

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE120026-O/U

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Dr. G. Pfister und
Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. E. Iseli

Urteil vom 3. September 2012

in Sachen

A. _____,

Beklagter / Gesuchsgegner und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Klägerin / Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz (Unterhaltsbeiträge)**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Affoltern vom 29. März 2012 (EE110040)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 1 S. 1 f.)

- "1. Den Eheleuten sei das Getrenntleben zu gestatten.
2. Die Familienliegenschaft sei der Gesuchstellerin zur alleinigen Benutzung, samt Mobiliar, zuzuweisen; der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, die Wohnung innert 2 Wochen zu verlassen.
3. Die Obhut über die zwei gemeinsamen Kinder C._____, geb. am tt.mm.2007 und D._____, geb. am tt.mm.2005, sei der Gesuchstellerin zuzusprechen.
4. Es sei dem Gesuchsgegner jedes zweite Wochenende von Freitagabend 18.00 Uhr bis Sonntag 19.00 Uhr sowie über die üblichen Festtage ein gerichtsübliches Besuchsrecht für die gemeinsamen Kinder zu gewähren, zusätzlich ein Ferienbesuchsrecht von 4 Wochen.
5. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Klägerin einen angemessenen persönlichen Unterhalt von mindestens CHF 3500 monatlich für die Zeit der Trennung zu bezahlen.
6. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, für die gemeinsamen Kinder einen monatlichen Unterhalt von CHF 1500 pro Kind, zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Kinderzulagen zu bezahlen.
7. Es sei die Gütertrennung mit Wirkung ab Einreichung des Eheschutzgesuches anzuordnen.
8. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. MwSt) zulasten des Gesuchsgegners."

Anlässlich der Hauptverhandlung modifiziertes Rechtsbegehren:

(sinngemäss, Urk. 19 S. 1 f. und Prot. I S. 6)

1. Es sei davon Vormerk zu nehmen dass die Parteien seit dem 3. Oktober 2011 getrennt leben.
2. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin einen angemessenen **persönlichen Unterhalt** von CHF 4'756 für die Monate Oktober und November 2011, anschliessend CHF 3'631 monatlich für die Zeit der Trennung zu bezahlen.
3. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, für die gemeinsamen Kinder einen monatlichen **Kindes-Unterhalt** von CHF 1'500 pro Kind, zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Kinderzulagen zu bezahlen, rückwirkend ab 3. Oktober 2011.

4. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin für den Zeitraum seit **1. Juni 2011 bis 3. Oktober 2011** einen Unterhaltsbeitrag i.S.v. Art. 173 Abs. 1 ZGB von CHF 11'771.60 zu bezahlen (unterteilt in CHF 3'000 Kindesunterhalt und CHF 8'771.60 persönlicher Unterhalt).
5. Es sei für die Abholung von Möbeln, Hausrat- sowie persönlichen Gegenständen des Gesuchsgegners gemäss der ins Recht gelegten Liste (act. 20/11) richterlich ein Termin festzulegen.
6. Für die Obhutzuteilung und Besuchsrechtsregelung verweise ich auf die bereits gestellten Anträge.
7. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. MwSt) zulasten des Gesuchsgegners.

Urteil des Bezirksgerichtes Affoltern vom 29. März 2012:

(Urk. 35)

- "1. Den Parteien wird das Getrenntleben auf unbestimmte Zeit bewilligt.
2. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Parteien seit 3. Oktober 2011 getrennt leben.
3. Die noch minderjährigen gemeinsamen Kinder
 - D._____, geboren am tt.mm.2005, und
 - C._____, geboren am tt.mm.2007,werden für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Gesuchstellerin gestellt.
4. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Klägerin für die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der gemeinsamen Kinder sowie für die Klägerin persönlich einen monatlichen Betrag von insgesamt Fr. 4'650.- zu leisten (Fr. 1'000.- pro Kind und Fr. 2'650.- für die Klägerin persönlich, allfällige vertragliche oder gesetzliche Kinderzulagen sind nicht im obenstehenden Betrag mitenthalten und müssen der Klägerin separat überwiesen werden), zahlbar monatlich im Voraus auf den ersten jeden Monats rückwirkend ab Oktober 2011.

5. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für Unterhaltsbeiträge für die Zeit vor der Trennung Fr. 11'771.60 zu bezahlen.
6. Im Übrigen wird die nachfolgende Teilvereinbarung der Parteien vom 17. November 2011 über die Folgen des Getrenntlebens vorgemerkt und richterlich genehmigt. Die Teilvereinbarung lautet wie folgt:

- "1. Den Parteien sei das Getrenntleben auf unbestimmte Zeit zu bewilligen.
2. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass die Parteien seit 3. Oktober 2011 getrennt leben.
3. Die noch minderjährigen gemeinsamen Kinder
 - D._____, geboren am tt.mm.2005
 - C._____, geboren am tt.mm.2007sollen für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Klägerin gestellt werden.
4. Die Parteien verpflichten sich, das Besuchsrecht unter gegenseitiger Absprache und unter Berücksichtigung der Interessen der Kinder auszuüben. Für den Fall, dass eine einvernehmliche Regelung des Besuchsrechts nicht erfolgt, vereinbaren die Parteien, dass der Beklagte berechtigt ist, die Kinder jeweils an den Wochenenden der ungeraden Kalenderwochen, von Freitagabend 18.00 Uhr bis Sonntag 19.00 Uhr, sowie zusätzlich in Jahren mit gerader Jahreszahl von Karfreitag bis Ostermontag und in den Jahren mit ungerader Jahreszahl von Pfingstsamstag bis Pfingstmontag und jährlich am 26. Dezember auf eigene Kosten mit sich oder zu sich auf Besuch zu nehmen.

Ausserdem ist ihm das Recht einzuräumen, die Kinder jährlich während 4 Wochen in den Schulferien auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.

Die Parteien verpflichten sich, die Ausübung des Ferienbesuchsrechts mindestens zwei Monate im Voraus anzumelden beziehungsweise mit der anderen Partei abzusprechen.
5. Die Klägerin verpflichtet sich, dem Beklagten die Gegenstände gemäss Anhang herauszugeben.

Die Parteien vereinbaren, dass die Abholung der Gegenstände gemäss vorstehender Liste am 3. Dezember 2011 zwischen 9 und 14 Uhr erfolgt.

6. Die eheliche Wohnung, ..., in E._____, sei samt Mobiliar und Hausrat der Klägerin zur alleinigen Benützung zuzuweisen.

Der Beklagte verpflichtet sich, die eheliche Wohnung bis Ende November 2011 zu verlassen.

7. Es sei per 18. August 2011 die Gütertrennung anzuordnen.
8. Die Kosten des Verfahrens tragen die Parteien je zur Hälfte. Verlangt eine Partei eine Begründung, hat sie die dadurch entstehenden Mehrkosten alleine zu tragen.

Die Parteien verzichten gegenseitig auf eine Parteientschädigung."

7. Die eheliche Wohnung, ..., in E._____, wird samt Mobiliar und Hausrat der Gesuchstellerin zur alleinigen Benützung zugewiesen.
8. Es wird die Gütertrennung mit Wirkung per 18. August 2011 angeordnet.
9. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'000.– (Pauschalgebühr).
10. Die Entscheidgebühr wird den Parteien je zur Hälfte auferlegt.

Die Entscheidgebühr wird mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'500.– verrechnet und im übersteigenden Betrag von Fr. 500.– vom Gesuchsgegner bezogen.

Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin Fr. 1'000.– des durch sie geleisteten Vorschusses zu ersetzen.

11. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
12. [Mitteilung]
13. [Rechtsmittel]"

Berufungsanträge:

des Berufungsklägers (Urk. 34):

- "1. Ziff. 4 des Urteilsdispositivs sei aufzuheben und die Unterhaltsbeiträge auf total höchstens CHF 3'510.– (inkl. Kinderzulagen) festzusetzen.
2. Ziff. 5 des Urteilsdispositivs sei aufzuheben.

3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin."

der Berufungsbeklagten (Urk. 42):

- "1. Die Berufungsanträge seien vollumfänglich abzuweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. MwSt.) zulasten des Berufungsklägers."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind verheiratet und haben zwei Kinder: D._____, geboren am tt.mm.2005, und C._____, geboren am tt.mm.2007. Mit Eingabe vom 12. August 2011 gelangte die Klägerin/Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan: Gesuchstellerin) an das Bezirksgericht Affoltern und ersuchte um Anordnung von Eheschutzmassnahmen (Urk. 1). Betreffend den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens ist auf die Erwägungen der Vorinstanz zu verweisen (Urk. 35 S. 4 f.). Die Vorinstanz fällte am 29. März 2012 das eingangs wiedergegebene Urteil (Urk. 35). Unter anderem wurde der Beklagte/Gesuchsgegner und Berufungskläger (fortan: Gesuchsgegner) dazu verpflichtet, der Gesuchstellerin erstmals rückwirkend auf den 1. Oktober 2011 und für die weitere Dauer des Getrenntlebens monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 4'650.– zu bezahlen, nämlich Fr. 1'000.– (zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen) für jedes der beiden Kinder und Fr. 2'650.– für die Gesuchstellerin persönlich. Weiter wurde er verpflichtet, der Gesuchstellerin für die Zeit vor der Trennung Unterhaltsbeiträge von insgesamt Fr. 11'771.60 zu bezahlen (Urk. 35).
2. Gegen dieses Urteil erhob der Gesuchsgegner innert Frist Berufung, wobei er die oben angeführten Anträge stellte (Urk. 34). Nach Eingang des vom Gesuchsgegner verlangten Vorschusses von Fr. 3'000.– (Urk. 39 f.) wurde seitens der Gesuchstellerin die Berufungsantwort erstattet (Urk. 42). Es erfolgte ein weite-

rer Schriftenwechsel zu Noven (Urk. 50, 53 und 57). Am 17. August 2012 wurde dem Gesuchsgegner die letzte Stellungnahme der Gesuchstellerin zugestellt (Urk. 57 f.).

II.

1. Mit der Berufung wurden einerseits die von der Vorinstanz für die Gesuchstellerin persönlich und die Kinder festgesetzten Unterhaltsbeiträge und andererseits ein Unterhaltsbeitrag von Fr. 11'771.60 für die Zeit vor der Trennung angefochten. Der Gesuchsgegner beantragt, es seien die Unterhaltsbeiträge für die Gesuchstellerin und die Kinder auf total höchstens Fr. 3'510.– (inkl. Kinderzulagen) festzusetzen; der Unterhaltsbeitrag von Fr. 11'771.60 sei aufzuheben.

2. Was die allgemeinen Erwägungen der Vorinstanz zur Natur des summarischen Verfahrens und zum familienrechtlichen Unterhalt anbelangt, so sind diese zutreffend, und es kann darauf verwiesen werden (Urk. 35 S. 6 f.).

3. Unterhaltsbeiträge nach Trennung

3.1. Einkommen des Gesuchsgegners

3.1.1. Der als Versicherungsberater tätige Gesuchsgegner macht geltend, es seien bei der Ermittlung seines Einkommens entgegen der Vorinstanz nicht die Jahre 2008 bis 2010 zu berücksichtigen, sondern nur das Jahr 2011 (Urk. 34 S. 6). Er habe der Vorinstanz seinen Lohnausweis für das Jahr 2011 mit Eingabe vom 10. Februar 2012 eingereicht (act. 30/1), und diese habe ihn unberücksichtigt gelassen. Der Lohnausweis 2011 belege, dass das darin ausgewiesene Nettoeinkommen im Vergleich zu den von der Vorinstanz als massgeblich erachteten Jahren zwischen Fr. 10'000.– und 20'000.– geringer sei. Die von der Vorinstanz angeführten Argumente, aus dem eingereichten Lohnausweis liessen sich keine Schlüsse bezüglich des tatsächlichen Nettoeinkommens ziehen, da weder allfällige Nebeneinkünfte noch allfällige Veränderungen bei den Vermittlungsprovisionen ersichtlich seien, seien nicht stichhaltig. Erstens hätten die Nebeneinkünfte in den von der Vorinstanz berücksichtigten Jahren 2008 bis 2010 gerade einmal

Fr. 1'655.– von insgesamt Fr. 413'443.– ausgemacht. Zweitens sei die Vorinstanz bei den Vermittlungsprovisionen selber von einem Durchschnitt von Fr. 16'269.– jährlich ausgegangen. Aus den vor Vorinstanz eingereichten Lohnabrechnungen ergebe sich, dass in den Monaten Januar bis Oktober 2011 Vermittlerprovisionen in der Höhe von insgesamt Fr. 13'261.10 ausbezahlt worden seien (act. 22/21). Daraus resultiere, dass sich die vom Nettoeinkommen des Gesuchsgegners abzuziehenden Vermittlungsprovisionen ungefähr in der Höhe der Vorjahre bewegt hätten. Die inzwischen erstellten Provisionsabrechnungen für die Monate November und Dezember 2011 (Urk. 38/2a+b) würden dies bestätigen. Die neu eingereichten Urkunden seien in Anwendung von Art. 317 Abs. 1 ZPO als neue Beweismittel zuzulassen, weil sie im Zeitpunkt der Verhandlung vom 17. November 2011 noch nicht hätten vorgelegt werden können. Es sei nur das Jahr 2011 massgeblich, weil das Provisionsreglement durch die Arbeitgeberin zuungunsten der Aussendienstmitarbeiter geändert worden sei und die wirtschaftliche Situation den Verkauf der vom Gesuchsgegner angebotenen Versicherungsprodukte merklich erschwert habe. Der Gesuchsgegner habe dies mit einem Bestätigungsschreiben seiner Arbeitgeberin (act. 22/5) untermauert. Zum Beweis seines sinkenden Einkommens offerierte der Gesuchsgegner neu die Lohnabrechnungen der Monate Januar bis März 2012 (Urk. 38/5a-c; Urk. 34 S. 6 ff.). Mit Eingabe vom 16. Juli 2012 machte der Gesuchsgegner unter Einreichung der Lohnabrechnungen für die Monate April bis Juni 2012 (Urk. 55/2-4) geltend, sein monatliches Einkommen habe in den letzten drei Monaten durchschnittlich Fr. 7'055.90 bzw. ohne Spesen weniger als Fr. 5'355.– betragen (Urk. 53 S. 3). Entgegen den Ausführungen der Gesuchstellerin (siehe dazu Ziff. 3.2.1 unten) sei dies nicht auf übermässige Ferien seinerseits zurückzuführen (Urk. 50 S. 2 f. und Urk. 53 S. 2).

3.1.2. Die Gesuchstellerin erklärt, der Gesuchsgegner habe neue Unterlagen eingereicht, die er schon im erstinstanzlichen Verfahren hätte einreichen können. Diese Unterlagen seien nicht zu beachten (Urk. 42 S. 2). Es sei auf die Einkommenszahlen der Jahre 2008 bis 2010 abzustellen, da der Gesuchsgegner ähnlich einem Selbständigerwerbenden sein Einkommen selber steuern könne (Urk. 42 S. 2 f. und ähnlich Urk. 57 S. 2 und 5), insbesondere mache er übermässig Ferien (Urk. 42 S. 5 f. und Urk. 57 S. 2 ff.). Das Bestätigungsschreiben des Agenturlei-

ters sei unbeachtlich, da dieser ein enger Freund des Gesuchgegners sei (Urk. 42 S. 5).

3.1.3. Für die finanzielle Leistungsfähigkeit eines Unterhaltsverpflichteten ist bei unsteten Einkommensverhältnissen wie bei selbständig erwerbstätigen Parteien auf den Durchschnitt mehrerer Jahre – in der Regel der letzten drei Jahre – abzustellen (Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, N 01.34 und 05.72 mit weiteren Hinweisen). Dabei können auffällige, d.h. besonders gute oder schlechte, Abschlüsse unter Umständen ausser acht gelassen werden. Nur bei stetig sinkenden oder steigenden Erträgen gilt der Gewinn bzw. das Einkommen des letzten Jahres als massgebendes Einkommen (ZK-Bräm/Hasenböhler, Art. 163 N 77; BGer 5D_167/2008 vom 13. Januar 2009, E. 2).

Vorliegend ist in Anwendung obiger Ausführungen auf das Durchschnittseinkommen dreier Jahre abzustellen – dass die Vorinstanz in der Vorladung standardmässig lediglich die Steuererklärungen der letzten zwei Jahre einforderte (act. 11 und Urk. 34 S. 5), vermag daran nichts zu ändern –, da beim Einkommen des Gesuchsgegners trotz Wirtschaftskrise keine stetige Tendenz nach unten feststellbar ist. Im Gegenteil hat er im Jahr 2009 und damit ein Jahr nach Ausbruch der Bankenkrise das höchste Einkommen erzielt (act. 3/20). Die Änderungen des Provisionsreglements sind trotz des Bestätigungsschreibens der Arbeitgeberin unsubstantiiert geblieben. Der Gesuchsgegner erläutert nicht einmal, was im Provisionsreglement sich zu seinen Lasten verschlechtert haben soll (Urk. 34 S. 4 und 6, act. 21 S. 6, act. 22/5). Es fragt sich allerdings, ob in Übereinstimmung mit der Vorinstanz auf die Jahre 2008 bis 2010 oder das Jahr 2011 mit zu berücksichtigen und somit auf die Jahre 2009 bis 2011 abzustellen ist.

Die Vorinstanz liess den Lohnausweis 2011 des Gesuchsgegners einerseits unberücksichtigt, da ihr keine Angaben über allfällige Nebeneinkünfte des Gesuchsgegners vorlagen (Urk. 35 S. 10). Daran hat sich nichts geändert. Allerdings bezog die Vorinstanz den Nebenerwerb auch nicht in die Einkommensberechnung mit ein (Urk. 34 Ziff. 4.2.1), was von der Gesuchstellerin ungerügt blieb. Andererseits blieb der Lohnausweis 2011 von der Vorinstanz unberücksichtigt, weil die Provisionsabrechnungen für die Monate November und Dezember 2011 nicht vor-

lagen (Urk. 35 S. 10). Der Gesuchsgegner reichte beide Abrechnungen mit der Berufung zu den Akten. Die Provisionsabrechnung für den November 2011 datiert vom 30. November 2011 (Urk. 38/2a), diejenige für den Dezember 2011 wurde am 29. Dezember 2011 ausgestellt (Urk. 38/2b). Beide Urkunden lagen somit zum Zeitpunkt der Verhandlung am 17. November 2011 (Prot. I S. 6) noch nicht vor. Trotzdem handelt es sich nicht um echte Noven. Darunter werden vorliegend aufgrund von Art. 229 Abs. 3 ZPO (wonach das erstinstanzliche Gericht bei Geltung der Untersuchungsmaxime neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung berücksichtigt) Tatsachen verstanden, die erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid entstanden sind (vgl. Volkart, in: DIKE-Komm-ZPO, Art. 317 N 2 und KUKO ZPO-Brunner, Art. 317 N 3). Die Provisionsabrechnungen lagen vor dem erstinstanzlichen Entscheid vor und sind somit als unechte Noven zu qualifizieren.

Im Unterschied zu anderen summarischen Verfahren gilt im Eheschutzverfahren die Untersuchungsmaxime. Das Gericht *stellt* den Sachverhalt mithin von Amtes wegen *fest* (Art. 272 ZPO). Es handelt sich dabei allerdings lediglich um eine eingeschränkte Untersuchungsmaxime, welche nur zum Ausgleich eines allfälligen Machtgefälles zwischen den Parteien greift (sog. soziale Untersuchungsmaxime). Das Gericht hat sich deshalb bei zwei anwaltlich vertretenen Parteien bei der Feststellung des Sachverhaltes wie im ordentlichen Prozess zurückzuhalten (Sutter-Somm/Lazic, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 272 N 12 ff.). Mit Bezug auf neue Vorbringen ist festzuhalten, dass solche im Berufungsverfahren noch zulässig sind, wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Art. 296 Abs. 3 ZPO erklärt demgegenüber in Kinderbelangen den Offizialgrundsatz für anwendbar, weshalb das Gericht in diesem Bereich ohne Bindung an die Parteianträge entscheidet. Gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO *erforscht* das Gericht hinsichtlich der Kinderbelange den Sachverhalt von Amtes wegen, die Untersuchungsmaxime ist in diesem Bereich somit nicht eingeschränkt. Es sind daher in allen Instanzen sowohl echte als auch unechte Noven zulässig (Schweighauser, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 296 N 22).

Gestützt auf diese Erwägungen sind angesichts des Umstands, dass vorliegend (auch) Kinderunterhaltsbeiträge im Streit liegen, die neu eingereichten Provisionsabrechnungen für die Monate November und Dezember 2011 (Urk. 38/2a+b) beachtlich, unabhängig davon, dass es sich um unechte Noven handelt. Das gleiche gilt für die Lohnabrechnungen Januar und Februar 2012 (Urk. 38/5a+b). Mit letzteren (wie auch mit den am 16. Juli 2012 eingereichten Lohnabrechnungen April bis Juni 2012, Urk. 55/2-4) möchte der Gesuchsteller die nach unten zeigende Tendenz seiner Lohnentwicklung belegen.

Das Jahr 2012 ist mangels Vollständigkeit jedoch nicht in die Berechnung mit einzubeziehen (das verlangt auch der Gesuchsgegner nicht). Damit ist letztlich auch die zwischen den Parteien strittige Frage, ob die im Jahr 2012 nach unten zeigende Lohntendenz des Gesuchsgegners (Urk. 38/5a+b und 55/2-4) auf übermässige Ferien zurückzuführen sei, in vorliegendem Verfahren ohne Belang. Für das Jahr 2011 liegen zwar keine Unterlagen betreffend allfällige Nebeneinkünfte vor. Aufgrund des Umstandes, dass das Nebeneinkommen einerseits in den Jahren 2008 bis 2010 lediglich vier Promille des Gesamteinkommens ausmachte (und der Gesuchsgegner nur in einem Jahr Nebeneinkommen erzielte) und dass andererseits für den Ehegattenunterhalt die beschränkte Untersuchungsmaxime gilt, ist der Lohnausweis 2011 in Anwendung obiger Ausführungen bei der Einkommensberechnung trotzdem zu berücksichtigen. Gemäss den Steuererklärungen 2009 und 2010 (act. 3/20) sowie dem Lohnausweis 2011 (act. 30/1) verdiente der Gesuchsgegner in diesen drei Jahren durchschnittlich Fr. 11'200.85 pro Monat (Jahreseinkommen 2009: Fr. 143'058.–, 2010: Fr. 136'667.– und 2011: Fr. 123'506.25). Davon sind die Prämienzahlungen an Vermittler in Abzug zu bringen. Die Provisionen an Vermittler betragen im Jahr 2009 Fr. 17'933.–, im Jahr 2010 Fr. 17'502.– (act. 3/20) und im Jahr 2011 Fr. 15'420.35 (act. 22/21, Urk. 38/2a+b und Urk. 38/3, Positionen "Garagenprovision GAV" und "GAV Nachweismaklerprov.-Garagen"), also im Monatsdurchschnitt Fr. 1'412.65. Als Zwischenresultat ergibt sich ein monatliches Einkommen von Fr. 9'788.20. Nach Abzug der Kinderzulagen von Fr. 400.– (vgl. Urk. 48/7) resultiert ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 9'388.20 bzw. Fr. 8'088.20 nach Abzug der Spesenvergütungen in der Höhe von Fr. 1'300.–. Es wird unter Ziff. 3.3.2 darauf zurückzu-

kommen sein, ob die Spesenvergütung (teilweise) als Lohnbestandteil zu betrachten ist.

3.2. Bedarf der Gesuchstellerin

Umstritten ist zudem der Bedarf der Gesuchstellerin. Die Vorinstanz ging bei der Gesuchstellerin von folgendem massgeblichen Bedarf aus (Urk. 35 S. 11):

Grundbetrag	1350
Kinder	800
Hypozins	1250
Nebenkosten	400
Versicherungen	50
Gebäudeversicherung	15
Lebensversicherung	0
Krankenkasse	212
KK D. _____	36
KK C. _____	23
Gesundheitsk. Ehefrau	50
Gesundheitsk. D. _____	80
Telefon/Internet/TV	150
Auto	0
Spielgruppe	80
Hobbys Kinder	0
Steuern	0
Total	4496

3.2.1. Der Gesuchsgegner beanstandet, podologische Behandlungen würden keiner medizinischen Notwendigkeit entsprechen; die diesbezüglich berücksichtigten Fr. 50.– bei den Gesundheitskosten gehörten nicht zum Existenzminimum (Urk. 34 S. 7). Die Gesuchstellerin dagegen erklärt, die podologische Behandlung sei medizinisch notwendig. Zudem sei der monatliche Betrag von Fr. 50.– für die Gesundheitskosten zu tief. Bei der Festlegung der Gesundheitskosten des Gesuchsgegners sei die Jahresfranchise von Fr. 2'000.– berücksichtigt worden, bei ihr nicht (sie betrage ebenfalls Fr. 2'000.–). Aus Gleichbehandlungsgründen seien die Gesundheitskosten bzw. Franchisen bei beiden Parteien gleichermassen zu berücksichtigen. Die Prämien- und Kostenübersicht für das Jahr 2011 zeige, dass

die Gesuchstellerin monatlich im Durchschnitt Gesundheitskosten von Fr. 70.45 zu tragen gehabt habe (Urk. 42 S. 7 f. und Urk. 44/2).

Notwendige Gesundheitskosten sind gemäss Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich zur Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009 (fortan: Kreisschreiben) in billiger Weise zu berücksichtigen. Zu berücksichtigen sind ferner die Selbstbehaltkosten nach KVG (BGE 129 III 242 E. 4).

Von der Gesuchstellerin wurden folgende Kosten belegt: Arztkosten über Fr. 147.95 (act. 20/6) und Auslagen für eine rund ein halbes Jahr dauernde podologische Behandlung im Betrag von Fr. 200.– (act. 20/12). Vor Berufungsinstanz reichte die Gesuchstellerin sodann eine Prämien- und Kostenübersicht vom 13. Januar 2012 für das Jahr 2011 ein, welche nicht von der Krankenkasse getragene Behandlungskosten von insgesamt Fr. 845.20 ausweist (Urk. 44/2). Die medizinische Notwendigkeit der podologischen Behandlung wurde durch die ärztliche Verordnung von Dr. med. F._____ glaubhaft gemacht (act. 20/12). Die Kosten sind damit im Bedarf der Gesuchstellerin zu berücksichtigen. Die Prämien- und Kostenübersicht für das Jahr 2011 datiert vom 13. Januar 2012 (Urk. 44/2). Es handelt sich entsprechend den obigen Ausführungen um ein unechtes Novum (Ziff. 3.1.3), welches aufgrund der bei der Festlegung von Ehegattenunterhalt geltenden eingeschränkten Untersuchungsmaxime gemäss der Praxis der erkennenden Kammer nicht berücksichtigt werden kann (ZR 111 [2012] Nr. 35, ZR 110 [2011] Nr. 96). Der Gesuchsgegner dagegen belegte Gesundheitskosten von über Fr. 2'000.–, womit die Vorinstanz den Gleichbehandlungsgrundsatz richtig anwandte und bei der Gesuchstellerin lediglich von ihren belegten Gesundheitskosten ausging. Aufgrund der bereits vor Vorinstanz belegten Arztkosten von Fr. 147.95 (= Fr. 12.35 monatlich) und der podologischen Behandlung von Fr. 200.– (= Fr. 33.35 monatlich) bleibt es bei der Gesuchstellerin bei Gesundheitskosten von (gerundet) Fr. 50.–.

3.2.2. Der Gesuchsgegner bestreitet die Gesundheitskosten der Tochter D._____. Es könnten gemäss Art. 64 Abs. 4 KVG und Art. 103 Abs. 2 KVV höchstens jährlich Fr. 350.– bzw. monatlich Fr. 29.15 für den Selbstbehalt bei einem

Kind angerechnet werden (Urk. 34 S. 7). Die Gesuchstellerin macht mittels neu eingereichter Prämien- und Kostenübersicht für das Jahr 2011 Kosten von Fr. 439.15 geltend (Urk. 44/3). Hinzu kämen noch Kosten für Medikamente und Fahrkosten im Betrag von Fr. 56.– im Zusammenhang mit der ADHS-Behandlung D.____s (Urk. 42 S. 8). Der Gesuchsgegner beruft sich auf eine Juniorkarte für das Kind und ein Halbtax für die Gesuchstellerin und kommt so auf Fahrkosten von höchstens Fr. 23.30 pro Monat (Urk. 50 S. 3). Mit Eingabe vom 27. Juli 2012 schliesslich erklärt die Gesuchstellerin, sie habe D.____ mittlerweile bei der IV angemeldet. Sämtliche Kosten der ADHS-Behandlung, inkl. der Fahrkosten, würden seither von der IV übernommen (Urk. 57 S. 4).

Die Prämien- und Kostenübersicht für D.____ vom 13. Januar 2012 (Urk. 44/3) ist aufgrund der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime in Kinderbelangen (siehe dazu Ziff. 3.1.3) zu berücksichtigen. Dagegen sind die Fahrkosten unbelegt. Es hätte an der Gesuchstellerin gelegen, sie mittels der Einreichung von Billetten glaubhaft zu machen (Glaubhaftmachen ist mehr als blosses Behaupten). Das Gleiche gilt für die Medikamentenkosten. Gemäss der Prämien- und Kostenübersicht fielen für D.____ im Jahr 2011 Gesundheitskosten von Fr. 454.15 an (Urk. 44/3). Dies ist darauf zurückzuführen, dass beide Kinder beim gleichen Versicherer versichert sind (act. 3/15) und für sie zusammen höchstens ein Selbstbehalt von Fr. 700.– zur Anwendung gelangt (Art. 64 Abs. 4 Satz 2 KVG i.V.m. Art. 103 Abs. 2 KVV). In der Bedarfsrechnung der Gesuchstellerin sind für D.____ von Oktober 2011 bis Juni 2012 somit monatlich Fr. 38.– an Gesundheitskosten zu berücksichtigen. Ab Juli 2012 sind durch die Kostenübernahme der IV keine Gesundheitskosten bei D.____ mehr zu berücksichtigen.

3.2.3. Die Gesuchstellerin macht geltend, weiter müssten die Gesundheitskosten von C.____ im Betrag von Fr. 30.– berücksichtigt werden (Urk. 42 S. 8). Der Gesuchsgegner erklärt, die Gesundheitskosten C.____s seien unsubstantiiert und im erstinstanzlichen Verfahren nicht geltend gemacht worden (Urk. 50 S. 3). Die Gesuchstellerin hingegen beruft sich auf die Officialmaxime beim Kindsunterhalt (Urk. 57 S. 4).

Wie erwähnt (Ziff. 3.1.3) gelangen beim Kindsunterhalt die Untersuchungs- und Officialmaxime zur Anwendung (Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO). Die Gesuchstellerin unterlässt es allerdings, die angeblichen Gesundheitskosten für C._____ zu substantiieren und durch Belege glaubhaft zu machen. Nichts weist darauf hin, dass für C._____ Gesundheitskosten anfielen. Im Bedarf der Gesuchstellerin sind daher keine Gesundheitskosten für C._____ zu berücksichtigen.

3.2.4. Weiter rügt der Gesuchsgegner, die der Gesuchstellerin angerechneten Telefon-/Internetkosten von Fr. 150.– seien weder belegt noch glaubhaft gemacht und auf Fr. 50.– zu reduzieren (Urk. 34 S. 7). Die Gesuchstellerin wehrt sich dagegen, dass beiden Parteien der gleiche Betrag von Fr. 150.– angerechnet worden sei, die Telefonkosten des Gesuchsgegners würden aufgrund eines Handyabonnements viel tiefer als Fr. 150.– liegen (Urk. 42 S. 9).

Die Anrechnung eines gerichtsblichen Betrags von Fr. 150.– ist nicht zu beanstanden, da sich eine gewisse Pauschalisierung im summarischen Verfahren rechtfertigt. Ein Grossteil der Kosten für den Telefonfestnetzanschluss, das Internet und die Billag fallen als Fixkosten und damit unabhängig von der konkreten Nutzung an. Dem Gesuchsgegner wurden keine privaten Mobiltelefonkosten im Bedarf angerechnet. Somit rechtfertigt sich die Gleichbehandlung der Parteien, und es bleibt bei beiden Parteien bei Kosten für Telefon/Internet/TV von Fr. 150.–.

3.2.5. Die Gesuchstellerin beruft sich auf Versicherungskosten von monatlich Fr. 92.– für die Hausrat- und Haftpflichtversicherung (Urk. 42 S. 9 f.) statt der von der Vorinstanz angerechneten Fr. 50.–. Unter Verweis auf act. 28/1 macht sie geltend, diese Kosten seien ausgewiesen.

Wie von der Vorinstanz zutreffend ausgeführt, ist besagter Versicherungsbeleg (act. 28/1) unvollständig. Es ist nicht ersichtlich, wie sich der von der Gesuchstellerin geltend gemachte Betrag von Fr. 971.60 (monatlich Fr. 80.95) zusammensetzt. Ersichtlich ist lediglich, dass die Privathaftpflichtversicherung jährlich Fr. 137.60 beträgt (act. 28/1 S. 3/5). Die Vorinstanz stützte sich deshalb zu Recht auf eine Offerte (act. 20/1), welche für die Hausrat- und Haftpflichtversicherungen zusammen einen Betrag von rund Fr. 50.– auswies. Es bleibt damit im Bedarf der

Gesuchstellerin bei einem Betrag von Fr. 50.– für die Hausrat- und Privathaftpflichtversicherung.

3.2.6. Damit präsentiert sich der Bedarf der Gesuchstellerin mit Kindern wie folgt:

	bis Juni 2012	ab Juli 2012
Grundbetrag	1350	1350
Kinder	800	800
Hypozins	1250	1250
Nebenkosten	400	400
Versicherungen	50	50
Gebäudeversicherung	15	15
Lebensversicherung	0	0
Krankenkasse	212	212
KK D. _____	36	36
KK C. _____	23	23
Gesundheitsk. Ehefrau	50	50
Gesundheitsk. D. _____	38	0
Telefon/Internet/TV	150	150
Auto	0	0
Spielgruppe	80	80
Hobbys Kinder	0	0
Steuern	0	0
Total	4454	4416

3.3. Bedarf des Gesuchsgegners

Weiter liegen Bedarfspositionen des Gesuchsgegners im Streit. Die Vorinstanz ging bei ihm von folgendem Bedarf aus (Urk. 35 S. 14):

Grundbetrag	1200
Miete (inkl. NK)	1534
Versicherungen	33
Lebensvers.	375
Krankenkasse	200
Gesundheitskosten	167
Telefon/Internet/etc.	150
Mobil (Geschäft)	0
Auto	0
Ausw. Verpflegung	0
Arbeitskleidung	0
Steuern	0
Total	3659

3.3.1. Der Gesuchsgegner verlangt mit der Berufung die Berücksichtigung von Fr. 350.– für Gesundheitskosten in seinem Bedarf (Urk. 34 S. 8). Die Gesuchstellerin erklärt, schon der dem Gesuchsgegner angerechnete Betrag von Fr. 167.– (Jahresfranchise von Fr. 2'000.–) sei zu hoch. Die Zahnarztkosten seien einmaliger und nicht medizinischer Natur gewesen. Sie gesteht dem Gesuchsgegner keine Gesundheitskosten zu (Urk. 42 S. 10).

Der Gesuchsgegner reichte eine Aufstellung samt Belegen betreffend seine Gesundheitskosten für das Jahr 2011 ein, welche Kosten von Fr. 4'985.50 auflistet (act. 22/9a+b). Bei den Zahnarztkosten von Total Fr. 2'112.55 handelt es sich bei einem Betrag von Fr. 1'656.50 jedoch lediglich um einen Kostenvoranschlag (act. 22/9b). Dieser kann nicht berücksichtigt werden, da nicht glaubhaft gemacht wurde, dass die Behandlung tatsächlich erfolgte und die Kosten somit anfielen. Der zweite Beleg betreffend Zahnarztkosten ist jedoch anrechenbar, er betrifft Kosten für Dentalhygiene und Zahnfüllungen, somit Kosten die jährlich anfallen könnten und (auch) medizinischer Natur sind (act. 22/9b). Was die Arztkosten von Dr. med. G._____ betrifft (act. 22/9a), liegen lediglich Einzahlungsscheine vor, aus denen nicht hervorgeht, ob die Kosten im Jahr 2011 anfielen. Sie können deshalb nicht berücksichtigt werden. Auch ist nicht erkennbar, welche Kosten die Krankenkasse übernahm und welche Kosten der Gesuchsgegner selber zu tragen hatte. Allerdings hat der Gesuchsgegner eine Jahresfranchise von Fr. 2'000.– (act. 22/8). Da unter Abzug der Rechnungen von Dr. med. G._____ Arztkosten in der Höhe von Fr. 2'532.85 ausgewiesen sind (act. 22/9a), rechtfertigt sich das vorinstanzliche Vorgehen, der Berechnung die Jahresfranchise von Fr. 2'000.– zugrunde zu legen. Darüber hinaus sind jedoch auch die Zahnarztkosten in der Höhe von Fr. 456.05 (keine Zahnversicherung, act. 22/8) und ein Selbstbehalt (10 % der die Franchise übersteigenden Kosten gemäss Art. 64 Abs. 2 lit. b KVG) zu berücksichtigen, was einen Betrag von Fr. 53.30 (10 % von Fr. 532.85) ergibt. Zusammen mit der Franchise ergibt sich beim Gesuchsgegner ein jährliches Total von Fr. 2'509.35 bzw. monatlich anrechenbare Gesundheitskosten von Fr. 209.–.

3.3.2. Der Gesuchsgegner rügt, dass unberücksichtigtem Einkommen in der Form einer Spesenentschädigung im Betrag von Fr. 1'300.– tatsächliche Berufsauslagen von Fr. 1'970.– gegenüber stünden (Urk. 34 S. 8 und act. 22/6: Mobile 200.–, Leasing 482.–, Benzin 365.–, Strassenverkehrsabgabe 33.–, Parkplatz Büro 70.–, Kaskoversicherung 260.–, auswärtige Verpflegung 500.–, Arbeitskleidung 60.–). Es seien die Zusatzkosten für auswärtige Verpflegung nicht mit der Spesenpauschale abgedeckt (Urk. 34 S. 8). Dasselbe gelte für den Privatanteil der Autokosten (Urk. 34 S. 8 f.). Die Gesuchstellerin macht dagegen geltend, die Leasingraten für das neue Fahrzeug im Betrag von Fr. 482.– gehörten nicht zum Lebensstandard der Parteien (Urk. 42 S. 11). Zudem sei davon auszugehen, dass der Gesuchsgegner nur die Hälfte der von der Vorinstanz berücksichtigten 21'840 Kilometer geschäftlich gefahren sei. Damit sei von jährlichen Kosten von rund Fr. 5'250.– (10'500 km mal Fr. 0.50) bzw. monatlichen Kosten von Fr. 460.– auszugehen. Zusätzlich seien Fr. 100.– für Auswärtsverpflegung zu berücksichtigen. Die Gestehungskosten beliefen sich somit auf Fr. 560.–, was bei einer Spesenpauschale von Fr. 1'300.– zu einem Lohnbestandteil von Fr. 740.– pro Monat führe, welcher dem Gesuchsgegner als Einkommen anzurechnen sei (Urk. 42 S. 12).

Spesen gehören dann nicht zum Einkommen, wenn mit ihnen reale Auslagen ersetzt werden, die dem Arbeitnehmer-Ehegatten entstehen. Ist das nicht der Fall, so muss der Spesenersatz unabhängig von der arbeitsvertraglichen Regelung wie ein Lohnbestandteil behandelt werden (ZK-Bräm/Hasenböhler, Art. 163 N 72). Pauschalspesen können bei Angestellten zur Deckung von mit der Arbeit, insbesondere Repräsentationspflichten und Kundenakquisition, verbundenen Kleinauslagen dienen, deren detaillierte Belegung einen unverhältnismässigen Aufwand erfordern würde. In diesem Fall stellen Pauschalspesen als blosser Auslagenersatz grundsätzlich keinen Einkommensbestandteil dar. Bei Pauschalspesenvergütungen kann es sich aber immer auch um verdeckte Lohnzahlungen handeln. Auf jeden Fall muss substantiiert und hinreichend glaubhaft gemacht werden, was für Auslagen tatsächlich anfallen.

Vorliegend ist bei der Prüfung, welche Auslagen dem Gesuchsgegner anfallen und ob den Pauschalspesen von Fr. 1'300.– tatsächliche Auslagen in der gleichen

Höhe gegenüberstehen, einerseits davon auszugehen, dass der Gesuchsgegner als Versicherungsberater 21'840 Kilometer geschäftlich zurücklegte. Denn dabei handelt es sich um Angaben zu den Berufsauslagen in der Steuererklärung 2010 (act. 3/20). Auf diese Zahl konnte von der Vorinstanz abgestellt werden.

Andererseits hat der Gesuchsgegner folgende Berufsauslagen durch das Einreichen von Belegen glaubhaft gemacht: durchschnittlich Fr. 200.– für Mobilekosten (act. 22/12), Fr. 482.– für Leasingkosten Auto (act. 22/14), Fr. 33.– für Strassenverkehrsabgaben (act. 22/15), Fr. 70.– für einen Geschäftsparkplatz (act. 22/16), Fr. 260.– für die Motorfahrzeugversicherung (act. 22/17). Dies entspricht einem Total von monatlich Fr. 1'045.–. Hinzu zu rechnen sind Benzinkosten, welche nicht belegt sind. Abzuziehen ist demgegenüber ein Betrag für die private Nutzung des Autos (vgl. act. 22/14). Aufgrund der 21'840 geschäftlich zurückgelegten Kilometern sind Benzinkosten von Fr. 255.– (Annahme 7 Liter/100 km und Benzinpreis von Fr. 2.–/Liter) zu veranschlagen. Für die Privatnutzung des Autos erweist sich ein Abzug von Fr. 300.– als angemessen. Dies ergibt als Zwischentotal Berufsauslagen von Fr. 1'000.–. Dass die Gesuchstellerin geltend macht, ein geleastes Auto habe nicht zum ehelichen Lebensstandard gehört, ist unbehelflich. Zwar mag es zutreffen, dass das letzte Auto des Gesuchsgegners nicht geleast war. Die Gesuchstellerin macht jedoch selbst geltend, der Gesuchsgegner habe einen repräsentablen Audi besessen (Urk. 42 S. 11). Darauf ist abzustellen, aufgrund der geltend gemachten Leasingkosten ist nicht davon auszugehen, dass sich der Gesuchsgegner ein teureres Ersatzauto angeschafft hat.

Für auswärtige Verpflegung ist bei Nachweis von Mehrauslagen ein Zuschlag von Fr. 5.– bis Fr. 15.– für jede Hauptmahlzeit zu gewähren (Kreisschreiben und ZR 84 [1985] Nr. 68). Damit ist bei durchschnittlich 22 Arbeitstagen ein Zuschlag für auswärtige Verpflegung von höchstens Fr. 330.– im Bedarf zu berücksichtigen. Dieser Betrag scheint gerechtfertigt, da die Arbeitgeberin des Gesuchsgegners gemäss Steuererklärung 2010 die Verpflegung nicht verbilligt (act. 3/20). Was jedoch darüber hinaus gehende Kosten aus auswärtiger Verpflegung anbelangt, hätte es am Gesuchsgegner gelegen, geeignete Dokumente zur Belegung seiner Behauptungen einzureichen (Quittungen der auswärts eingenommenen Mahlzei-

ten, Quittungen für Geschäftsessen und nicht vergütete Spesen). Es sind dem Gesuchsgegner somit für auswärtige Verpflegung Fr. 330.– im Bedarf zu veranschlagen.

Gemäss Kreisschreiben kann als Zuschlag zum monatlichen Grundbetrag ein Betrag von Fr. 20.-- bis Fr. 60.-- für überdurchschnittlichen Kleider- und Wäscheverbrauch berechnet werden. Bei dieser Position sind einerseits typische Berufskleider wie Überziekleider oder Arbeitsschuhe gemeint, die durch körperliche Arbeit stark verschmutzt und dementsprechend durch häufige Reinigung übermässig abgenutzt werden; andererseits die An- bzw. Wiederbeschaffung solcher Kleider, wenn dafür in Abweichung von Art. 327 OR der Arbeitgeber nicht aufkommen sollte. Keinesfalls kann es jedoch angehen, einen solchen Zuschlag für eine in modischer Hinsicht gepflegte Erscheinung am Arbeitsplatz zu gewähren, weil dies in den meisten Dienstleistungsberufen mit Publikumskontakt erwartet wird (so z.B. auch bei Bankangestellten, Rechtsanwälten etc.). Darauf basierende Mehrausgaben sind mit dem Grundbetrag abzudecken, weshalb dem Gesuchsgegner für "Berufskleider" nichts anzurechnen ist, zumal ihm diese Kleider (im Gegensatz zu Uniformen und Arbeitsgewändern) auch in seiner Freizeit dienlich sein dürften.

Im Ergebnis ist somit von Berufsauslagen von total Fr. 1'330.– (1'000.– zuzüglich Fr. 330.– für auswärtige Verpflegung) auszugehen. Damit ist die vorinstanzliche Vorgehensweise, einerseits die Spesenpauschale nicht als Einkommen und andererseits keine Berufsauslagen im Bedarf des Gesuchsgegners zu berücksichtigen, nicht zu beanstanden. Es ist dem Gesuchsgegner weder ein Einkommen aus Spesen anzurechnen, noch sind ihm zusätzliche Berufsauslagen in seinem Bedarf zu veranschlagen, da seine gesamten Auslagen durch die Spesenpauschale gedeckt sind.

3.3.3. Damit präsentiert sich der Bedarf des Gesuchsgegners wie folgt:

Grundbetrag	1200
Miete (inkl. NK)	1534
Versicherungen	33
Lebensvers.	375
Krankenkasse	200
Gesundheitskosten	209
Telefon/Internet/etc.	150
Mobil (Geschäft)	0
Auto	0
Ausw. Verpflegung	0
Arbeitskleidung	0
Steuern	0
Total	3701

Dass die Bedarfsrechnung des Gesuchsgegners für die Monate Oktober und November 2011 separat vorzunehmen sei, macht die Gesuchstellerin zu Recht nicht mehr geltend (vgl. Ausführungen der Vorinstanz in Urk. 35 S. 15 f.).

3.4. Gestützt auf die obigen Erwägungen zum Einkommen des Gesuchsgegners und zum Bedarf beider Parteien ist die Unterhaltsberechnung wie folgt vorzunehmen:

	<u>bis Juni 2012</u>	<u>ab Juli 2012</u>
Einkommen Gesuchsgegner:	Fr. 8'088.–	Fr. 8'088.–
./.. Bedarf Gesuchstellerin und Kinder	Fr. 4'454.–	Fr. 4'416.–
./.. Bedarf Gesuchsgegner	Fr. 3'701.–	Fr. 3'701.–
Manko	- Fr. 67.–	- Fr. 29.–

Die Teilung des Mankos (mit der möglichen Folge, dass unter Umständen beide Parteien unterhalb ihres Existenzminimums leben müssten) hat das Bundesgericht in Bezug auf den Schuldner verneint. Ihm ist ein bestimmtes Minimum in jedem Fall und unabhängig davon, wer Ansprecher des Unterhalts ist, zu garantieren (Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, N 02.63; BGE 135 III 66 E. 2 – 10). Da ein Mankofall vorliegt, fragt es sich, ob der Notbedarf des Ge-

suchsgegners allenfalls zu grosszügig bemessen wurde (Urk. 42 S. 6 f.). Die Lebensversicherung (act. 22/19a) ist jedoch gemäss übereinstimmenden Ausführungen der Parteien als Sicherheit für die Hypothek der ehelichen Liegenschaft verpfändet (act. 21 S. 9 und Prot. I S. 11) und ist deshalb im Bedarf des Gesuchsgegners zu belassen. Ausserdem kann die Gesuchstellerin zusätzlich über die Kinderzulagen verfügen. Dies hat zur Folge, dass der Gesuchsgegner zu verpflichten sein wird, der Gesuchstellerin und den Kindern gerundet Fr. 4'380.– (Einkommen des Gesuchsgegners abzüglich dessen Bedarf) als Unterhaltsbeiträge zu bezahlen.

Der Beginn der Unterhaltspflicht per 1. Oktober 2011 ist unbestritten. Sodann ist bei den vorliegenden finanziellen Verhältnissen die von der Vorinstanz vorgenommene Aufteilung, dass je Fr. 1'000.– (zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen) den Kindern und der Restbetrag der Gesuchstellerin persönlich zugesprochen werden, nicht zu beanstanden. Für die beiden Kinder fallen monatliche Kosten von total mindestens Fr. 1'540.– an (Fr. 800.– Grundbetrag, Fr. 110.– Krankenkasse, Fr. 50.– Anteil Telekommunikation, Fr. 500.– Anteil Wohnkosten, Fr. 80.– Spielgruppe). Daraus ergibt sich, dass die festgesetzten Kinderunterhaltsbeiträge angemessen sind.

Demnach ist der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin monatliche Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 4'380.–, nämlich je Fr. 1'000.– (zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen) je Kind sowie Fr. 2'380.– für die Gesuchstellerin persönlich, rückwirkend ab dem 1. Oktober 2011 für die weitere Dauer des Getrenntlebens zu bezahlen; zahlbar monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.

4. Unterhaltsbeiträge vor Trennung

4.1. Die Vorinstanz verpflichtete den Gesuchsgegner, der Gesuchstellerin den Betrag von Fr. 11'771.60 (bestehend aus Haushaltsgeld/Taschengeld von monatlich Fr. 900.– für die Monate Juni bis September 2011; einem Grundbetrag für die Kinder von monatlich Fr. 800.– für die Monate Juli bis September 2011 und von

der Gesuchstellerin bezahlte Rechnungen im Betrag von Fr. 5'772.60) für die Zeit vor der Trennung zu bezahlen (Urk. 35 S. 21 und act. 19 S. 10).

4.2. Der Gesuchsgegner führt aus, die Gesuchstellerin habe von ihm im Mai 2011 durch die hälftige Teilung der Bank- und Postkontoguthaben aus seiner Er rungenschaft rund Fr. 70'000.– zur Deckung der Lebenshaltungskosten erhalten. Für eine Rückvergütung irgendwelcher Zahlungen durch die Gesuchstellerin, Taschengeld und Grundbeträge für die Kinder bestehe unter diesem Vorzeichen kein Anlass. Zudem enthalte der von der Vorinstanz zugesprochene Betrag Gesundheitskosten, die von der Krankenkasse rückvergütet würden. Es handle sich dabei um die in act. 19 Ziff. 18 lit. c aufgeführten Beträge von total Fr. 1'330.95 (Urk. 34 S. 9 f.).

4.3. Die Gesuchstellerin erklärt, es habe sich einerseits um Fr. 50'000.– und nicht um 70'000.– gehandelt, andererseits sei dieser Betrag für die güterrechtliche Auseinandersetzung (und somit nicht im Eheschutzverfahren) relevant. Der Betrag von rund Fr. 50'000.– sei nicht zur Deckung der Lebenshaltungskosten der Gesuchstellerin während der Trennung gedacht gewesen (Urk. 42 S. 13).

4.4. Gemäss Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB hat der Richter auf Begehren die Geldbeiträge, die der eine Ehegatte dem anderen schuldet, festzusetzen, wenn die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes begründet ist. Der Beginn der Pflicht zur Zahlung von Geldbeträgen nach Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB dürfte in den meisten Fällen insofern mit der Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes zusammenfallen, als dass der Unterhaltspflichtige ab diesem Zeitpunkt regelmässig für die Kosten des anderen Haushaltes nicht mehr 'direkt' aufkommen dürfte. Der Anspruch der Ehegatten auf Unterhalt besteht indes gestützt auf Art. 163 ZGB bereits vor der Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes; der Eheschutzrichter kann solche Unterhaltsbeiträge denn auch gemäss Art. 173 ZGB während des Zusammenlebens festsetzen.

Die Unterhaltspflicht gemäss Art. 163 ZGB, welche Ausfluss der ehelichen Beistandspflicht ist (Art. 159 ZGB), endet erst mit der Auflösung der Ehe. Sie richtet sich nach den Bedürfnissen der Familie sowie nach der Leistungsfähigkeit der

Ehegatten. Dabei beurteilen sich die wirtschaftlichen Verhältnisse der Ehegatten in erster Linie nach deren Erwerbseinkommen und Vermögenserträgen. Erst wenn das eheliche Einkommen für die Bestreitung des gebührenden Familienunterhaltes nicht ausreicht, haben die Ehegatten keinen Anspruch mehr darauf, ihr Vermögen zu schonen. Dann können sie für eine kurze Zeit aufgrund der Beistandspflicht gehalten sein, für die Bestreitung des Unterhaltes der Familie ihr Vermögen anzugreifen (ZK-Bräm/Hasenböhler, Art. 163 N 6 und 104, Art. 159 N 119; BK-Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 163 N 22). Die Vermögenssubstanz ist damit bloss subsidiär heranzuziehen (BGer 5P.173/2002 vom 29. Mai 2002, E. 5).

Aus dem Ausgeführten ergibt sich, dass der Unterhalt der Parteien grundsätzlich aus dem laufendem Einkommen des Gesuchsgegners zu decken ist. Dies ist vorliegend – wie aus obenstehender Berechnung hervorgeht – für die Zeit, als die Parteien noch in einem Haushalt lebten, möglich. Hätte die Gesuchstellerin hingegen ihre Auslagen aus der ihr überwiesenen Errungenschaft des Gesuchsgegners zu bezahlen, könnte dies eine Vermögensverschiebung vor der Scheidung bzw. dem Datum der Gütertrennung am 18. August 2011 zur Folge haben. Der Gesuchsgegner hat ihr somit grundsätzlich Unterhaltsbeiträge für die Zeit vor der Trennung zu bezahlen.

Vom Gesuchsgegner wurde nicht bestritten, dass das Taschen-/Haushaltsgeld für die Gesuchstellerin im Betrag von Fr. 900.– für die Monate Juni bis September 2011 sowie der Grundbetrag für die Kinder von Fr. 800.– für die Monate Juli bis September 2011 zum ehelichen Lebensstandard gehörten, womit der Gesuchstellerin diesbezüglich ein Total von Fr. 6'000.– zuzusprechen ist. Was der von der Gesuchstellerin geforderte Betrag für von ihr bezahlte Rechnungen anbelangt, gilt es jedoch wie folgt zu differenzieren: Die Nebenkostenabrechnung der Miteigentümergeinschaft ... vom 5. Juli 2011 im Betrag von Fr. 1'700.– (act. 20/8) sowie die Rechnung der EKZ vom 7. Oktober 2011 im Betrag von Fr. 240.65 (act. 20/9) betreffen Nebenkosten aus der Zeit des Zusammenlebens der Parteien, der Gesuchsgegner hat deshalb für diese Beträge aufzukommen. Die von der Gesuchstellerin geforderten Hypothekarkosten im Betrag von total Fr. 2'500.– betreffen jedoch die Monate Oktober und November 2011 (act. 19 S. 10). Sie sind

von der Gesuchstellerin aus den ihr ab Oktober 2011 zugesprochenen Unterhaltsbeiträgen zu bezahlen. Das gleiche gilt für die zwei Arztrechnungen der Gesuchstellerin vom 12. Oktober 2011 (Behandlung vom 11. Oktober 2011; act. 20/5) und vom 13. Oktober 2011 (Behandlung vom 7. Oktober 2011; act. 20/6). Was die Arztrechnung vom 23. Oktober 2011 für die Tochter D. _____ in der Höhe von Fr. 1'164.25 anbelangt (act. 20/7) macht selbst die Gesuchstellerin nicht geltend, sie bezahlt zu haben. Der Gesuchsgegner habe die Rechnungen der gemeinsamen Töchter jeweils bezahlt. Jedoch sei ihres Wissen diese Rechnung offen (act. 19 S. 9). Damit hat die Gesuchstellerin weder behauptet noch glaubhaft gemacht, diese Rechnung bezahlt zu haben. Der geforderte Betrag kann ihr nicht zugesprochen werden. Der Gesuchstellerin ist vom Gesuchsgegner damit ein Betrag von Fr. 1'940.65 für bezahlte Rechnungen zu vergüten. Zusammen mit den Fr. 6'000.– für das Haushaltgeld/Taschengeld bzw. den Grundbetrag der Kinder ergibt dies einen Anspruch von Fr. 7'940.65. Der Gesuchsteller ist zu verpflichten, der Gesuchstellerin für die Zeit vor der Trennung Unterhaltsbeiträge von Fr. 7'940.65 zu bezahlen.

III.

1. Die Gerichtsgebühr ist in Anwendung der § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit §§ 2, 5, 6 Abs. 1 und 2 lit. b und 8 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 zu berechnen. Ausgehend von den vorliegend zu beurteilenden strittigen Punkten und den damit verbundenen tatsächlichen und rechtlichen Fragestellungen ist von einem eher einfachen Fall auszugehen und die Gebühr auf Fr. 3'000.– festzusetzen.

2. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind in der Regel der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Obsiegt keine Partei vollständig, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO kann das Gericht von diesen Verteilungsgrundsätzen in familienrechtlichen Prozessen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen. Es spielt dabei keine Rolle, ob es sich um vermögensrechtliche oder nichtvermögensrechtliche Streitigkeiten handelt (Urwyler, in: DIKE-Komm-

ZPO, Art. 107 N 5). Dabei kann auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Parteien abgestellt werden. Es ist aber hervorzuheben, dass auch bei familienrechtlichen Verfahren die Grundnorm Art. 106 ZPO ist: Soweit das Verursacherprinzip sachgerecht ist und keine besonderen Gründe vorliegen, die einen Billigkeitsentscheid nahelegen, ist nach Art. 106 ZPO zu entscheiden (Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 107 N 12).

2.1. Betreffend die Unterhaltsbeiträge nach der Trennung beantragt der Gesuchsgegner eine Herabsetzung auf Fr. 3'510.– (inkl. Kinderzulagen), während die Gesuchstellerin eine Beibehaltung der bisherigen Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 5'050.– (Fr. 4'650.– zuzüglich Fr. 400.– Kinderzulagen) verlangt. Mit den vorliegend berechneten monatlichen Unterhaltsbeiträgen in der Höhe von Fr. 4'780.– (Fr. 4'380.– zuzüglich Fr. 400.– Kinderzulagen) werden gegenüber dem Antrag des Gesuchgegners rund Fr. 1'200.– mehr und gegenüber jenem der Gesuchstellerin rund Fr. 300.– weniger zugesprochen. Der Gesuchsgegner unterliegt hier im Verhältnis 4:1. Bei der Unterhaltsnachzahlung verlangt der Gesuchsgegner die vollständige Aufhebung. Die Gesuchstellerin dagegen beantragt die Beibehaltung des von der Vorinstanz zugesprochenen Betrags von Fr. 11'771.60. Mit der Verpflichtung des Gesuchstellers zur Bezahlung von Fr. 7'940.65 unterliegt der Gesuchsgegner hier im Verhältnis 2:1.

2.2. Bei diesem Ausgang des Verfahrens rechtfertigt es sich (die Unterhaltsbeiträge nach Trennung werden für eine längere Zeit festgesetzt), die Gerichtskosten den Parteien im Verhältnis 4:1, d.h. 4/5 zu Lasten des Gesuchsgegners aufzuerlegen.

3. Die Parteientschädigung ist gestützt auf § 13 Abs. 1 in Verbindung mit §§ 2, 5, 6 Abs. 1 und Abs. 3 und 9 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 zu berechnen. Gemäss dieser Verordnung setzt sich die Entschädigung aus einer Grundgebühr und allfälligen Zuschlägen zusammen (§ 11 AnwGebVO). In Anwendung eben genannter Bestimmungen ist die volle Prozessentschädigung für das Berufungsverfahren im vorliegenden – wie dargelegt eher einfachen – Fall auf Fr. 3'000.– festzulegen.

Ausgehend von der Auferlegung der Gerichtskosten im Umfang von 4/5 an den Gesuchsgegner und 1/5 an die Gesuchstellerin ist der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin eine auf 3/5 reduzierte Prozessentschädigung, d.h. Fr. 1'800.– (zuzüglich 8 % MwSt. im Betrag von Fr. 144.–, Total Fr. 1'944.–) zu bezahlen.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung des Gesuchsgegners werden die Dispositiv-Ziffern 4 und 5 des Urteils des Bezirksgerichtes Affoltern vom 29. März 2012 aufgehoben.
2. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin monatliche Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 4'380.–, nämlich je Fr. 1'000.– (zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen) je Kind sowie Fr. 2'380.– für die Gesuchstellerin persönlich, rückwirkend ab dem 1. Oktober 2011 für die weitere Dauer des Getrenntlebens zu bezahlen; zahlbar monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.
3. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für die Zeit vor der Trennung Unterhaltsbeiträge von Fr. 7'940.65 zu bezahlen, zahlbar innert 30 Tagen ab Rechtskraft des Urteils.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchstellerin zu einem Fünftel und dem Gesuchsgegner zu vier Fünfteln auferlegt und mit seinem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner den geleisteten Vorschuss im Betrag von Fr. 600.– zu ersetzen.
6. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'944.– zu bezahlen.

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Affoltern und an die Obergerichtskasse, 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 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 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, 3. September 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Iseli

versandt am: