag	Fr.	850.00
Kinderzuschlag C. _____	Fr.	400.00
Mietzins	Fr.	1'250.00
Telefon/Radio/TV	Fr.	100.00
Hausrat-/Haftplichtversicherung	Fr.	15.00
Krankenkasse	Fr.	339.00
Krankenkasse C. _____	Fr.	93.00
ÖV	Fr.	65.00
Steuern	Fr.	100.00
Total	Fr.	3'212.00

6.6.1 Für die Zeit ab 1. Januar 2012:

Grundbetrag	Fr.	850.00
Kinderzuschlag C. _____	Fr.	400.00
Mietzins	Fr.	1'250.00
Telefon/Radio/TV	Fr.	100.00
Hausrat-/Haftplichtversicherung	Fr.	15.00
Krankenkasse	Fr.	339.00
Krankenkasse C. _____	Fr.	93.00
ÖV	Fr.	65.00

Steuern	Fr. 150.00
Total	Fr. 3'262.00

7. Bedarf der Gesuchstellerin:

7.1 Die Vorinstanz ging für das Jahr 2011 vom folgenden Bedarf der Gesuchstellerin aus (act. 5 S. 18 f.):

Grundbetrag	Fr. 1'100.00
Mietzins	Fr. 660.00
Telefon/Radio/TV	Fr. 100.00
Hausrat-/Haftpflichtversicherung	Fr. 15.00
Krankenkasse	Fr. 259.00
ÖV	Fr. 127.00
auswärtige Verpflegung	Fr. 130.00
Steuern	Fr. 150.00
Total	Fr. 2'541.00

Da die Vorinstanz wie gesehen der Gesuchstellerin ab 1. Januar 2012 ein höheres Arbeitspensum anrechnete, erhöhte sich gleichzeitig der im Bedarf berücksichtigte Betrag für die Mehrkosten auswärtiger Verpflegung auf Fr. 195.00, was für die Zeit ab 1. Januar 2012 einen Bedarf von Fr. 2'606.00 ergab.

7.2 Der Gesuchsteller macht im Berufungsverfahren nichts Abweichendes geltend (act. 2 S. 3). Dagegen macht die Gesuchstellerin berufungsweise verschiedene Erhöhungen ihres Bedarfes geltend, auf die nachfolgend einzugehen ist.

7.3 Zu den Wohnkosten:

7.3.1 Die Gesuchsteller lebten gemäss der Schilderung der Gesuchstellerin seit der Geburt von C. _____ am tt.mm.2005 und auch nach ihrem Eheschluss im Jahr 2006 bei den Eltern der Gesuchstellerin an der ...-Strasse ... in G. _____. Die Gesuchstellerin hielt sich von September 2007 bis Mai 2009 in H. _____ auf, wo sie sich mit Erfolg einer Drogenentzugstherapie unterzog. Nach ihrer Rück-

kehr in die Schweiz wohnte die Gesuchstellerin wiederum bei ihren Eltern in G._____. Dies beabsichtigte sie gemäss den Ausführungen ihrer Rechtsvertreterin vor der Vorinstanz am 26. März 2010 auch weiterhin so beizubehalten (vgl. act. 6/5 S. 2 f., 7). Anlässlich der Verhandlung über vorsorgliche Massnahmen vom 7. Juli 2011 gab die Gesuchstellerin vor der Vorinstanz sodann an, sie werde die bislang mit den Eltern bewohnte Wohnung ab August 2011 alleine bewohnen, da ihr Vater nach den Sommerferien in H._____ bleiben werde und auch ihre Mutter längerfristig dort leben werde. Die Mutter bleibe vorerst wegen ihrer Erwerbstätigkeit aber noch in der Schweiz und habe noch keine eigene Wohnung gefunden, sei aber daran, sich zu organisieren (Vi-Prot. S. 52, 60 f.).

7.3.2 Die Vorinstanz hielt fest, die geltend gemachte Wohnungsübernahme sei nicht glaubhaft gemacht worden. Vielmehr sei angesichts der bestehenden Abhängigkeit der Gesuchstellerin von ihren Eltern davon auszugehen, dass die Gesuchstellerin zumindest während der Dauer des Scheidungsverfahrens weiterhin mit ihren Eltern zusammen lebe. Entsprechend rechnete die Vorinstanz der Gesuchstellerin weiterhin nur den hälftigen Mietzins von Fr. 600.00 und Fr. 60.00 für ungedeckte Nebenkosten an (act. 5 S. 8 f., 18).

7.3.3 Die Gesuchstellerin macht berufungsweise geltend, sie sei, erst recht nach der Obhutszuteilung von C._____ an den Gesuchsteller, mit 29 Jahren nicht mehr gewillt, mit den Eltern zusammen zu wohnen. Es sei belegt, dass sie bereits im Oktober 2009 mit C._____ eine eigene Wohnung habe nehmen wollen, aber von der Beiständin davon abgehalten worden sei. Sie habe sich mit dem bisherigen Verbleib bei den Eltern nur an die Empfehlung der Beiständin gehalten und sie wäre aufgrund der vom Gesuchsteller verweigerten Unterhaltszahlungen beim Bezug einer eigenen Wohnung von der Sozialhilfe abhängig geworden, was sie habe vermeiden wollen. Sie sei, so die Gesuchstellerin weiter, nun aber mit der Vermieterin überein gekommen, den Mietvertrag auf den 1. Oktober 2011 allein zu übernehmen. Deshalb seien ihr, der Gesuchstellerin, ab 1. Oktober 2011 die vollen Mietkosten von Fr. 1'260.00 inkl. Nebenkosten zuzugestehen (act. 11/2 S. 6 f.).

Sodann reichte die Gesuchstellerin den Mietvertrag vom 17./18. August 2011 zu den Akten, gemäss welchem sie alleine Mieterin der Wohnung ...-Strasse ... in G._____ ist (act. 9). Überdies reichte die Gesuchstellerin am 12. Oktober 2011 den per 9./11. Oktober 2011 abgeschlossenen Mietvertrag ihrer Eltern betreffend eine 4-Zimmer-Wohnung an der ...-Strasse ... in G._____ zu den Akten (act. 24, 25).

7.3.4 Dass die Gesuchstellerin nicht auf Dauer mit ihren Eltern zusammen leben wollte, ist ihr nicht entgegen zu halten, und inzwischen hat die Gesuchstellerin diese Absicht nach ihrer (mit Vorlage von Belegen glaubhaft gemachten) Schilderung in die Tat umgesetzt. Im Übrigen ist die Loslösung der Gesuchstellerin von ihren Eltern auch mit Blick auf die Selbständigkeit und Unabhängigkeit der Gesuchstellerin (auch als Mutter) zu begrüssen (vgl. act. 6/40 S. 13, wonach die Abhängigkeit der Gesuchstellerin von ihren Eltern mit Blick auf die Fähigkeit der Gesuchstellerin, sich um C._____ zu kümmern, eine Thematik war). Im Übrigen erscheinen die Mietkosten der Gesuchstellerin bei einem Betrag von Fr. 1'260.00 pro Monat auch im Vergleich mit den Wohnkosten des Gesuchstellers angemessen, zumal die Gesuchstellerin angesichts der Wochenend- und Ferienbesuche von C._____ auf eine einigermaßen grosse Wohnung angewiesen ist (vgl. nachfolgend II./7.5.3).

Aus dem Mietvertrag der Eltern der Gesuchstellerin vom 9./11. Oktober 2011 ergibt sich indes als Mietbeginn der 1. November 2011 (act. 25). Daher ist der Gesuchstellerin erst ab dann der höhere Betrag von Fr. 1'260.00 für die Wohnkosten einzusetzen. In der Zeit bis 31. Oktober 2011 bleibt es beim Betrag von Fr. 660.00 gemäss dem angefochtenen Entscheid.

7.3.5 Somit lebt die Gesuchstellerin ab dem 1. November 2011 alleine, so dass ihr der volle Grundbetrag gemäss dem einschlägigen Kreisschreiben von Fr. 1'200.00 zuzugestehen ist. Ebenso sind als Konsequenz der aufgehobenen Wohngemeinschaft bei den Positionen Hausrat-/Haftpflichtversicherung und für Telefon/Radio/TV die von der Gesuchstellerin geltend gemachten vollen Beträge von Fr. 30.00 und Fr. 120.00 einzusetzen (vgl. act. 11/2 S. 7). Diese Beträge wird

die Gesuchstellerin erst in Zukunft zu entrichten haben und kann sie daher derzeit noch nicht belegen. Ihrer Höhe nach sind sie angemessen und gerichtsüblich.

7.4 Zur Krankenkasse:

Die Vorinstanz berücksichtigte bei der Gesuchstellerin lediglich einen Betrag von Fr. 259.00 für die Krankenkasse, da der geltend gemachte höhere Betrag von Fr. 298.00 nicht belegt sei (act. 5 S. 18). Die Gesuchstellerin macht jedoch mit Recht geltend, sie habe die Prämienhöhe KVG von Fr. 298.00 belegt und damit glaubhaft gemacht (act. 11/2 S. 7 f.; vgl. act. 6/60/16). Von diesem Betrag ist daher auszugehen.

7.5 Zu den Kosten des öffentlichen Verkehrs:

7.5.1 Die Vorinstanz setzte im Bedarf der Gesuchstellerin die geltend gemachten Kosten für die Benützung des öffentlichen Verkehrs von Fr. 127.00 ein ("9-Uhr-Pass, vgl. act. 5 S. 18 sowie act. 6/59 S. 15).

7.5.2 Die Gesuchstellerin stellt sich berufsweise auf den Standpunkt, zur Kompensation ihrer für die Besuchsrechtsausübung ausfallenden Arbeitsstunden sowie mit der ab 1. Januar 2012 verlangten Pensumerhöhung auf 90 % sei es ihr nicht mehr möglich, erst um 9:00 Uhr zur Arbeit zu fahren. Daher benötige sie für den Arbeitsweg von G. _____ nach I. _____ ein ZVV-Abonnement, welches die 5 Zonen (die doppelt zählende Zone ... sowie die Zonen ..., ... und ...) abdecke. Hinzu komme die Zone ... für die Fahrten zu C. _____ nach F. _____. Daher benötige sie einen ZVV-Netzpass für alle Zonen (act. 11/2 S. 8).

7.5.3 Zum einen geht es bei den geltend gemachten Kosten der Benutzung des öffentlichen Verkehrs um Kosten der Besuchsrechtsausübung. Diese hat der besuchsberechtigte Ehegatte grundsätzlich selber zu tragen. Davon kann abgewichen werden, wenn der Besuchsberechtigte sich wirtschaftlich in einer schlechteren Lage befindet als der andere Ehegatte und das Kind. Zu vermeiden ist allerdings eine mittelbare Benachteiligung des Kindes, die entstehen kann, wenn die für die Deckung des Kindesunterhalts notwendigen Mittel für die Kosten des Besuchsrechts verwendet werden. Beim Entscheid über die Berücksichtigung sol-

cher Kosten hat das Gericht ein weites Ermessen. Nach der Praxis des Bundesgerichts ist weder die Berücksichtigung noch die Nichtberücksichtigung solcher Kosten willkürlich (vgl. BGer 5A_292/2009 vom 2. Juli 2009, E. 2.3.1.2-3; BGer 5P.280/2006 vom 5. Dezember 2006, E. 4.4.; vgl. auch Maier, a.a.O., S. 1235).

Vorliegend ist insofern nicht von sehr knappen Verhältnissen auszugehen, da die Bedarfe beider Parteien (wie nachfolgend gezeigt wird) gedeckt werden können. Darin eingeschlossen ist im Bedarf des Gesuchstellers ein Zuschlag für C._____ (vgl. act. 5 S. 17 sowie vorstehend II./6.1). Hinzu kommt ein Freibetrag, der zwischen den Parteien verteilt werden kann.

Allerdings ist zu bedenken, dass bereits in der Berücksichtigung des vollen Mietzinses der Gesuchstellerin nach der Übernahme der Vierzimmer-Wohnung ihrer Eltern ein Anteil für die Besuchsrechtskosten von C._____ enthalten ist. Für die Gesuchstellerin alleine wäre diese Wohnung zu gross und es wäre ihr angesichts der doch nicht grosszügigen Verhältnisse zuzumuten, eine kleinere Wohnung zu suchen (zumal sie, wie zu zeigen sein wird, selber für die Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen nicht leistungsfähig ist). Eine weitere Berücksichtigung von Besuchsrechtskosten ist daher nicht angemessen.

7.5.4 Zum anderen geht es um die Fahrten der Gesuchstellerin zum Arbeitsplatz, die im Rahmen der Notwendigkeit im Bedarf einzusetzen sind (Kreis schreiben Ziff. III./3.4). Angesichts der flexiblen Arbeitszeiten (act. 18 S. 6 f.; Vi-Prot. S. 28) kann der Gesuchstellerin bei einem Pensum von 60% auch weiterhin zugemutet werden, ihre Einsatzzeiten so zu planen, dass sie erst nach 9:00 Uhr zur Arbeit fahren kann. Der Zeitaufwand für die Besuchsrechtswahrnehmung ändert daran nichts.

Nach der Aufstockung des Arbeitspensums auf 90%, welches wie gesehen ab dem 1. Januar 2012 angerechnet wird, ist dies der Gesuchstellerin jedoch nicht mehr zuzumuten. Zwar trifft es zu, dass die Neuorganisation der Arbeits- und Lebenssituation mit Kindern und nach einer Trennung mit Obhutsumteilung gewisse Anpassungsleistungen erforderlich macht (act. 18 S. 7). Bei einem 90%-Pensum und mit Blick auf die geschilderten Besuchszeiten wäre die Ge-

suchstellerin durch die Beschränkung auf Fahrten an den Arbeitsplatz nach 9:00 Uhr indes in unangemessener Weise eingeschränkt.

7.5.5 Das höhere Pensum wird der Gesuchstellerin indes erst ab 1. Januar 2012 angerechnet. Solange es beim aktuellen 60%-Pensum bleibt (d.h. bis Ende Dezember 2011), erscheint ein 9-Uhr-Pass angemessen. Bis und mit Dezember 2011 ist im Bedarf der Gesuchstellerin damit weiter der Betrag von Fr. 127.00 einzusetzen. Ab dem 1. Januar 2012 benötigt die Gesuchstellerin dagegen ein Abonnement für die geschilderten 5 Zonen (Arbeitsweg). Daher ist in ihrem Bedarf ab dann der Betrag von Fr. 189.00 (Monats-Netzpass 5 Zonen, act. 11/4/4) einzusetzen.

7.5.6 Dass die Gesuchstellerin selber ursprünglich lediglich den Betrag für den 9-Uhr-Pass geltend gemacht hatte, kann ihr entgegen dem Gesuchsteller (act. 18 S. 6) nicht zum Nachteil gereichen. Einerseits erfolgte jene Angabe unter gänzlich anderen Prämissen, nämlich ausgehend von einem Arbeitspensum von 60% und der beantragten (und zu jenem Zeitpunkt übereinstimmend gelebten) Obhutszuteilung an die Gesuchstellerin. Andererseits könnte dem Gesuchsteller dann auch entgegen gehalten werden, dass er selber der Gesuchstellerin gar Mobilitätskosten von Fr. 280.00 pro Monat zugestehen wollte (act. 6/57 S. 15).

Darauf ist indessen bei Geltung des (auch eingeschränkten) Untersuchungsgrundsatzes nicht abzustellen, und auch die Dispositionsmaxime ist davon nicht betroffen, da diese nur die Bindung an die Parteianträge, nicht aber eine Bindung an einzelne geltend gemachte (oder anerkannte) Bedarfspositionen beinhaltet (BGer 5P.481/2006 vom 9. Februar 2007, E. 4).

7.6 Zusammenfassend ist vom folgenden Bedarf der Gesuchstellerin auszugehen:

7.6.1 Für die Zeit bis 31. Oktober 2011:

Grundbetrag	Fr. 1'100.00
Mietzins	Fr. 660.00
Telefon/Radio/TV	Fr. 100.00

Hausrat-/Haftpflichtversicherung	Fr.	15.00
Krankenkasse	Fr.	298.00
ÖV	Fr.	127.00
auswärtige Verpflegung	Fr.	130.00
Steuern	Fr.	150.00
Total	Fr.	2'580.00

7.6.2 Für die Zeit vom 1. November 2011 bis 31. Dezember 2011 verändert sich der Bedarf nach dem Gesagten wie folgt:

Grundbetrag	Fr.	1'200.00
Mietzins	Fr.	1'260.00
Telefon/Radio/TV	Fr.	120.00
Hausrat-/Haftpflichtversicherung	Fr.	30.00
Krankenkasse	Fr.	298.00
ÖV	Fr.	127.00
auswärtige Verpflegung	Fr.	130.00
Steuern	Fr.	150.00
Total	Fr.	3'315.00

7.6.3 Für die Zeit ab 1. Januar 2012 ist sodann vom folgenden Bedarf auszugehen: :

Grundbetrag	Fr.	1'200.00
Mietzins	Fr.	1'260.00
Telefon/Radio/TV	Fr.	120.00
Hausrat-/Haftpflichtversicherung	Fr.	30.00
Krankenkasse	Fr.	298.00
ÖV	Fr.	189.00
auswärtige Verpflegung	Fr.	195.00
Steuern	Fr.	150.00
Total	Fr.	3'442.00

8. Zur Unterhaltsberechnung

8.1 Die Vorinstanz ordnete die Unterhaltsbeiträge in Abänderung der früheren Regelung in der angefochtenen Verfügung vom 27. Juli 2011 "ab sofort" an, was mit der ebenfalls per sofort vollzogenen Obhutsumteilung korrespondiert (vgl. act. 5) und was von den Parteien auch nicht beanstandet wurde. Entsprechend sind vorliegend die Unterhaltsbeiträge ab dem 1. August 2011 festzusetzen. Ab dann sind nach dem Gesagten die folgenden drei Perioden zu unterscheiden:

	1.8.2011 bis 31.10.2011	1.11.2011 bis 31.12.2011	ab 1.1.2012
Bedarf GSin	Fr. 2'580.00	Fr. 3'315.00	Fr. 3'442.00
Bedarf GS	Fr. 3'212.00	Fr. 3'212.00	Fr. 3'262.00
<i>Bedarf total</i>	<i>Fr. 5'792.00</i>	<i>Fr. 6'527.00</i>	<i>Fr. 6'704.00</i>
Einkommen GSin	Fr. 2'412.00	Fr. 2'412.00	Fr. 3'618.00
Einkommen GS	Fr. 4'148.00	Fr. 4'148.00	Fr. 4'148.00
<i>Einkommen total</i>	<i>Fr. 6'560.00</i>	<i>Fr. 6'560.00</i>	<i>Fr. 7'766.00</i>
Freibetrag	Fr. 768.00	Fr. 33.00	Fr. 1'062.00

8.2 Die Vorinstanz teilte den Freibetrag hälftig (act. 5 S. 19). Der Gesuchsteller stellt sich demgegenüber im Berufungsverfahren auf den Standpunkt, der Freibetrag sei im Verhältnis ein Drittel (Gesuchstellerin) zu zwei Dritteln (Gesuchsteller und C._____) aufzuteilen (act. 2 S. 3 f.). Die Gesuchstellerin hält dem entgegen, die hälftige Freibetragsaufteilung sei die Regel, während eine andere Aufteilung stets einer besonderen Begründung bedürfe. Vorliegend rechtfertigte sich ein Abweichen von der hälftigen Aufteilung nicht (act. 11/2 S.4 ff.).

8.3 Der Ansicht der Vorinstanz ist aus den nachfolgend geschilderten Gründen nicht zu folgen:

8.3.1 Die Vorinstanz stützt ihren Entscheid zur Freibetragsteilung auf BGE 118 II 225 (act. 5 S. 19). Inwiefern sich aus diesem Entscheid ergeben soll, dass ein Freibetrag hälftig zu teilen ist, ist indes nicht ersichtlich, ging es darin doch einzig um die Frage, unter welchen Umständen eine Ehefrau, die nach der Trennung

mit ihrem neuen Partner ein Konkubinatsverhältnis eingeht, gegenüber ihrem Ehemann noch Unterhaltssprüche geltend machen kann. Zur Freibetragsaufteilung äussert sich das Bundesgericht darin nicht.

8.3.2 Die Gesuchstellerin weist weiter auf BGE 114 II 27 E. 7 hin (act. 19 S. 4). In dieser Entscheidung hielt das Bundesgericht fest, dass ein Freibetrag bei der Unterhaltsberechnung grundsätzlich hälftig zu teilen ist, und dass Abweichungen von dieser Regel einer besonderen Begründung bedürfen. Soweit ersichtlich, hatten die Parteien jenes Verfahren indes keine unmündigen Kinder. Zu Umständen, welche ein Abweichen von der Regel der hälftigen Teilung rechtfertigen, wies das Bundesgericht darauf hin, dass die Überschussverteilung nicht zu einer Vermögensverschiebung führen dürfe. Eine solche fällt zugunsten des Gesuchstellers vorliegend bereits aus dem Grund ausser Betracht, dass er als die Partei, welche mehr als die Hälfte des Überschusses für sich beansprucht, Unterhaltsbeiträge an die Gesuchstellerin zu bezahlen hat. Der angeführte Entscheid sagt für die vorliegend zu beurteilende Frage daher nichts aus.

8.3.3 Entscheidend ist nach der neueren Bundesgerichtspraxis vielmehr was folgt:

8.3.3.1 Richtig ist, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz zur Regel der hälftigen Freibetragsteilung führt und dass daher in langjähriger Praxis zum Eherecht Entscheide, welche ohne Angabe von Gründen von der hälftigen Aufteilung abwichen, als willkürlich betrachtet wurden. Dabei ging es indes jeweils um Situationen, in welchen sich zwei Einpersonenhaushalte gegenüberstanden. Unter solchen Umständen drängt sich eine hälftige Aufteilung auf. Betreut dagegen ein Elternteil unmündige gemeinsame Kinder in seinem Haushalt, so verhält es sich gerade umgekehrt und ist ein Festhalten an der hälftigen Aufteilung ohne besondere Gründe willkürlich (BGE 126 III 8 E. 3c).

Die "Drittelsregel", wonach dem Kinder betreuenden Elternteil jeweils zwei Drittel des Freibetrages zugesprochen werden, ist daher weit verbreitet und wird vom Bundesgericht als "üblich" bezeichnet (BGer 5A_122/2011 vom 9. Juni 2011, E. 5.1). Da das Bundesgericht wie gesehen von "Einpersonenhaushalten" spricht,

ergibt sich ohne weiteres, dass die übliche Drittelsregel entgegen der Gesuchstellerin (act. 19 S. 5) nicht nur bei mehreren, sondern auch bei nur einem unmündigen Kind im Haushalt eines Ehegatten grundsätzlich Anwendung findet.

8.3.3.2 Indes trifft es zu, dass auch die Drittelsregel nicht unbesehen der konkreten Umstände des Einzelfalles anzuwenden ist. Es ist zu vermeiden, dass die Zusprechung von zwei Dritteln des Freibetrages im Ergebnis zu einer unberechtigten Besserstellung der obhutsberechtigten Partei führt (einerseits im Vergleich mit der ehelichen Lebenshaltung vor der Trennung, andererseits im Vergleich mit dem anderen Ehegatten mit Blick auf die Situation nach der Trennung). So ist zu prüfen, ob die Partizipation der Kinder am Lebensstandard der Eltern bereits über die Bezifferung der Kinderunterhaltsbeiträge genügend sichergestellt wird. Bejahendenfalls wäre es unangemessen, die Kinder bei der Aufteilung des Freibetrages ein weiteres Mal zu berücksichtigen (vgl. FamPra 2009 S. 431 ff. = BGer 5A_461/2008 vom 26. Mai 2009, E. 3; vgl. auch Kass-Nr. AA05006 vom 24. März 2006, E. II./6.2-3; ZR 2004 Nr. 50 E. 8). Deckt dagegen der Kinderunterhaltsbeitrag lediglich den minimalen Bedarf der Kinder, so rechtfertigt es sich, dem die Kinder betreuenden Ehegatten einen die Hälfte übersteigenden Anteil am Freibetrag zuzusprechen (FamKomm Scheidung/Schwenzer, 2. Auflage 2011, Band I, Art. 125 ZGB N 78).

Auch im von der Gesuchstellerin weiter angeführten BGer 5A_515/2008 vom 1. Dezember 2008 wurde (nach einleitendem Hinweis auf den Grundsatz der hälftigen Freibetragsteilung, vgl. a.a.O. E. 2.1) denn auch dem Umstand Rechnung getragen, dass die Mutter die Kinder betreute, was zur Zusprechung eines Anteils von ungefähr zwei Dritteln des Überschusses führte (a.a.O., E. 2.2). Dem Vater gelang es nicht, nachzuweisen, dass diese Freibetragsaufteilung im Ergebnis zu einer Besserstellung der Mutter im Vergleich zur Situation vor der Trennung führte. Im Übrigen war das dem Vater zugesprochene, über den Durchschnitt hinausgehende, ausgedehnte Besuchsrecht nach Ansicht der kantonalen Vorinstanz trotz der in diesem Zusammenhang entstehenden Kosten bei der Überschussverteilung nicht zu berücksichtigen, was vom Bundesgericht nicht als willkürlich erachtet wurde (a.a.O., E. 2.3).

8.3.4 Den Argumenten der Gesuchstellerin (vgl. act. 11/2 S. 4 ff.) ist vor diesem Hintergrund nicht zu folgen:

Wie gesehen ist die Drittelsregel, wonach der obhutsberechtigte Elternteil grundsätzlich zwei Drittel des Freibetrages beanspruchen kann, auch bei nur einem Kind im Grundsatz massgeblich. Das ausgedehnte Besuchsrecht der Gesuchstellerin bzw. die ihr in diesem Zusammenhang entstehenden Kosten (act. 11/2 S. 5 f.) stellt gemäss dem vorstehend zitierten Entscheid (BGer 5A_515/2008) keinen Grund für eine Abweichung davon dar.

Nachdem die Gesuchstellerin sich wie geschildert grundsätzlich nicht gegen das ihr angerechnete hypothetische Einkommen stellt, kann auch ihr weiteres Argument (vgl. act. 19 S. 6), möglicherweise werde sie dieses Einkommen nicht erzielen können, nicht für die Zusprechung eines verhältnismässig höheren Freibetragsanteiles sprechen.

Sodann decken die Kinderkosten im Bedarf des Gesuchstellers (Kinderzuschlag von Fr. 400.00, geringfügige Berücksichtigung eines Wohnkostenanteils von C._____, Krankenkassenprämie) mit Blick auf die bereits erwähnten "Zürcher Tabellen" entgegen der Gesuchstellerin (act. 19 S. 6) bei weitem nicht den vollen Unterhaltsbedarf von C._____ ab, der nach diesen Tabellen für ein 6jähriges Einzelkind Fr. 1'315.00 (Fr. 2'045.00 abzüglich Fr. 730.00 für Pflege und Erziehung) pro Monat beträgt (www.lotse.zh.ch). Vor diesem Hintergrund hat die Anwendung der Drittelsregel keine unangemessene Besserstellung des Gesuchstellers gegenüber der Gesuchstellerin zur Folge. Dies gilt insbesondere auch mit Blick auf die konkrete Höhe des Freibetragsanteils: Auch in der Periode mit dem höchsten Freibetrag von etwas über Fr. 1'000.00 (vgl. vorne II./8.1) und auch unter Berücksichtigung der Kinderzulage, die ebenfalls C._____ zu gute kommt, genügt der Anteil davon, der bei Anwendung der Drittelsregel C._____ zu gute kommen soll (ein Drittel, d.h. etwas mehr als Fr. 300.00 pro Monat), bei weitem nicht, um die erwähnten, im Bedarf des Gesuchstellers enthaltenen Positionen für C._____ auf den Betrag gemäss den Zürcher Tabellen aufzustocken.

Zudem vermag die Gesuchstellerin auch aus dem Hinweis, die Unterhaltsbeiträge gemäss Verfügung vom 14. Juni 2010 hätten ebenfalls aus einer hälftigen Freibetragsteilung resultiert (act. 19 S. 5), nichts für sich abzuleiten. Die Situation, die der damaligen, vergleichsweise erzielten Lösung (vgl. vorne I./1.) zugrunde lag, unterscheidet sich stark von der heutigen Situation. Damals wurde immerhin (neben einem persönlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 450.00 an die Gesuchstellerin, die den Sohn damals betreute) ein Kinderunterhaltsbeitrag von Fr. 950.00 pro Monat festgelegt. Heute dagegen ergibt sich unabhängig von der Frage, wie der Freibetrag aufgeteilt wird, dass die Gesuchstellerin für Kinderunterhaltsbeiträge nicht leistungsfähig ist. Der Gesuchsteller kommt alleine für die Unterhaltskosten von C. _____ auf, und er ist zudem zu verpflichten, der Gesuchstellerin Ehegattenunterhaltsbeiträge zu bezahlen. Dies stellt eine Doppelbelastung des Gesuchstellers dar, der bei der Freibetragsaufteilung Rechnung zu tragen ist (Bähler, a.a.O., S. 473). Die Gesuchstellerin kann sich vor diesem Hintergrund nicht darauf berufen, gemäss FamKomm Scheidung/Aeschlimann/Bähler/Freivogel, 2. Auflage 2011, Band II, Anh UB N 78, sei dem obhutsberechtigten Ehegatten bei Betreuung nur eines Kindes maximal ein Anteil von 55%-60% des Freibetrags zuzusprechen. Die genannten Autoren sprechen im Übrigen nur von einer ungefähren Beteiligung in diesem Ausmass und geben zudem an, es bestehe keine entsprechende gefestigte Praxis.

Schliesslich erweist sich auch der Hinweis der Gesuchstellerin auf in der Vergangenheit nicht bezahlte Unterhaltsbeiträge (vgl. act. 19 S. 5) als unbehelflich. Die Zahlungsmoral des Gesuchstellers ist kein Argument für die Zusprechung höherer Unterhaltsbeiträge an die Gesuchstellerin – insbesondere dann nicht, wenn sich dies wie vorliegend zulasten des Kindeswohls auswirken würde, welches nach dem Gesagten für die Zusprechung eines höheren Freibetragsanteils an den Gesuchsteller und C. _____ spricht.

Damit erscheint es angemessen und mit Blick auf das Kindeswohl geboten, dem Gesuchsteller und C. _____ zwei Drittel der für die jeweiligen Perioden berechneten Freibeträge zuzusprechen.

8.4 Dies führt zur folgenden Fortsetzung der Unterhaltsberechnung:

	1.8.2011 bis 31.10.2011	1.11.2011 bis 31.12.2011	ab 1.1.2012
Freibetrag	Fr. 768.00	Fr. 33.00	Fr. 1'062.00
Freibetragsanteil GSin	Fr. 256.00	Fr. 11.00	Fr. 354.00
Unterhaltsbeitrag an GSin (gerundet)	Fr. 420.00 (2'580.00 + 256.00 - 2'412.00 = 424.00)	Fr. 890.00 (3'212.00 + 11.00 - 2'412.00 = 886.00)	Fr. 180.00 (3'442.00 + 354.00 - 3'618.00 = 178.00)

In teilweiser Gutheissung der Erstberufung des Gesuchstellers und der Zweitberufung der Gesuchstellerin sind die Unterhaltsbeiträge für die Dauer des Scheidungsverfahrens in diesem Sinne festzulegen und ist die Gesuchstellerin zu verpflichten, die von ihr bezogene Kinderzulage dem Gesuchsteller zu überweisen (vgl. vorne II./5.).

Im darüber hinaus gehenden Umfang sind beide Berufungen abzuweisen.

III.

1. Wie eingangs erwähnt, haben beide Gesuchsteller für das Berufungsverfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes gestellt, welche die Kammer mit Beschluss vom 23. August 2011 guthiess (vorne I./4., act. 10).

2. Auch wenn über die Prozesskosten vorsorglicher Massnahmen in der Regel im Endentscheid zu befinden ist (ZK ZPO-Jenny, Art. 104 N 9), rechtfertigt es sich, die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens bereits im vorliegenden Entscheid festzulegen (Art. 104 Abs. 1 ZPO).

3. Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt bzw., wenn keine Partei vollumfänglich obsiegt, nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 ZPO).

3.1 Im Streit sind wie eingangs dargelegt (vorne II./1.2) Unterhaltsansprüche der Gesuchstellerin von Fr. 12'328.00 für eine geschätzte verbleibende Verfahrensdauer von zwei Jahren ab August 2011. Die Gesuchstellerin beantragt wie gesehen total Fr. 13'928.00. Der Gesuchsteller anerkennt davon Fr. 1'600.00. Zugespochen werden der Gesuchstellerin mit dem vorliegenden Entscheid für dieselbe Zeitperiode Fr. 6'460.00 (3 x 420.00, 2 x 890.00, 19 x 180.00). Bezüglich ihrer eigenen Unterhaltsansprüche obsiegt die Gesuchstellerin somit im Umfang von Fr. 4'860.00 (6'460.00 - 1'600.00).

Zudem sind Unterhaltsansprüche des Gesuchstellers von Fr. 8'360.00 im Streit (vorne II./1.2). Diesbezüglich obsiegt die Gesuchstellerin vollständig.

3.2 Ausgehend vom Streitwert (Unterhaltsansprüche beider Parteien) von Fr. 20'688.00 obsiegt damit die Gesuchstellerin im Umfang von Fr. 13'220.00 (4'860.00 + 8'360.00), was einem Anteil von ca. zwei Dritteln entspricht.

Entsprechend sind die Gerichtskosten zu einem Drittel der Gesuchstellerin und zu zwei Dritteln dem Gesuchsteller aufzuerlegen, und der Gesuchsteller hat der Gesuchstellerin eine auf einen Drittel reduzierte Prozessentschädigung zu bezahlen.

3.3 Die Entscheidgebühr richtet sich nach § 4 Abs. 1 bis 3, § 8 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG). Der volle Betrag der Prozessentschädigung richtet sich nach § 4 Abs. 1 bis 3, § 9, § 11 Abs. 2 sowie § 13 Abs. 1 bis 2 der Verordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 über die Anwaltsgebühren (AnwGebV).

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Erstberufung des Gesuchstellers und der Zweitberufung der Gesuchstellerin werden die Dispositivziffern 1.5 und 1.6 der Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren des Bezirkes Winterthur vom 27. Juli 2011 (FE100002) aufgehoben und durch die folgende Fassung ersetzt:

5. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, die von ihr bezogene Kinderzulage für C._____ an den Gesuchsteller zu überweisen.
Im Übrigen wird davon Vormerk genommen, dass die Gesuchstellerin gegenwärtig nicht in der Lage ist, Unterhaltsbeiträge für den Sohn C._____ zu bezahlen.
6. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für sie persönlich monatliche Unterhaltsbeiträge wie folgt zu bezahlen, zahlbar jeweils monatlich im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats:
 - Ab 1. August 2011 bis 31. Oktober 2011: Fr. 420.00,
 - ab 1. November 2011 bis 31. Dezember 2011: Fr. 890.00,
 - ab 1. Januar 2012 für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens: Fr. 180.00.

Im darüber hinaus gehenden Umfang werden die Erstberufung des Gesuchstellers und die Zweitberufung der Gesuchstellerin abgewiesen.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'400.00 festgesetzt.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden zu einem Drittel der Gesuchstellerin und zu zwei Dritteln dem Gesuchsteller auferlegt.

Infolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung werden die Kosten indes einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht der Parteien gestützt auf Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

4. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, dem unentgeltlichen Rechtsbeistand der Gesuchstellerin eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'500.00 zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer von Fr. 120.00, total Fr. 1'620.00 zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Winterthur, je gegen Empfangsschein.

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 20'688.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer
Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am: