

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LY110038-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter lic. iur. P. Hodel sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Graf.

## Urteil vom 14. Februar 2012

in Sachen

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

Gesuchsteller und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

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

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

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

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes in Familiensachen des Bezirksgerichts Horgen vom 16. September 2011; Proz. FE080316**

### **Erwägungen:**

#### 1. Sachverhalt / Prozessverlauf

1.1. Die Parteien haben am tt. Juni 1994 in C. \_\_\_\_\_ geheiratet. Aus dieser Ehe gingen die Kinder D. \_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.1996, E. \_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.1998, und F. \_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2001, hervor (vgl. act. 9/61). Die Parteien stehen sich vor der Vorinstanz seit dem 25. November 2008 in einem Scheidungsverfahren mit gemeinsamem Scheidungsbegehren gegenüber.

1.2. Am 2. April 2009 fand die Hauptverhandlung und Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen statt (Prot.-I S. 3 ff.). In der Folge erklärten sich die Parteien mit dem gerichtlichen Vergleichsvorschlag über die vorsorglichen Massnahmen einverstanden (vgl. act. 9/44, act. 9/45). Mit Verfügung vom 4. Juni 2009 wurden die Kinder unter die Obhut der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (nachfolgend Gesuchstellerin) gestellt und es wurde die Vereinbarung über die Folgen des Getrenntlebens vorgemerkt und genehmigt (act. 9/46). Am 17. Dezember 2009 fand eine Referentenaudienz/Vergleichsverhandlung statt (Prot.-I S. 39 ff.). Mit Eingabe vom 22. Februar 2010 stellte die Gesuchstellerin den Antrag, der Gesuchsteller und Berufungskläger (nachfolgend Gesuchsteller) sei zu verpflichten, ihr einen Prozesskostenvorschuss zu bezahlen, eventualiter sei ihr die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverbeiständung zu bewilligen (act. 9/79). Mit Verfügung vom 9. März 2010 wurde dem Gesuchsteller Frist zur Stellungnahme angesetzt (act. 9/82). Mit Eingabe vom 12. April 2010 nahm der Gesuchsteller Stellung und stellte selber ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverbeiständung sowie ein Abänderungsbegehren bezüglich der vorsorglichen Massnahmen (act. 9/89). Mit Verfügung vom 27. Mai 2010 wurden die Gesuche der Parteien um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes abgewiesen (act. 9/94). Am 19. August 2010 fand die Fortsetzung der Hauptverhandlung sowie die Verhandlung über die Abänderung der vorsorglichen Massnahmen statt (Prot.-I S. 54 ff.). Mit Verfügung vom 29. September 2010 wurden die vorsorglichen Massnahmen abgeändert (act. 9/112). Mit Eingabe vom 31. Mai

2011 stellte der Gesuchsteller erneut ein Gesuch um Abänderung der vorsorglichen Massnahmen (act. 9/167). Mit Eingabe vom 1. Juli 2011 stellte der Gesuchsteller überdies ein Editionsbegehren (act. 9/173), welches mit Verfügung vom 6. Juli 2011 abgewiesen wurde (act. 9/176). Am 25. August 2011 fand die Verhandlung über die Abänderung der vorsorglichen Massnahmen statt, anlässlich welcher der Gesuchsteller erneut ein Begehren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes stellte (Prot.-I S. 102 ff., act. 9/186 S. 2). Mit Verfügung vom 16. September 2011 wurde das Begehren des Gesuchstellers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes abgewiesen und die vorsorglichen Massnahmen wurden erneut abgeändert (act. 9/189).

1.3. Mit Eingabe vom 3. Oktober 2011 erhob der Gesuchsteller Berufung und Beschwerde gegen die Verfügung vom 16. September 2011 des Einzelgerichts in Familiensachen des Bezirkes Horgen. Es wurde für die Berufung und die Beschwerde je ein separates Verfahren angelegt. Das Beschwerdeverfahren wurde unter der Geschäftsnummer PC110046 geführt. Der Gesuchsteller stellte folgende Anträge (act. 2 S. 2 f.):

- " 1. Es sei die Vollstreckung der persönlichen Unterhaltsbeiträge der Berufungsbeklagten gemäss Dispositiv Ziffer 2 der angefochtenen Verfügung mit Wirkung ab dem 1. Juli 2011 und bis zum Entscheid der Berufungsinstanz über die vorliegende Berufung aufzuschieben.
- 2.a) Es sei Dispositiv Ziffer 2 der angefochtenen Verfügung aufzuheben und es seien für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens und mit Wirkung ab dem 1. Juli 2011 die vom Berufungskläger zu leistenden persönlichen Unterhaltsbeiträge an die Berufungsbeklagte und Beschwerdegegnerin (im folgenden "Berufungsbeklagte") im Sinne der nachstehenden Ausführungen auf einen Betrag von monatlich CHF 80.00, eventuell von CHF 340.00 zu reduzieren;
- b) weiter sei der Berufungskläger zu verpflichten, der Berufungsbeklagten in Ergänzung zu den laufenden Unterhaltsbeiträgen jeweils innerhalb von 30 Tagen nach Auszahlung die Hälfte des Nettobetrages des 13. Monatslohnes (abzüglich der Hälfte eines allfälligen 13. Monatslohnes der Gesuchstellerin) und eines allfälligen variablen Lohnanteils zu bezahlen.
3. Eventualiter (zu Berufungsantrag Ziff. 2) sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Es sei festzustellen, dass der Berufungskläger durch Dispositiv Ziff. 1 (statuierend eine per 1. Mai 2010 rückwirkende Verpflichtung des Berufungsklägers A.\_\_\_\_\_ zur Leistung eines persönlichen monatlichen Unterhaltsbeitrags an die Berufungsbeklagte B.\_\_\_\_\_ von CHF 2'650.00) der Verfügung vom 29. September 2010 des Bezirksgerichts Horgen (Geschäfts-Nr. FE080316) für die Zeit vom 1. Mai 2010 bis zum 30. Juni 2011 zu einer um CHF 13'100.00 überhöhten Unterhaltsleistung an A.\_\_\_\_\_ verpflichtet worden ist.

5. Prozessualer Antrag zum Berufungsverfahren: Es wird vorsorglich der Antrag gestellt, dass zur Klärung von Bestreitungen und Noven von Seiten der Berufungsbeklagten in der Berufungsantwort ein zweiter Schriftenwechsel durchzuführen sei."

Weiter stellte der Gesuchsteller den prozessualen Antrag (act. 2 S. 4):

" Es sei dem Berufungskläger für das vorliegend anhängig gemachte Rechtsmittelverfahren (Berufungs- und Beschwerdeverfahren) gegen die angefochtene Verfügung die unentgeltliche Prozessführung vollständig zu gewähren sowie ein unentgeltlicher Rechtsbeistand (mit Substitutionsbefugnis) ab Vorbereitung und Einreichung dieser Beschwerde, d.h. mit Wirkung ab dem 21. September 2011 in der Person von RA X.\_\_\_\_\_, c/o ... [Adresse], zu bestellen."

1.4. Mit Beschluss vom 25. Oktober 2011 wurde auf das Feststellungsbegehren bezüglich überhöhter Unterhaltsleistungen des Gesuchstellers nicht eingetreten und sein Gesuch um Aufschiebung der Vollstreckbarkeit von Dispositivziffer 2 der angefochtenen Verfügung abgewiesen. Weiter wurde der Gesuchstellerin Frist zur Berufungsbeantwortung angesetzt (act. 12). Die Berufungsantwort erfolgte mit Eingabe vom 7. November 2011 (act. 14).

1.5. Mit Beschluss vom 16. November 2011 wurde das Gesuch des Gesuchstellers um Befreiung von den Gerichtskosten für das Berufungsverfahren sowie um Bestellung von Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_ als unentgeltlicher Rechtsbeistand für das Berufungsverfahren abgewiesen und es wurde ihm Frist zur Leistung eines Vorschusses von Fr. 3'000.– für die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens angesetzt (act. 16). Der Kostenvorschuss wurde nach einmaliger Fristerstreckung am 7. Dezember 2011 bei der Obergerichtskasse einbezahlt (act. 20). Die Berufungsantwort wurde dem Gesuchsteller mit Schreiben vom 16. Januar 2012 zugestellt (act. 21). Mit Eingabe vom 30. Januar 2012 nahm der Gesuchsteller zur Berufungsantwort Stellung (act. 25). Die Stellungnahme wurde der Gesuchstellerin mit Schreiben vom 31. Januar 2011 zugestellt (act. 27). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

## 2. Prozessuales

2.1. Am 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Die angefochtene Verfügung datiert vom 16. September 2011 (act. 10). Somit richtet sich das Rechtsmittelverfahren nach neuem Recht (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Dass das vor Vorinstanz nach wie vor hängige erstinstanz-

liche Scheidungsverfahren der Parteien nach dem alten Recht der ZPO/ZH 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.

2.2. Gegenstand des Berufungsverfahrens betreffend vorsorgliche Massnahmen ist die Unterhaltspflicht des Gesuchstellers und damit eine Frage vermögensrechtlicher Natur. Damit liegt eine vermögensrechtliche Streitigkeit vor (vgl. BGE 133 III 393 Erw. 2, BGE 5A.740/2009 Erw. 1). Der demzufolge vorausgesetzte Rechtsmittelstreitwert von Fr. 10'000.– (Art. 308 Abs. 2 ZPO) ist gegeben: Die Vorinstanz legte monatliche Unterhaltsbeiträge für die Gesuchstellerin persönlich in der Höhe von Fr. 1'050.– fest. Der Gesuchsteller beantragt eine Reduktion bis auf Fr. 80.–. Der noch strittige Beitrag im Rahmen des Berufungsverfahrens beträgt demnach Fr. 970.– pro Monat und ergibt auf eine Verfahrensdauer von angenommen drei Jahren gerechnet einen Streitwert von Fr. 34'920.– (PETER DIGGELMANN, DIKE-Komm-ZPO, Art. 92 N 7). Auf die schriftlich und begründet eingereichte Berufung (act. 2; Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist einzutreten.

2.3. Während des Scheidungsverfahrens sind für vorsorgliche Massnahmen die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sinngemäss anwendbar (Art. 276 ZPO; vgl. auch Art. 137 Abs. 2 aZGB). Sie unterstehen dem summarischen Verfahren (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, lediglich glaubhaft zu machen (FamKomm Scheidung/LEUENBERGER, Art. 276 ZPO N 1 und 17). Glaubhaftmachen bedeutet, dass der Richter nicht von der Richtigkeit der aufgestellten tatsächlichen Behauptungen überzeugt zu sein braucht. Es genügt, ihm aufgrund objektiver Anhaltspunkte den Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit des Vorhandenseins der in Frage stehenden Tatsachen zu vermitteln. Der Begriff des "Glaubhaftmachens" weist zwei Aspekte auf. Einerseits ist dem Richter die Wahrscheinlichkeit des Vorliegens der anspruchsbegründenden Tatsachen darzulegen und andererseits muss dieser zumindest

summarisch prüfen, ob sich aus diesen Tatsachen der geltend gemachte Anspruch ergibt (vgl. BGE 104 Ia 408 Erw. 4). Die genaue Abklärung des Sachverhalts bleibt dem Hauptverfahren vorbehalten.

2.4 Beide Parteien reichten mit den Rechtsschriften teilweise neue Beilagen ins Recht (act. 5, act. 15). Im Berufungsverfahren richtet sich die Zulässigkeit von Noven nach Art. 317 Abs. 1 ZPO, wonach neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Entgegen dem Wortlaut des Gesetzes sind neue Behauptungen indessen auch in der Berufung unbeschränkt zulässig, wenn der Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären ist (vgl. OGer ZH NQ110056 vom 6. Dezember 2011). Da bei vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sinngemäss anwendbar sind (Art. 276 Abs. 1 ZPO) und das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat (vgl. Art. 271 lit. a in Verbindung mit Art. 272 ZPO; ZK ZPO-SUTTER-SOMM/LAZIC, Art. 272 N 6), sind die neu eingereichten Beilagen zu berücksichtigen.

### 3. Materielles

3.1. Wie bereits im Beschluss vom 25. Oktober 2011 (act. 12) ausgeführt, ist die Frage, ob die Gesuchstellerin ihr Einkommen seinerzeit hätte offenlegen müssen und ob der Gesuchsteller zu überhöhten Unterhaltsbeiträgen an die Gesuchstellerin verpflichtet worden ist, nicht im Abänderungsverfahren, sondern zu einem späteren Zeitpunkt zu klären. Sollte die Vorinstanz dannzumal nicht die Einschätzung des Gesuchstellers bezüglich Feststellung überhöhter Unterhaltsbeiträge teilen, wird er sich mittels des gegen diesen Entscheid zur Verfügung stehenden Rechtsmittels zur Wehr setzen können. Auch die Ausführungen der Parteien bezüglich der unentgeltlichen Rechtspflege und der damit in Zusammenhang stehenden Hypothekarerhöhung der im Miteigentum stehenden Liegenschaft sind nicht weiter zu vertiefen, da über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege des Gesuchstellers bereits mit Beschluss vom 16. November 2011 (act. 16) entschieden wurde.

3.2. Vorsorgliche Massnahmen besitzen keine oder jedenfalls nur eine beschränkte materielle Rechtskraft. Sie sind unter bestimmten Voraussetzungen während der ganzen Dauer des Prozesses abänderbar. Eine solche Abänderung oder Aufhebung einer vorsorglichen Massnahme kann verlangt werden, wenn sich die tatsächlichen Verhältnisse verändert haben, die ihr zugrunde liegen. Erforderlich ist eine erhebliche und dauernde Veränderung der Entscheidungsgrundlage (FamKomm Scheidung/LEUENBERGER, Art. 137 ZGB N 15 f.)

3.3. Der Gesuchsteller beantragt, es sei Dispositivziffer 2 der angefochtenen Verfügung aufzuheben. Weiter seien die von ihm zu leistenden persönlichen Unterhaltsbeiträge an die Gesuchstellerin persönlich auf einen Betrag von monatlich Fr. 80.– bzw. allenfalls Fr. 340.– zu reduzieren und er sei zu verpflichten, ihr jeweils innerhalb von 30 Tagen nach Auszahlung die Hälfte des Nettobetrages des 13. Monatslohnes (abzüglich der Hälfte ihres allfälligen 13. Monatslohnes) und eines allfälligen variablen Lohnanteils zu bezahlen (act. 2 S. 2).

3.4. In der Verfügung vom 16. September 2011 hielt die Vorinstanz in Dispositivziffer 2 fest (act. 10 S. 10):

" 1. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin rückwirkend per 1. Juli 2011 einen persönlichen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'050.– zu bezahlen, zahlbar im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats. Er wird überdies dazu verpflichtet der Gesuchstellerin die Hälfte des ihm ausbezahlten Bonus jeweils 30 Tage nach Auszahlung zu überweisen."

Die Vorinstanz legte ihrem Entscheid die folgende Bedarfsrechnung der Parteien zugrunde (act. 10 S. 5 f.):

<b>Bedarf</b>	<b>Gesuchsteller</b>	<b>Gesuchstellerin</b>
Grundbetrag	1'200.00	1'250.00
Kinderzuschlag	–	1'500.00
Mietkosten / Hypothek	1'553.00	1'186.00
Parkplatz	–	–
Elektrisch/Gas	60.00	–
Nebenkosten	–	1'000.00
Krankenkasse (KVG/VVG)	352.00	1'005.20
Franchise	100.00	–
Haftpflicht/Mobiliar	40.00	56.75
Arbeitsweg	343.00	115.00
Auswärtige Verpflegung / Berufsauslagen	200.00	40.00
PTT (Telefon, Radio, TV)	139.00	139.00
Gesundheitskosten	–	130.00
Kosten für Zahnbehandlung GSin	–	–
Kosten für Zahnbehandlung D._____	–	85.65
Sonderschulheim D._____	–	600.00
Weitere Bedarfspositionen	–	–
<b>Total Bedarf:</b>	<b>3'987.00</b>	<b>7'107.60</b>

3.5. Bezüglich der Bedarfspositionen beanstandet der Gesuchsteller, dass keine Reduktion der Hausnebenkosten auf Fr. 600.– erfolgt sei und dass die Gesundheits- und Arbeitswegskosten der Gesuchstellerin sowie die Kosten für die Zahnbehandlung von D.\_\_\_\_\_ weiterhin im Bedarf der Gesuchstellerin berücksichtigt worden seien (act. 2 S. 24).

3.6. Die Vorinstanz erwog in ihrer Verfügung vom 16. September 2011, dass der Gesuchstellerin bezüglich der Nebenkosten der gemeinsamen Liegenschaft bislang monatlich Fr. 1'000.– angerechnet worden seien. Im Vergleichsvorschlag des Gerichtes sei die Position von Fr. 1'000.– für sämtliche Nebenkosten inkl. Reparaturkosten nicht nur mit den anfallenden Investitionskosten begründet gewesen, sondern auch mit dem Umstand, dass Wohnkosten von insgesamt Fr. 2'200.– für

die Gesuchstellerin und die Kinder durchaus angemessen seien. Daran habe sich auch in der Zwischenzeit nichts geändert, zumal der Gesuchstellerin unter dem Titel Einkommen nach wie vor ein Betrag von Fr. 500.– [recte: 1'000.– vgl. Prot.-I S. 85, act. 9/112 S. 6, act. 10 S. 5] als Wohnanteilsentschädigung ihres Wohnpartners angerechnet werde, was unter dem Strich zu Wohnkosten der Gesuchstellerin mit den Kindern von rund Fr. 1'700.– führe, gegenüber denjenigen des Gesuchstellers alleine von Fr. 1'553.–. Demgemäss sei unter dieser Position nichts zu ändern (act. 10 S. 6 f.).

Der Gesuchsteller führte in seiner Berufungsschrift aus, die Höhe der Hausnebenkosten sei seit Beginn des Verfahrens umstritten gewesen. Die Gesuchstellerin habe am 19. August 2010 eine Vielzahl von Offerten eingereicht, welche den angeblichen Sanierungs- und Unterhaltsbedarf der ehelichen Liegenschaft und vor allem ihre Behauptung belegen sollten, dass tatsächlich monatliche Hausnebenkosten von Fr. 1'000.– anfallen würden. Die Gesuchstellerin habe demgegenüber keine einzige Rechnung und keinen einzigen Zahlungsbeleg für Sanierungs- und Unterhaltsarbeiten eingereicht. Es sei auffallend, dass sieben der acht eingereichten Offerten aus der kurzen Zeit zwischen Versand der Vorladung und der Verhandlung stammen würden, so dass der Schluss nahe liege, dass diese ausschliesslich für die Verhandlung eingeholt worden seien, nicht aber, um tatsächlich umgesetzt zu werden. Weiter falle auf, dass die Gesuchstellerin am 19. August 2010, mithin rund 16 Monate nach der Verhandlung vom 2. April 2009, immer noch die mehr oder weniger gleichen angeblichen Sanierungspositionen geltend mache, wie am 2. April 2009. Zudem sei der Vortrag der Gesuchstellerin zur Fingierung des grösseren Postens "Installation einer Gasleitung im Jahr 2007" in der Höhe von alleine rund Fr. 7'000.– bereits anlässlich der Verhandlung vom 2. April 2009 widersprüchlich gewesen. Sie habe die Kosten der Installation, die eine Abschreibungs- bzw. Amortisationsdauer von wohl gegen 25 Jahre habe, einerseits in die Hausnebenkosten eingerechnet und gleichzeitig behauptet, sie hätte den Gasanschluss aus Erbvorbezügen bezahlt. Sie habe sogar noch eine Bestätigung ihrer Familie beigelegt, in welcher angegeben werde, dass sie einen Betrag von Fr. 30'000.– für den Gasanschluss und die Erneuerung der Heizanla-

ge der Liegenschaft erhalten habe. Es sei auffallend, dass die Gesuchstellerin seit dem 29. April 2009 keinen einzigen Beleg einer bezahlten Rechnung für Unterhaltsarbeiten am Haus vorgelegt habe. Es stehe fest, dass sie offenbar seit Januar 2008 nichts in den Unterhalt der Liegenschaft investiert habe. Er habe bereits am 2. April 2009 darauf hingewiesen, dass die Hausnebenkosten von monatlich Fr. 1'000.– bestritten seien. Es sei nicht nachvollziehbar, dass Handwerkerrechnungen fehlten und dass sachfremde Kosten wie Autokosten eingeschlossen worden seien. Die Sanierungskosten für den Öltank seien einmalig gewesen und seien nicht in die laufenden Nebenkosten einzurechnen (act. 2 S. 13 f.).

Weiter führte der Gesuchsteller aus, für das Jahr 2007 wären von den von der Gesuchstellerin behaupteten Nebenkosten von Fr. 16'135.– die Installationskosten der Gasleitung, die Autokosten sowie die Stromkosten herauszurechnen gewesen, so dass für das Jahr 2007 gerade noch ein Betrag von Fr. 5'220.– bzw. Fr. 435.– pro Monat für Nebenkosten behauptet worden sei. Gleiches gelte für die für das Jahr 2008 geltend gemachten Kosten von Fr. 8'444.60. Würden davon die Auto- und Stromkosten abgezogen, entspreche dies einem Betrag von Fr. 6'106.15 bzw. Fr. 509.– monatlich. Im Durchschnitt für die Jahre 2007 und 2008 ergäbe sich damit ein Betrag von monatlich Fr. 472.– an anrechenbaren Hausnebenkosten. Er habe auch in der Verhandlung vom 19. August 2010 ausdrücklich bestritten, dass spätestens ab dem 1. Januar 2010 höhere Nebenkosten als Fr. 600.– pro Monat anfallen würden, sofern diese nicht substantiiert behauptet und vor allem belegt würden. Es sei von den tatsächlich anfallenden Kosten auszugehen und im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen nicht bereits davon, was allenfalls bezüglich des nahehelichen Unterhalts als angemessene Wohnkosten zu betrachten wären (act. 2 S. 14 f.).

Der Gesuchsteller machte weiter geltend, es habe sich in der Zwischenzeit herausgestellt, dass die Gesuchstellerin den für Renovations- und Unterhaltsarbeiten bestimmten Anteil an den monatlichen Hausnebenkosten gar nicht zweckentsprechend verwendet habe. Es stehe fest, dass sie heute nicht mehr glaubhaft dargetan habe, dass sie tatsächlich Hausnebenkosten von monatlich Fr. 1'000.– bezahle bzw. dass solche anfallen würden. Die im Sommer 2009 allenfalls knapp

noch gegebene Glaubhaftigkeit sei zwischenzeitlich nachhaltig weggefallen, weshalb beantragt werde, noch höchstens Fr. 600.– als Hausnebenkosten im Bedarf der Gesuchstellerin zuzulassen (act. 2 S. 25 f.)

Die Gesuchstellerin führte in der Berufungsantwort aus, die Vorinstanz hätte sich bereits dreimal mit der Frage der Hausnebenkosten befasst. Die Hausnebenkosten von Fr. 1'000.– würden tatsächlich anfallen und seien im vorinstanzlichen Verfahren belegt bzw. hinreichend glaubhaft gemacht worden. Es liege auf der Hand und in der Natur der Sache, dass sie dem Gericht diesbezüglich lediglich Offerten habe einreichen können. Im Rahmen ihrer Möglichkeiten und vor dem Hintergrund, dass der Gesuchsteller seinen Unterhaltsverpflichtungen nicht bzw. nur ungenügend nachgekommen sei, hätten diverse Sanierungs- und Unterhaltsarbeiten an der Liegenschaft vorläufig verschoben werden müssen. Diese Arbeiten würden jedoch nach wie vor anstehen. Die dringlichsten Reparaturen bzw. Renovierungen habe sie im Rahmen ihrer finanziellen Möglichkeiten bereits vorgenommen und auch bezahlt. Dazu reichte sie zwei Rechnungen vom 22. Juni 2011 ein (act. 15/5). Weiter führte sie aus, alle übrigen Behauptungen des Gesuchstellers zu diesem Thema würden ausdrücklich bestritten. Sie würden sich jeglicher Grundlage entziehen. Aufgrund der desolaten finanziellen Situation sei sie im heutigen Zeitpunkt schlicht und einfach nicht in der Lage, diese Reparaturarbeiten vorzunehmen. Dies ändere jedoch nichts an der Tatsache, dass die von der Vorinstanz festgelegten monatlichen Hausnebenkosten entgegen den Behauptungen des Gesuchstellers effektiv Fr. 1'000.– betragen würden (act. 14 S. 7).

Anlässlich der Verhandlung über die Abänderung der vorsorglichen Massnahmen vom 25. August 2011 führte die Gesuchstellerin aus, sie hätte schlicht keine Investitionen tätigen können, obwohl sie nötig gewesen wären. Ein Teil dieser Beiträge sei an das Minus gegangen, das in Bezug auf die Unterhaltsbeiträge seit langem bestehe (Prot.-I S. 95).

Über die Nebenkosten aus den Jahren 2007 und 2008 hat die Gesuchstellerin eine Aufstellung eingereicht (act. 9/18/3 und 3a). Weiter reichte sie eine Vielzahl von Offerten für Reparatur- und Unterhaltsarbeiten ein, welche alle im August

2010 ausgestellt worden sind (vgl. act. 9/109/1-8). Demgegenüber befinden sich nur zwei Rechnungen über ausgeführte Arbeiten bei den Akten, beide vom 22. Juni 2011. Die diesbezüglichen Kosten belaufen sich auf insgesamt rund Fr. 1'800.– (act. 15/5). Es kann somit zusammenfassend festgehalten werden, dass – wie die Gesuchstellerin selber ausführte – in den letzten Jahren keine Investitionen getätigt worden sind. Die Gesuchstellerin begründet dies mit ihrer desolaten finanziellen Situation. Hierzu ist festzuhalten, dass die Gesuchstellerin seit dem 1. März 2010 arbeitstätig ist (act. 9/188/1) und sie gemäss eigenen Ausführungen alleine im Jahre 2010 ein Nettoeinkommen von rund Fr. 20'800.– erzielte (Prot.-I S. 103). Das Einkommen der Gesuchstellerin wurde ihr während gut einem Jahr nicht angerechnet, da weder das Gericht noch der Gesuchsteller davon Kenntnis hatten. Auch wenn der Gesuchsteller seiner Unterhaltspflicht nicht immer hinreichend nachgekommen ist, was vorliegend nicht zu beurteilen ist, erstaunt es doch, dass die Gesuchstellerin mit ihrem zusätzlich erwirtschafteten Einkommen nötig gewordene Investitionen nicht tätigen können. Es kann dem Gesuchsteller insoweit zugestimmt werden, dass im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen von den tatsächlich anfallenden Kosten auszugehen ist. Die Gesuchstellerin führte aus, die von der Vorinstanz festgelegten monatlichen Hausnebenkosten würden entgegen den Behauptungen des Gesuchstellers effektiv Fr. 1'000.– betragen (act. 14 S. 7). Sie unterliess es jedoch, die für die Jahre 2009 und 2010 angefallenen Nebenkosten zu belegen. Die Gesuchstellerin ist ihrer Mitwirkungspflicht nicht nachgekommen, hätte sie die Aufstellungen über die Nebenkosten doch ohne Weiteres einreichen können.

Da die Gesuchstellerin die Nebenkosten für die Liegenschaft für die Jahre 2009 und 2010 nicht belegte, muss anhand der Aufstellungen der Nebenkosten aus den Jahren 2007 und 2008 (act. 9/18/3 und 3a) ein angemessener Durchschnittswert errechnet werden. Die im Jahre 2007 angefallenen Kosten für die Gasleitung von Fr. 7'000.– sind, da sie eine einmalige Investition darstellen und bereits festgestellt wurde, dass in den letzten Jahren nur Investitionen von rund Fr. 1'800.– getätigt worden sind, für die Durchschnittswertberechnung nicht zu berücksichtigen. Berücksichtigt wurden die Positionen Gebäudeversicherung, Feuer/Wasser, Wasser, Gas, Kehricht (die Sackgebühr fällt auch bei einer Mietwoh-

nung an und ist aus dem Grundbetrag zu bezahlen) gemäss den Aufstellungen der Jahre 2007 und 2008 sowie ein Durchschnittswert der letzten Jahre für den allgemeinen Unterhalt. Daraus ergibt sich ein monatlicher Betrag von rund Fr. 700.– für Neben- und Unterhaltskosten der Liegenschaft.

3.7. Die Vorinstanz verwies in der Verfügung vom 16. September 2011 (act. 10 S. 6) bezüglich der Kosten für die Zahnbehandlung von D.\_\_\_\_\_ auf die Verfügung vom 19. September 2010 (act. 9/112) bzw. auf die der Vereinbarung der Parteien über die vorsorglichen Massnahmen zugrunde liegenden Erläuterungen der Bedarfspositionen (act. 9/34). In diesen Erläuterungen wurde zur Begründung der berücksichtigten Höhe der Zahnkosten auf einen Auszug der G.\_\_\_\_\_ für die Steuererklärung 2008 (act. 9/18/17 S. 2) und auf eine Kostenorientierung von Dr. med. dent. H.\_\_\_\_\_ vom 15. März 2009, wonach in den nächsten Jahren ca. Fr. 9'000.– für die Weiterbehandlung und Beendigung der begonnen kieferorthopädischen Behandlung anfallen würden (act. 9/29/28), verwiesen. In der angefochtenen Verfügung wurde im Weiteren festgehalten, dass der Gesuchsteller den Wegfall der Zahnkosten nicht substantiell und glaubhaft begründet habe, weshalb dieser Betrag nach wie vor im Notbedarf zu berücksichtigen sei (act. 10 S. 6).

Zum Wegfall der Kosten für die Zahnbehandlung von D.\_\_\_\_\_ führte der Gesuchsteller aus, er habe bereits anlässlich der Verhandlung vom 19. August 2010 ausdrücklich bestritten, dass diese Kosten weiterhin zu berücksichtigen seien. Es würden keine solchen Kosten anfallen. Würden solche denn tatsächlich anfallen, würden sie im Rahmen der bestehenden G.\_\_\_\_\_ Zusatzversicherung nach VVG vollständig gedeckt. Die Gesuchstellerin selber habe am 19. August 2010 zugegeben, dass mit der besagten Zahnbehandlung bisher weder angefangen worden sei, noch dass demnächst angefangen werden könne (act. 2 S. 15). Wenn die Gesuchstellerin selber sage, sie habe mit der Zahnbehandlung von D.\_\_\_\_\_ keine Kosten, dann rechtfertige es sich nicht, diese Position weiter in ihrem Bedarf zu belassen (act. 2 S. 26).

Die Gesuchstellerin führte in der Berufungsantwort aus, D.\_\_\_\_\_ sei bei Dr. med. dent. H.\_\_\_\_\_ seit Januar 2007 in regelmässiger kieferorthopädischer Behandlung. Die Kieferkorrektur befinde sich aufgrund der retardierten Knochenrei-

fe, welche ein typisches Symptom von D.\_\_\_\_s Wachstumsbehinderung sei, in einer Konsolidierungsphase. Die Gesuchstellerin bezieht sich auf ein Schreiben des Zahnarztes vom 1. November 2011 (act. 15/6), in welchem weiter steht, dass nach dem vollständigen Durchbruch der Seitenzähne die Behandlung weitergeführt werden müsse. Die zahnmedizinische Behandlung sei im Übrigen durch die Versicherung keineswegs gedeckt. Die Versicherungsleistung umfasse unter gewissen Bedingungen lediglich 50 % der effektiven Kosten und maximal Fr. 1'500.– pro Jahr (act. 14 S. 7).

Anlässlich der Verhandlung über die Abänderung der vorsorglichen Massnahmen vom 25. August 2011 wurde die Gesuchstellerin nicht zu den aktuell anfallenden Zahnarztkosten befragt (Prot.-I S. 102 ff.). Hingegen führte die Gesuchstellerin in der persönlichen Befragung anlässlich der Fortsetzung der Hauptverhandlung sowie der Verhandlung über die Abänderung der vorsorglichen Massnahmen vom 19. August 2010 aus, man könne mit der Zahnbehandlung von D.\_\_\_\_ erst anfangen, wenn sein Kiefer ausgewachsen sei. Auf entsprechende Frage, wann dies ungefähr sein wird, antwortete sie, das sei schwierig zu sagen, da D.\_\_\_\_ an einer Wachstumsstörung leide. Auch der Zahnarzt sei nicht in der Lage zu beurteilen, "ob er [D.\_\_\_\_] in ein, zwei oder einem halben Jahr" soweit sein werde (Prot.-I S. 84).

Zunächst kann bezüglich der Kosten für die Zahnbehandlung von D.\_\_\_\_ festgehalten werden, dass zum heutigen Zeitpunkt keine anfallen. Die Gesuchstellerin legte selber bereits am 19. August 2010 dar, dass mit der Fortführung der Zahnbehandlung zuzuwarten sei, allenfalls bis zu zwei Jahren. Auch dem Schreiben von D.\_\_\_\_s Zahnarzt, Dr. med. dent. H.\_\_\_\_ vom 1. November 2011 ist nicht zu entnehmen, wann die Zahnbehandlung abgeschlossen werden kann. Der Zahnarzt führt nur aus, dass die Behandlung nach dem vollständigen Durchbruch der Seitenzähne weitergeführt werden müsse und liess offen, wann es in etwa soweit sein würde (act. 15/6). Da vorsorglichen Massnahmen die tatsächlichen Verhältnisse zugrunde zu legen sind und derzeit keine Zahnbehandlungskosten von D.\_\_\_\_ anfallen, können in der Bedarfsrechnung der Gesuchstellerin auch keine solche Kosten berücksichtigt werden. Der Vollständigkeit halber sei er-

wähnt, dass – entgegen den Ausführungen der Gesuchstellerin (act. 14 S. 7) – dem Detailauszug der G. \_\_\_\_\_ für die Steuererklärung 2008 zu entnehmen ist, dass von der Versicherung 75 % der Zahnkosten übernommen werden und anscheinend auch über einen Betrag von Fr. 1'500.– hinaus (vgl. act. 9/18/17 S. 2).

3.8. Die Vorinstanz führte in der Verfügung vom 16. September 2011 bezüglich der Gesundheitskosten der Gesuchstellerin aus, der Gesuchsteller habe den Wegfall dieser Kosten nicht substantiell und glaubhaft begründet, weshalb diese nach wie vor im Notbedarf zu berücksichtigen seien (act. 10 S. 6).

Zum beantragten Wegfall der Gesundheitskosten der Gesuchstellerin führte der Gesuchsteller in seiner Berufungsschrift aus, die Gesuchstellerin habe dazu keinerlei Belege eingereicht. Aufgrund der konstanten Nichtbelegung der Gesundheitskosten seien diese nicht mehr im Bedarf der Gesuchstellerin zu berücksichtigen (act. 2 S. 26). Anlässlich der Verhandlung über die Abänderung der vorsorglichen Massnahmen vom 25. August 2011 verwies der Gesuchsteller in Zusammenhang mit der Begründung der veränderten Bedarfspositionen auf seine Unterhaltsberechnung, in welcher er für die Gesundheitskosten der Gesuchstellerin keinen Betrag mehr einsetzte und daneben hinschrieb: "fallen nicht mehr an, ausdrücklich bestritten!" (vgl. act. 9/186 S. 9, act. 9/187/18).

Die Gesuchstellerin machte in der Berufungsantwort geltend, die Gesundheitskosten seien belegt (act. 14 S. 10). Tatsächlich befinden sich Unterlagen zu den Gesundheitskosten bei den Akten. Diese beziehen sich jedoch allesamt auf das Jahr 2007 (act. 9/18/12-15). Anlässlich der Verhandlung betreffend Abänderung der vorsorglichen Massnahmen vom 25. August 2011 äusserte sich die Gesuchstellerin nicht zu den Gesundheitskosten (Prot.-I S. 103 ff.).

Der Gesuchsteller hat im Rahmen dieses Abänderungsverfahrens die Gesundheitskosten der Gesuchstellerin bestritten und geltend gemacht, diese würden nicht mehr anfallen (act. 9/187/18). Es stellt sich die Frage, was er bezüglich des Wegfalls dieser Kosten noch hätte substantiell und glaubhaft ausführen können. Es wäre vielmehr an der Gesuchstellerin gewesen, aktuelle Belege über die geltend gemachten Gesundheitskosten einzureichen bzw. anlässlich der Ver-

handlung glaubhaft zu begründen, wieso diese weiterhin im gleichen Umfang anfallen. Dies hat sie nicht getan. Es rechtfertigt sich daher nicht, die Gesundheitskosten der Gesuchstellerin weiterhin in der Bedarfsrechnung zu berücksichtigen.

3.9. In der Verfügung vom 16. September 2011 rechnete die Vorinstanz der Gesuchstellerin für die Arbeitswegskosten ein ZVV Abonnement für die Zonen 10 und 50 im Betrag von Fr. 115.– an. Da sich sowohl das Einkommen als auch die Bedarfszahlen erheblich geändert hätten, erscheine es sachgerecht, die Autokosten aus dem Notbedarf zu streichen und die effektiv anfallenden Kosten für den Arbeitsweg neu in die Bedarfsrechnung aufzunehmen (act. 10 S. 7).

Der Gesuchsteller bestreitet, dass der Gesuchstellerin Arbeitswegskosten zuzugestehen seien, weil sie die wenigen Minuten vom Wohnort an den Arbeitsplatz mit dem Fahrrad zurücklege bzw. zurücklegen könnte. Die Position von Fr. 115.– für ein ZVV-Abo, welches die Gesuchstellerin weder beantragt noch belegt habe, sei zu streichen (act. 2 S. 26). Die Gesuchstellerin führte demgegenüber aus, sie sei auf ein Zonenabo für 3 Zonen angewiesen (act. 14 S. 10). Anlässlich der Verhandlung vom 25. August 2011 erklärte die Gesuchstellerin auf entsprechende Frage, wie sie zur Arbeit gehe, sie nähme ab und zu das Fahrrad und sonst das Auto (Prot.-I S. 110).

Unter Berücksichtigung, dass die Gesuchstellerin mit dem Fahrrad oder dem Auto zur Arbeit fährt, ihr jedoch aufgrund der vorliegenden Verhältnisse keine Autokosten mehr von Fr. 500.– im Bedarf berücksichtigt werden können, rechtfertigt es sich, ihr hierfür den Auslagenersatz wie bei der Benützung der öffentlichen Verkehrsmittel einzusetzen (vgl. dazu Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich zu den Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009, Ziffer III./3.4). Es sind der Gesuchstellerin somit in Übereinstimmung mit der Vorinstanz Fr. 115.– für ein ZVV Abonnement für die Zonen 10 und 50 anzurechnen.

3.10. Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich folgende Bedarfsrechnung:

<b>Bedarf</b>	<b>Gesuchsteller</b>	<b>Gesuchstellerin</b>
Grundbetrag	1'200.00	1'250.00
Kinderzuschlag	–	1'500.00
Mietkosten / Hypothek	1'553.00	1'186.00
Parkplatz	–	–
Elektrisch/Gas	60.00	–
Nebenkosten	–	<b>700.00</b>
Krankenkasse (KVG/VVG)	352.00	1'005.20
Franchise	100.00	–
Haftpflicht/Mobiliar	40.00	56.75
Arbeitsweg	343.00	115.00
Auswärtige Verpflegung / Berufsauslagen	200.00	40.00
PTT (Telefon, Radio, TV)	139.00	139.00
Gesundheitskosten	–	<b>0.00</b>
Kosten für Zahnbehandlung GSin	–	–
Kosten für Zahnbehandlung D. _____	–	<b>0.00</b>
Sonderschulheim D. _____		600.00
Weitere Bedarfspositionen	–	–
<b>Total Bedarf:</b>	<b>3'987.00</b>	<b>6'591.95</b>

3.11. In der angefochtenen Verfügung vom 16. September 2011 erwog die Vorinstanz, dass der Anteil 13. Monatslohn bisher in das monatliche Einkommen des Gesuchstellers eingerechnet worden sei. Es gebe keinen Grund an dieser Regelung etwas zu ändern, zumal der variable Lohnanteil des Gesuchstellers in den nachfolgenden Jahren noch nicht bestimmt werden könne (act. 10 S. 4 f.)

Der Gesuchsteller beantragte demgegenüber, dass der jeweils erst Ende Jahr ausbezahlte 13. Monatslohn nicht in die Berechnung der laufenden Unterhaltsbeiträge einzubeziehen sei, sondern dass er separat verpflichtet werde solle, die Hälfte des jeweiligen Nettobetrages an die Berufungsbeklagte zu überweisen. Dies, weil er über keinerlei Reserven bzw. liquide Mittel mehr verfüge. Die Vorinstanz habe seinen Antrag ohne materielle Begründung abgelehnt und sich nicht ernsthaft mit der Frage des Einbezugs des 13. Monatslohns in der Berechnung

der laufenden Unterhaltsbeiträge befasst. Weiter seien von der Vorinstanz die Interessen der Gesuchstellerin, laufend höhere Unterhaltsbeiträge zu erhalten, seinem Interesse, den 13. Monatslohn nicht vorfinanzieren zu müssen, vorangestellt worden. Es werde dementsprechend auch im Rahmen des Berufungsverfahrens beantragt, dass bei der Bestimmung der laufenden Unterhaltsbeiträge, wie das schon bei einem allfälligen variablen Lohnanteil so angeordnet worden sei, seinen 13. Monatslohn nicht in das laufende Einkommen einzuberechnen. Er sei hingegen separat zu verpflichten, die Hälfte seines 13. Monatslohnes an die Gesuchstellerin zu überweisen, nachdem er diesen erhalten habe, unter Berücksichtigung der Hälfte eines allenfalls an die Gesuchstellerin ausbezahlten 13. Monatslohnes für das gleiche Jahr. Es sei demnach von einem monatlichen Nettoeinkommen von Fr. 8'076.– auszugehen (act. 2 S. 24 f.).

Die Gesuchstellerin führte in der Berufungsantwort aus, die diesbezüglichen Ausführungen des Gesuchstellers würden bestritten. Die vorinstanzliche Begründung sei in allen Punkten zutreffend (act. 14 S. 10).

Dass der 13. Monatslohn zu seinem Einkommen hinzuzuzählen ist, wird vom Gesuchsteller nicht in Frage gestellt. Die Betrachtungsweise der Vorinstanz geht zu Recht vom tatsächlichen Leistungsvermögen des Pflichtigen aus (BGE 117 II 16 Erw. 1b). Indes wehrt sich der Gesuchsteller gegen die Einrechnung des erst Ende Jahr zur Auszahlung gelangenden 13. Monatslohnes in sein monatliches Einkommen, da dies den tatsächlichen Verhältnissen nicht Rechnung trage. Vorliegend wird der 13. Monatslohn einmalig ausbezahlt (vgl. act. 9/187/9 und 11). Das Bundesgericht hat sich zu dieser Frage, ob der Ende Jahr ausbezahlte 13. Monatslohn in das monatliche Einkommen des Leistungspflichtigen einzuberechnen sei, auseinandergesetzt. Es hat festgehalten, dass dem Umstand, dass ein Leistungspflichtiger während elf Monaten teilweise auf Kredit leiste, selbst bei knappen finanziellen Verhältnissen, einer 13. Auszahlung der entsprechend separat berechneten Unterhaltsrente bzw. einer Art Nachzahlung vorzuziehen sei (BGE 5P.172/2002 vom 6. Juni 2002 Erw. 2.2). In Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist der 13. Monatslohn des Gesuchstellers in

sein monatliches Einkommen einzurechnen und es ist ihm demnach ein monatliches Einkommen von Fr. 8'750.– anzurechnen.

3.12. Die Vorinstanz führte bezüglich des Einkommens der Gesuchstellerin aus, dass sie gemäss ihren eigenen Angaben ein 25 % Arbeitspensum habe, was sich auch aus dem eingereichten Arbeitsvertrag ergebe. Dazu habe sie geltend gemacht, pro Monat ein Nettoeinkommen von Fr. 1'590.– zu erzielen. Ihr sei ein entsprechendes Monatseinkommen in dieser Höhe anzurechnen. Zu diesem Betrag seien der Gesuchstellerin die von ihr anerkannten Fr. 1'000.– für den gemeinsam bestrittenen Lebensunterhalt seitens ihres neuen Lebenspartners anzurechnen (act. 10 S. 5, act. 9/112 S. 6).

Der Gesuchsteller macht geltend, es sei der Gesuchstellerin ein Einkommen von rund Fr. 2'100.– netto für ein 40 % Pensum anzurechnen, da sie dieses Einkommen bereits 2010 erzielt habe. Sie hätte nicht geltend gemacht, nicht mehr zu 40 % arbeiten zu können, sondern behauptet, der Arbeitgeber habe das Pensum reduziert, was allerdings durch den von ihr vorgelegten neuen Arbeitsvertrag nicht belegt sei. Der neue Vertrag könne geradeso gut auf freiwilliger Basis eingegangen worden sein. In diesem Falle wäre die freiwillige Einkommensreduktion nicht zu berücksichtigen (act. 2 S. 26 f.).

Die Gesuchstellerin führte bezüglich ihres Einkommens aus, ihr Arbeitspensum liege aktuell im Bereich von rund 25 %, was ihre Arbeitgeberin ausdrücklich bestätige. Die Reduktion ihres Arbeitspensums von ursprünglich 40 % auf nunmehr 25 % sei nicht infolge freiwilliger Einkommensreduktion erfolgt, was ihre Arbeitgeberin ebenfalls bestätige. Dazu reichte sie ein Schreiben ihrer Arbeitgeberin vom 2. November 2011 ein (act. 14 S. 10). In diesem Schreiben wird bestätigt, dass die Gesuchstellerin mit einem flexiblen Anstellungsgrad beschäftigt sei. Das Arbeitspensum könne von Monat zu Monat variieren und richte sich nach den anfallenden Aufträgen sowie nach den Ferienabsenzen anderer Mitarbeiter. Im Frühjahr 2010 habe sich ihr Arbeitspensum auf bis zu 40 % belaufen, wobei ein Teil hiervon durch Einarbeitung in die neue Materie sowie durch eine Systemumstellung bedingt gewesen seien. Seit 2011 liege es im Bereich von ca. 25 % (act. 15/8).

Bei den Akten befindet sich eine Aufstellung über die Lohnabrechnungen der Gesuchstellerin von Januar bis Juli 2011 (act. 9/188/4). Aus dieser Aufstellung geht hervor, dass die Gesuchstellerin in diesen Monaten im Durchschnitt ein Nettoeinkommen von rund Fr. 1'590.– erzielte. Dies wurde von der Gesuchstellerin anlässlich der Verhandlung vom 25. August 2011 auch so bestätigt (Prot.-I S. 103). Wie der Gesuchsteller richtig ausführte, kann, wenn eine Partei ihr Einkommen freiwillig vermindert hat, sie aber wieder ein höheres Einkommen erzielen könnte und ihr dies auch zumutbar wäre, für die Festsetzung der Unterhaltsbeiträge auf dieses hypothetische, höhere Einkommen abgestellt werden (vgl. BGE 119 II 314 Erw. 4 a). Wie die Arbeitgeberin der Gesuchstellerin ausführte, ist die Reduktion ihres Arbeitspensums auf sachliche Gründe zurückzuführen. Eine Arbeitspensumsreduktion von 40 % auf 25 % im laufenden Scheidungsverfahren ist nicht zu begrüssen. Es kann jedoch vorliegend nicht von einer freiwilligen Einkommensverminderung ausgegangen werden. Es ist allerdings festzuhalten, dass es der Gesuchstellerin offensichtlich zumutbar wäre, mit einem Arbeitspensum von 40 % ein Einkommen in der Höhe von rund 2'100.– zu erzielen, ging sie doch im Jahre 2010 einer Arbeitstätigkeit in diesem Umfang nach. Aufgrund der nicht nachgewiesenen freiwilligen Einkommensverminderung ist auf die Abstellung eines hypothetischen Einkommens im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen zu verzichten. Der Gesuchstellerin ist somit, unter Berücksichtigung der Fr. 1'000.– von ihrem Lebenspartner, ein Einkommen von monatlich Fr. 2'590.– anzurechnen.

3.13. Aufgrund der veränderten Bedarfszahlen ergibt sich folgende Unterhaltsberechnung:

<b>Bedarfsrechnung</b>	<b>Betrag</b>
Bedarf Ehemann	3'987.00
Bedarf Ehefrau (gerundet)	6'592.00
<b>Total Bedarf</b>	<b><u>10'579.00</u></b>

Einkommen Ehemann	8'750.00
Einkommen Ehefrau	2'590.00
<b>Total Einkommen</b>	<b><u>11'340.00</u></b>
<b>Überschuss</b>	<b><u>761.00</u></b>
<b><u>Berechnung Unterhaltsbeitrag:</u></b>	
Bedarf Ehefrau	6'592.00
./.. Einkommen Ehefrau	2'590.00
+ ½ Überschuss	380.50
<b>UNTERHALTSBEITRAG total</b>	<b><u>4'382.50</u></b>

3.14. Der vom Gesuchsteller zu leistende monatliche Unterhaltsbeitrag an die Gesuchstellerin persönlich beträgt demnach, gestützt auf diese Rechnung und unter Berücksichtigung der unveränderten Kinderunterhaltsbeiträge von insgesamt Fr. 3'600.– (Fr. 1'200.– pro Kind), gerundet Fr. 780.–. Im darüber hinaus gehenden Umfang ist die Berufung abzuweisen.

#### 4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Es rechtfertigt sich, über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens bereits im vorliegenden Entscheid zu befinden und nicht bis zum Endentscheid zuzuwarten (Art. 104 Ziff. 3 ZPO).

4.2. Der Gesuchsteller obsiegt, bezogen auf den Streitwert von Fr. 34'920.– der Unterhaltsbeiträge, mit seinen Berufungsanträgen zu rund einem Viertel; die Gesuchstellerin entsprechend zu drei Vierteln. In Anwendung von Art. 106 Abs. 2 ZPO sind die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren dem Gesuchsteller zu drei Vierteln, der Gesuchstellerin zu einem Viertel aufzuerlegen und mit dem geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen sowie im Mehrbetrag zurückzuerstatten. Die Gesuchstellerin hat dem Gesuchsteller vom geleisteten Vorschuss Fr. 525.– zu ersetzen (Art. 111 Abs. 2 ZPO). Für die Parteientschädigung sind die jeweiligen Bruchteile der vollen tarifgemässen Entschädigung zu verrechnen.

4.3. Auf das Feststellungsbegehren betreffend überhöhter Unterhaltsleistungen des Gesuchstellers wurde mit Beschluss vom 25. Oktober 2011 (act. 12) nicht eingetreten, weshalb der Gesuchsteller diesbezüglich vollständig unterliegt. Unter Berücksichtigung des sehr geringen Zeitaufwandes für die Beurteilung des Feststellungsbegehrens und der kurzen Begründung des Nichteintretens, rechtfertigt es sich, von der Auferlegung der Gerichtskosten für das Feststellungsbegehren abzusehen. Die Gesuchstellerin hatte sich aufgrund des sofortigen Nichteintretens auf das Feststellungsbegehren auch nicht dazu zu äussern, weshalb diesbezüglich auch keine Parteientschädigung geschuldet ist.

4.4. Für die Berechnung der Gerichts- und Anwaltsgebühren sind die Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) und die Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV) massgebend. Die Entscheidgebühr ist gestützt auf § 4 Abs. 1 und 3, § 8 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 2'100.– festzusetzen.

In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 3, § 9 und § 13 AnwGebV ist die volle Parteientschädigung auf Fr. 2'720.– festzusetzen. Der Gesuchsteller hat die Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren demnach mit Fr. 1'360.– zu entschädigen (reduziert, ohne Zuschlag). Ein Mehrwertsteuerzusatz wurde nicht verlangt und ist daher nicht zuzusprechen (vgl. Kreisschreiben der Verwaltungskommission der Obergerichts Zürich vom 17. Mai 2006).

#### **Es wird erkannt:**

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung wird Ziffer 2 des Dispositivs des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Horgen vom 16. September 2011 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:
  - "2. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin rückwirkend per 1. Juli 2011 einen persönlichen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 780.– zu bezahlen, zahlbar im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats. Er wird überdies dazu verpflichtet der Gesuchstellerin die Hälfte des ihm ausbezahlten Bonus jeweils 30 Tage nach Auszahlung zu überweisen."

Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen und der Entscheid der Vorinstanz bestätigt.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'100.– festgesetzt.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Gesuchsteller zu drei Vierteln und der Gesuchstellerin zu einem Viertel auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– verrechnet sowie im Mehrbetrag zurückerstattet. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsteller vom geleisteten Vorschuss Fr. 525.– zu ersetzen.
4. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'360.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die Obergerichtskasse sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Horgen, 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, in einem Massnahmeverfahren im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt rund Fr. 35'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer  
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Graf

versandt am: