

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY120048-O/U

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, lic. iur. M. Spahn und
Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin lic. iur.
J. Freiburghaus

Beschluss und Urteil vom 20. Februar 2013

in Sachen

A. _____,

Beklagter/Massnahmekläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Klägerin/Massnahmebeklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **vorsorgliche Massnahmen (Unterhalt)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 30. Oktober 2012 (FE120049)

**Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Uster vom
30. Oktober 2012:**

1. Das Gesuch des Beklagten um Anordnung vorsorglicher Massnahmen wird abgewiesen.
2. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen werden im Endentscheid geregelt.
3. [Schriftliche Mitteilung]
4. [Rechtsmittelbelehrung]

Berufungsanträge:

des Beklagten (Urk. 1 S. 2):

- "1. Die Verfügung des Bezirksgerichts Uster vom 30. Oktober 2012 sei aufzuheben, soweit sie die Frage der vorsorglichen Massnahmen betrifft; der Notbedarf des Beklagten sei neu zu berechnen und die monatlichen Unterhaltszahlungen entsprechend den aktuellen Bedarfswerten inkl. einer Reserve anzupassen. Bezüglich der Wohnkosten sei dem Gesuchsteller eventualiter eine Übergangsfrist bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin zu gewähren.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen inkl. MWST zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

Prozessualer Antrag (Urk. 1 S. 2, sinngemäss)

Dem Beklagten sei die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

der Klägerin (Urk. 8 S 2):

- "1.1 Der Berufungsbeklagten sei die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und der Unterzeichner sei ihr als unentgeltlicher Rechtsbeistand zur Seite zu stellen.

- 1.2 Der Berufungsbeklagten sei Frist bis 15. Januar 2013 einzuräumen, um aktuelle Unterlagen zu ihren Vermögensverhältnissen nachzureichen.
2. Die Berufung sei abzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen inkl. MWST zu Lasten des Berufungsklägers zuzüglich 8% MWST."

Erwägungen:

I.

1. Mit Urteil vom 20. Oktober 2011 regelte das Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster das Getrenntleben der Parteien (Urk. 5/2/21). Seit dem 9. Februar 2012 stehen die Parteien vor Vorinstanz im Scheidungsverfahren (act. 5/1). Am 27. Juni 2012 stellte der Beklagte/Massnahmekläger und Berufungskläger (fortan Beklagter) ein Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen, mit welchem er die Neuberechnung seines Existenzminimums und die entsprechende Anpassung der in Dispositiv Ziffer 5/5 der Eheschutzvereinbarung vom 20. Oktober 2011 festgesetzten monatlichen Kinderunterhaltsbeiträge beantragte (Urk. 5/37 S. 2). Die Parteien wurden auf den 24. Juli 2012 zur Instruktionverhandlung (Vergleichsgespräche) sowie zur Verhandlung über die vorsorglichen Massnahmen vorgeladen, wobei anlässlich dieser Verhandlung keine Einigung erzielt werden konnte (Prot. I S. 30). Mit Verfügung vom 30. Oktober 2012 wies die Vorinstanz das Massnahmebegehren des Beklagten ab (Urk. 2).

2. Hiergegen hat der Beklagte am 12. November 2012 fristgerecht Berufung erhoben (Urk. 5/50) und stellte die vorstehend wiedergegebenen Berufungsanträge (Urk. 1 S. 2). Mit Verfügung vom 17. Dezember 2012 wurde der Klägerin/Massnahmebeklagten und Berufungsbeklagten (fortan Klägerin) Frist zur Einreichung der Berufungsantwort sowie zur Stellungnahme zum Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes angesetzt (Urk. 7), welche diese mit Eingabe vom

21. Dezember 2012 innert Frist erstattete und die vorstehend wiedergegebenen Anträge stellte (Urk. 8). Mit Verfügung vom 9. Januar 2013 wurde dem Beklagten die Berufungsantwort zur Kenntnisnahme zugestellt und ihm Frist zur Stellungnahme zum Armenrechtsgesuch der Klägerin angesetzt (Urk. 14), welche der Beklagte mit Eingabe vom 21. Januar 2013 erstattete (Urk. 15). Diese wurde der Klägerin zur Kenntnisnahme zugestellt (vgl. Urk. 15).

II.

1. Vorbemerkungen

1.1 Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sind einzig die Unterhaltsbeiträge an die Kinder C._____ und D._____. Art. 296 ZPO statuiert für Kinderbelange und somit auch hinsichtlich des Kinderunterhalts den Untersuchungs- und Officialgrundsatz, weshalb das Gericht in diesem Bereich den Sachverhalt von Amtes wegen erforscht und ohne Bindung an die Parteianträge entscheidet. In prozessualer Hinsicht ist sodann anzumerken, dass in allen Instanzen sowohl echte als auch unechte Noven zulässig sind (Schweighauser, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm, Art. 296 ZPO N 22).

1.2. Auf die Parteivorbringen ist im Folgenden insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidfindung erforderlich ist.

2. Prozesshintergrund

2.1. Im Rahmen des Eheschutzverfahrens haben sich die Parteien über die vom Beklagten zu bezahlenden monatlichen Kinderunterhaltsbeiträge geeinigt und diese auf monatlich Fr. 900.– pro Kind, zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen, festgesetzt (vgl. Urk. 5/2/21). Der Vereinbarung lagen folgende finanzielle Verhältnisse der Parteien zugrunde:

- monatliches Erwerbseinkommen Klägerin

Netto (inkl. Hilflosenentschädigung für C._____): Fr. 1'916.–

- monatliches Erwerbseinkommen Beklagter Netto (inkl. 13. Monatslohn):	Fr. 5'117.–
- Vermögen Klägerin:	Fr. 0.–
- Vermögen Beklagter:	Fr. 0.–
- Notbedarf Klägerin mit Kinder:	Fr. 4'765.–
- Notbedarf Beklagter:	Fr. 3'288.–

2.2. Der Beklagte beantragte im Rahmen seines Massnahmebegehrens im Scheidungsverfahren – wie erwähnt – die Abänderung der eheschutzrichterlichen Massnahmen. Als Abänderungsgrund führte er erhöhte Wohn- und Autokosten an. Der Beklagte ist im März 2012 von seiner 1-Zimmerwohnung an der E. _____ - Strasse ... in F. _____, für welche er einen monatlichen Mietzins von Fr. 1'120.– bezahlte, in eine 3-Zimmerwohnung an der G. _____ - Strasse ... in H. _____ mit einem monatlichen Mietzins von Fr. 1'560.– umgezogen.

2.3. Die Vorinstanz hat das Massnahmebegehren des Beklagten abgewiesen. Sie begründete ihren Entscheid damit, dass der Umzug von einer 1-Zimmerwohnung in eine 3-Zimmerwohnung, deren Mietzins um monatlich Fr. 440.– höher sei, zwar eine wesentliche und dauerhafte Veränderung der Verhältnisse darstelle, doch seien die erhöhten Wohnkosten selbstverschuldeter Natur, nachdem der Beklagte in keiner Weise gezwungen gewesen sei, seine 1-Zimmerwohnung in F. _____ zu kündigen. Die geltend gemachten erhöhten Autokosten seien eine direkte Folge des Umzugs in die teurere Wohnung (Urk. 2 S. 7 f.).

3. Wohnkosten

3.1. Der Beklagte begründet seinen Umzug in eine grössere und teurere Wohnung wie bereits vor Vorinstanz damit, dass er mehr Platz benötigt habe, damit seine Kinder bei ihm übernachten könnten. Dass der Eheschutzrichter ein Übernachtungsbesuchsrecht aufgrund der Wohnverhältnisse des Beklagten kategorisch ausgeschlossen habe, nun aber die Vorinstanz dem Beklagten keine Wohnung, in welcher seine Kinder übernachten könnten, zubillige, sei nicht nachvollziehbar (nachstehend Erw. 3.3.a). Er habe bereits anlässlich der Eheschutzver-

handlung vom 25. Oktober 2011 erklärt, dass es sich bei der Miete der 1-Zimmerwohnung lediglich um eine Übergangslösung gehandelt habe. Aufgrund seiner finanziellen Lage und der Kündigungsfrist von drei Monaten habe er nicht riskieren können, über eine gewisse Zeit für zwei Wohnungen aufkommen zu müssen, weshalb er sich gezwungen gesehen habe, die Wohnung aufzugeben, bevor er eine neue gefunden habe (nachstehend Erw. 3.3.b). Infolge einer Betreuung seien seine intensiven Suchbemühungen erfolglos geblieben. Den Betreibungsregistereintrag habe er schliesslich bereinigen können. Mit Hilfe einer Bekannten habe er schlussendlich die Zusage für die Wohnung in H. _____ erhalten (nachstehend Erw. 3.3.c). Nachdem die Vorinstanz die veränderten Umstände selber in die Unterhaltsberechnung (Urk. 4/6) aufgenommen habe und damit der Umzug in eine günstigere Wohnung zum Zeitpunkt, als die Wohnung per Ende September 2012 noch hätte gekündigt werden können, gar nicht zur Debatte gestanden sei, könne ihm nicht vorgeworfen werden, er habe sich seit seinem Einzug in die neue Wohnung nicht um eine günstigere Wohnung bemüht (nachstehend Erw. 3.3.d). Überdies seien die aktuellen Wohnkosten von Fr. 1'560.– nicht überhöht, zumal auch Sozialämter Wohnungen in dieser Preislage finanzieren würden (nachstehend Erw. 3.3.e); (Urk. 1 S. 5 f.).

3.2. Die Klägerin stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass der Beklagte nicht gezwungen gewesen sei, seine günstige Wohnung aufzugeben, bevor er eine Wohnung, welche seinen wirtschaftlichen Verhältnissen entsprochen hätte, gefunden habe. Zudem wäre es dem Beklagten bei entsprechenden Suchbemühungen möglich gewesen, eine günstigere Wohnung zu finden. Eine Recherche über eine elektronische Wohnsuchmaschine habe nämlich gezeigt, dass in I. _____ und Umgebung (z.B. in ..., ..., ..., ..., ..., ..., ... usw.) zahlreiche 3-Zimmerwohnungen angeboten würden. Der Beklagte habe keine solche Suchbemühungen glaubhaft gemacht. Dass die Miete für die aktuelle Wohnung im Verhältnis zu den wirtschaftlichen Verhältnissen des Beklagten sowie denjenigen der Restfamilie übermässig sei, sei dem Beklagten seit dem Eheschutzverfahren bewusst gewesen, wo er sich mit Mietkosten von Fr. 1'200.– in seinem Bedarf einverstanden erklärt habe (Urk. 8 S. 5 ff.).

3.3. Gemäss den zutreffenden vorinstanzlichen Ausführungen (vgl. Erw. 2.2.1.-2.2.4. der angefochtenen Verfügung) bedarf es für die Abänderung von eheschutzrichterlichen Massnahmen durch den Scheidungsrichter einer wesentlichen, dauerhaften und unvorhersehbaren Veränderung von tatsächlichen Verhältnissen, wobei eine Abänderung ausgeschlossen ist, wenn der gesuchstellende Ehegatte die Veränderung der Verhältnisse selbstverschuldet hat, beispielsweise indem er unbegründet teure Ausgaben tätigt.

a) Wie bereits die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat (vgl. Erw. 2.3.7. des angefochtenen Entscheids), ist die Begründung des Beklagten, wonach er seine 1-Zimmerwohnung zwecks Erlangung eines ausgedehnteren Besuchsrechts aufgegeben habe, vor dem Hintergrund, dass damals keinerlei Anhaltspunkte für eine Erweiterung der Besuchsrechtsregelung bestanden haben und auch heute nicht bestehen – der Beklagte hat in seinem Massnahmebegehren keine Abänderung der Besuchsrechts gefordert – nicht überzeugend. Es muss deshalb davon ausgegangen werden, dass der Beklagte andere Gründe für den Umzug in die grössere und teurere Wohnung hatte. Der Vorwurf des Beklagten, wonach die Vorinstanz ihm keine Wohnung zubillige, in welcher seine Kinder übernachten könnten, zielt ins Leere. Dem Beklagten wurde der Umzug in eine grössere Wohnung nicht versagt, allerdings wird erwartet, dass die Mietkosten seinen finanziellen Verhältnissen entsprechen.

b) Sodann ist das Argument des Beklagten, wonach dieser aufgrund seiner finanziellen Lage und der Kündigungsfrist von drei Monaten nicht habe riskieren können, über eine gewisse Zeit für zwei Wohnungen aufkommen zu müssen, weshalb er sich gezwungen gesehen habe, die Wohnung aufzugeben, bevor er eine neue gefunden habe, nicht nachvollziehbar. Da dem Beklagten kein Besuchsrecht mit Übernachtung gewährt wurde, war er in keiner Weise gezwungen, seine 1-Zimmerwohnung in F. _____ aufzugeben. Auch vermag der Beklagte aus dem Vorbringen, wonach er bereits anlässlich der Eheschutzverhandlung erklärt habe, dass es sich bei dem Umzug in die 1-Zimmerwohnung in F. _____ lediglich um eine Übergangslösung gehandelt habe, die baldige freiwillige Kündigung seiner ehemaligen Wohnung in keiner Weise zu rechtfertigen. Bereits die Vorinstanz

hat zutreffend ausgeführt, dass es ihm vielmehr zumutbar gewesen wäre, sich zu Gunsten seiner Kinder in seinen finanziellen Verhältnissen einzuschränken und vorerst in der 1-Zimmerwohnung zu verbleiben, bis ihm der Umzug in eine grössere, seinen finanziellen Verhältnissen entsprechende Wohnung möglich gewesen wäre.

c) Auch verfährt das Vorbringen des Beklagten, wonach seine intensiven Suchbemühungen aufgrund einer Betreuung erfolglos gewesen seien, nicht. Die Betreuung wurde gemäss eigenen Angaben des Beklagten wieder gelöscht (Urk. 1 S. 4), weshalb es ihm spätestens ab jenem Zeitpunkt möglich gewesen wäre, sich um eine Wohnung, welche seinen finanziellen Verhältnissen entsprechen hätte, zu bemühen. Im Übrigen hat schon die Vorinstanz zutreffend festgestellt, dass es sich bei den vom Beklagten angeführten intensiven Suchbemühungen um unsubstantiierte Behauptungen handelt. Der Beklagte hat – mit einer Ausnahme (vgl. Urk. 5/38/5) – konkrete Anstrengungen weder rechtsgenügend glaubhaft gemacht noch belegt. Nach dem Gesagten ist in Übereinstimmung mit der Vorinstanz festzuhalten, dass nicht ersichtlich ist, inwiefern der freiwillige Umzug in eine Wohnung mit erheblich höherem Mietzins nicht unverschuldeter Natur sein soll.

d) Sodann vermag der Beklagte aus dem Umstand, dass in der Notbedarfsberechnung, welche anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 23. April 2012 erstellt wurde (Urk. 5/21) und worin beim Beklagten Wohnkosten von Fr. 1'560.– berücksichtigt wurden, nichts zu seinen Gunsten abzuleiten. Bei der genannten Notbedarfsberechnung handelt es sich lediglich um eine Verhandlungsbasis im Rahmen der Einigungsverhandlung im Scheidungsverfahren, weshalb daraus nicht abgeleitet werden durfte, dass die aktuellen Wohnkosten in vollem Umfang Berücksichtigung finden würden, wenn die Vorinstanz über das Massnahmebegehren einen Entscheid fällen muss. Vielmehr musste dem Beklagten aufgrund der sehr knappen finanziellen Verhältnisse der Parteien bewusst sein, dass ihm im Entscheidfall nicht um Fr. 440.– höhere Wohnkosten zugestanden würden.

e) Schliesslich ist auch der Einwand des Beklagten, wonach die aktuellen Wohnkosten von Fr. 1'560.– nicht überhöht seien, weil auch Sozialämter Woh-

nungen in dieser Preislage finanzieren würden, unbegründet. Zum einen beurteilt sich die Angemessenheit der Wohnkosten anhand der finanziellen Verhältnisse der Parteien und nicht aufgrund der Richtlinien von Sozialämtern. Zum andern ist vorliegend nicht die Angemessenheit der Wohnkosten an sich zu prüfen, sondern es ist zu beurteilen, ob die wesentlich höheren Wohnkosten einen Abänderungsgrund für die eheschutzrichterlichen Massnahmen bilden.

f) Zusammenfassend kann daher in Übereinstimmung mit den vorinstanzlichen Erwägungen festgehalten werden, dass der Beklagte nicht glaubhaft gemacht hat, dass seine veränderte Wohnsituation unverschuldeter Natur ist. Die höheren Mietkosten stellen als unbegründet teure Ausgaben keinen zulässigen Abänderungsgrund für die eheschutzrichterliche Massnahme dar. Zudem ist der Klägerin beizupflichten, dass über die Internetplattform Homegate (www.homegate.ch) diverse Angebote für 3-Zimmerwohnungen im Einzugsgebiet der Stadt I. _____ zu einem Mietzins von ca. Fr. 1'200.– gefunden werden können. Überdies wäre es dem Beklagten ohne Weiteres zuzumuten, in eine 2-Zimmerwohnung zu ziehen, für welche Kategorie die Angebote noch zahlreicher sind.

g) Bei dieser Sachlage ist auch dem Eventualstandpunkt des Beklagten (Urk. 1 S. 2, S. 10 f.) kein Erfolg beschieden. Können die gestiegenen Wohnkosten nicht als Abänderungsgrund anerkannt werden, besteht kein Anlass, dem Beklagten den aktuellen Mietzins im Sinne einer Übergangsregelung bis zum Bezug einer günstigeren Wohnung – was frühestens drei Monate ab Entscheidzeitpunkt der Fall sein soll (Urk. 1 S. 10) – dennoch zuzubilligen.

4. Fahrzeugkosten

4.1. Die Vorinstanz ist nicht näher auf die vom Beklagten geltend gemachten erhöhten Fahrzeugkosten eingegangen, da diese eine direkte Folge des Umzugs des Beklagten in die teurere Wohnung seien. Ohne Umzug hätte sich der Arbeitsweg des Beklagten nicht verlängert und die Fahrzeugkosten hätten sich entsprechend nicht erhöht (Urk. 2 S. 9).

4.2. Der Beklagte macht berufsungsweise geltend, die durch den Umzug entstandenen Mehrkosten für das Benzin würden nur unwesentlich ins Gewicht fallen. Vielmehr sei es illusorisch, dass die im Eheschutzentscheid zuerkannten Fr. 300.– für Fahrzeugkosten zur Finanzierung eines Fahrzeuges ausreichen. Sozialämter würden auf Basis der SKOS-Richtlinien bei der Notwendigkeit eines Autos die Benzinkosten (Fr. 0.20/km), die Kosten für die Haftpflichtversicherung, die Verkehrssteuern, sämtliche Reparaturen sowie die Anschaffungskosten für ein Ersatzfahrzeug vergüten. Die genannten Positionen würden sich beim Beklagten auf monatlich Fr. 415.– belaufen (Urk. 1 S. 7 f.).

4.3. Die Klägerin erachtet die vorinstanzliche Erwägung betreffend die Fahrzeugkosten als zutreffend. Im Übrigen seien die im Eheschutzverfahren angerechneten Fahrzeugkosten von Fr. 300.– pro Monat sehr grosszügig bemessen worden (Urk. 8 S. 10).

4.4. Aus den Akten ist ersichtlich, dass der Beklagte im Rahmen des Eheschutzverfahrens ursprünglich Fahrzeugkosten in der Höhe von deutlich mehr als Fr. 300.– geltend gemacht hatte (vgl. Urk. 5/2/17 S. 8-10). Offenbar sind die Parteien im Rahmen der Notbedarfsberechnung beim Beklagten schliesslich von Fahrzeugkosten von Fr. 300.– pro Monat ausgegangen. Dies geht aus der Existenzminimumsberechnung vom 17. Oktober 2011, welche mit dem Vermerk "intern" zu den Eheschutzakten genommen wurde, hervor. Wenn der Beklagte sich nun auf den Standpunkt stellt, dass die Fahrzeugkosten zu tief bemessen worden seien, obwohl er anlässlich der Eheschutzverhandlung Kosten von Fr. 300.– akzeptierte, verhält er sich widersprüchlich. Zudem ist der Beklagte darauf hinzuweisen, dass er gegen das Urteil vom 20. Oktober 2011 ein Rechtsmittel hätte ergreifen müssen, falls er mit der mit vorgenanntem Urteil genehmigten Unterhaltsvereinbarung nicht einverstanden gewesen wäre, zumal er damals schon Fahrzeugkosten von deutlich mehr als Fr. 300.- geltend gemacht hatte (Urk. 5/2/17 S. 8 Rz. 22). Dass sich seit der damaligen Eheschutzverhandlung die Verhältnisse geändert haben, wird nicht geltend gemacht, weshalb eine Abänderung ausser Betracht fällt. Lediglich der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass die Begründung des Beklagten, wonach die Anrechnung von Fahrzeugkosten in der

Höhe von Fr. 300.– unter Hinweis auf die SKOS-Richtlinien zu tief sei, ohnehin nicht zielführend ist. Mit der Berufung auf die SKOS-Richtlinien übersieht der Beschwerdeführer, dass sich die Festlegung der Unterhaltsbeiträge nach zivilrechtlichen Grundsätzen richtet und deshalb für die Anwendung der SKOS-Richtlinien kein Raum bleibt (BGer 5P.172/2002, E.2.3.4).

4.5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beklagte mit Bezug auf die Fahrzeugkosten keinen Abänderungsgrund geltend macht, weshalb die Berufung auch in diesem Punkt nicht durchdringt.

5. Auswärtige Verpflegung

5.1. Mit Bezug auf die Kosten für auswärtige Verpflegung macht der Beklagte geltend, dass die SKOS-Richtlinien pro Arbeitstag Auslagen für auswärtige Verpflegung von Fr. 8.– bis Fr. 10.– berücksichtigen würden, was bei 20 Arbeitstagen pro Monat Auslagen von Fr. 160.– bis Fr. 200.– entspreche (Urk. 1 S. 8).

5.2. Die Klägerin stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass der Beklagte bezüglich der Kosten für auswärtige Verpflegung keine Veränderung der Verhältnisse seit dem Eheschutzverfahren glaubhaft gemacht habe (Urk. 8 S. 10).

5.3. Der erwähnten Notbedarfsberechnung kann entnommen werden, dass im Notbedarf des Beklagten Kosten für auswärtige Verpflegung von Fr. 100.– pro Monat berücksichtigt wurden. Der Klägerin ist beizupflichten, dass der Beklagte weder behauptet, geschweige denn glaubhaft gemacht hat, dass sich die Kosten für die auswärtige Verpflegung aufgrund veränderter Verhältnisse erhöht hätten. Er begründet die höheren Kosten nicht mit veränderten Verhältnissen, sondern mit einer anderen Berechnungsweise, indem er die Essenskosten unter Beizug der SKOS-Richtlinien errechnet, für deren Anwendung jedoch wie erwähnt kein Raum bleibt. Damit erweist sich die Berufung auch in diesem Punkt als unbegründet.

6. Versicherungskosten

6.1. Schliesslich macht der Beklagte eine Zunahme von Fr. 5.– der Kosten für die Hausratsversicherung sowie um Fr. 37.– gestiegene Krankenkassenkosten geltend (Urk. 1 S. 10).

6.2. Die Klägerin macht mit Bezug auf die Kosten für die Haftpflichtversicherung geltend, dass diese nicht in den betriebsrechtlichen Notbedarf gehören würden. Mit Bezug auf die Krankenkassenkosten stellt sich die Klägerin auf den Standpunkt, dass diese eine Folge des Umzugs in den Kanton J._____ darstellen würden, da im Kanton J._____ geringere Prämienverbilligungen gewährt würden. Vor dem Hintergrund, dass die Auslagen des Beklagten für den Arbeitsweg und die Arbeitskleidung im Eheschutzverfahren grosszügig bemessen worden seien, wäre eine Abänderung der Unterhaltsbeiträge ohnehin nicht gerechtfertigt (Urk. 8 S. 10).

6.3. Wie erwähnt ist Voraussetzung für die Abänderung der eheschutzrichterlichen Massnahmen durch den Scheidungsrichter die wesentliche und dauerhafte Veränderung von tatsächlichen Verhältnissen, welche unvorhersehbar gewesen sein muss. Von einer wesentlichen Veränderung der Verhältnisse im Sinne von Art. 179 ZGB ist dann auszugehen, wenn die Fortdauer der bisherigen Massnahme Treu und Glauben widerspäche (BSK ZGB I-Isenring/Kessler, N 3-6 zu Art. 179 ZGB).

a) Die vom Beklagten geltend gemachten gestiegenen Kosten für die Haftpflichtversicherung und die Krankenkasse gehen aus den eingereichten Belegen (Urk. 4/11 und 4/12) hervor. Entgegen der Klägerin sind die Kosten für die Haftpflichtversicherung in der Notbedarfsberechnung zu berücksichtigen, doch handelt es sich bei einer Kostensteigerung von Fr. 5.– keineswegs um eine erhebliche Veränderung der Verhältnisse im Sinne von Art. 179 ZGB.

b) Die gestiegenen Krankenkassenkosten stellen aus nachfolgenden Gründen keinen zulässigen Abänderungsgrund dar. Nach Abzug der monatlichen Kinderunterhaltsbeiträge von je Fr. 900.– sowie des Notbedarfs von Fr. 3'288.– vom

Nettoeinkommen des Beklagten von Fr. 5'117.– verbleibt diesem ein Überschuss von Fr. 89.–. Damit ist der Beklagte in der Lage, die um Fr. 37.– gestiegenen Krankenkassenkosten ohne Eingriff in sein Existenzminimum zu tragen. Dies ist ihm mit Blick auf den Umstand, dass die Klägerin als unterhaltsberechtigter Partei ein Manko von Fr. 1'049.– zu tragen hat sowie vor dem Hintergrund, dass gegenüber unmündigen Kindern besonders hohe Anforderungen an die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen zu stellen sind, auch zumutbar.

7. Einkommen Beklagter

Der Beklagte macht berufsweise geltend, dass sich sein Einkommen auf Fr. 4'701.70 netto belaufe (Urk. 1 S. 10), ohne indes zu behaupten, geschweige denn glaubhaft zu machen, dass sich sein Einkommen seit dem Eheschutzverfahren reduziert habe. Eine Reduktion seines Einkommens geht aus den Akten denn auch nicht hervor. Aus einem Vergleich der Lohnabrechnung von Oktober 2012 (Urk. 4/17) mit derjenigen von Dezember 2011 (Urk. 5/13/11) ist ersichtlich, dass der Bruttolohn des Beklagten unverändert Fr. 5'510.– beträgt. Der Nettolohn betrug im Dezember 2011 Fr. 5'185.50 und im Oktober 2012 Fr. 4'701.70. Die Reduktion des Nettolohns lässt sich damit erklären, dass die Kinderzulagen von Fr. 490.– pro Monat offenbar direkt an die Klägerin ausbezahlt werden, nachdem sie sich nicht mehr in der Lohnabrechnung des Beklagten vom Oktober 2012 finden.

8. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beklagte keine erhebliche, dauerhafte und nicht selbstverschuldete Veränderung der finanziellen Verhältnisse dargetan hat, welche eine Abänderung der eheschutzrichterlichen Massnahmen rechtfertigen würde. Die Berufung erweist sich damit als unbegründet, weshalb das Massnahmebegehren abzuweisen ist.

9. Nachdem Berufung und Massnahmebegehren abzuweisen sind, kann offengelassen werden, ob der Berufungsantrag dem Bestimmtheitsgebot (BGE 137 III 613) überhaupt genügen würde.

III.

1. Da der Beklagte mit seiner Berufung unterliegt, wird er kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 95 ZPO; Art. 106 Abs. 1 ZPO). In Anwendung der §§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 1, 8 Abs. 1 und 12 GebV OG rechtfertigt es sich, die Gerichtsgebühr auf Fr. 3'000.– festzusetzen und der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.– zuzusprechen (§§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 3, 9 und 13 AnwGebV). Hinzu kommt antragsgemäss ein Mehrwertsteuerzuschlag von Fr. 240.–.

2. Beide Parteien stellen für das Berufungsverfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 1 S. 2; Urk. 8 S. 2). Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Die unentgeltliche Rechtspflege umfasst nach Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO auch die gerichtliche Bestellung einer Rechtsbeiständin oder eines Rechtsbeistandes, wenn dies zur Wahrung der Rechte der Partei notwendig ist.

2.1. Wie die vorstehenden Erwägungen zeigen, erwies sich das Berufungsverfahren von Anfang an als aussichtslos. Dem Armenrechtsgesuch des Beklagten kann daher nicht entsprochen werden.

2.2. Die Klägerin hat ein Manko von Fr. 1'049.– zu verzeichnen. Ihre Mittellosigkeit steht damit zweifelsfrei fest. Sodann war sie zur Bewältigung des Prozesses auf die Unterstützung eines Rechtsvertreters angewiesen, weshalb ihr die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren ist (Art. 117 ZPO). Der Klägerin ist in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen. Die der Klägerin zuzusprechende Parteientschädigung von Fr. 3'240.– ist Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ aus der Gerichtskasse zu bezahlen, wenn sich herausstellen sollte, dass der Entschädigungsanspruch uneinbringlich ist (Art. 122 Abs. 2 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Der Klägerin wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

und sodann erkannt:

1. Das Massnahmenbegehren des Beklagten wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt.
6. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'240.– zu bezahlen. Für den Fall der Uneinbringlichkeit wird die Entschädigung Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ direkt aus der Gerichtskasse ausgerichtet.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien (an den Beklagten unter Beilage von Kopien der Urk. 18, 19 und 20/1-2) sowie an das Einzelgericht im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Uster, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

8. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Be-

schwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 20. Februar 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. J. Freiburghaus

versandt am: js