

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY120016-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiber
lic. iur. D. Oehninger.

Beschluss und Urteil vom 11. Juli 2012

in Sachen

A. _____,

Beklagte, Massnahmebeklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Kläger, Massnahmekläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes
Horgen vom 11. April 2012; Proz. FE080295**

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind seit dem 5. Oktober 1995 verheiratet, und aus der Ehe gingen zwei Kinder, C._____, geboren am tt.mm.1997, und D._____, geboren tt.mm.1999, hervor. Die Parteien stehen sich vor der Vorinstanz – nach einem vorgängigen Eheschutzverfahren (EE080009) – seit dem 31. Oktober 2008 in einem Scheidungsverfahren auf Klage des Berufungsbeklagten im Sinne von Art. 114 ZGB gegenüber (act. 12/2). Nach ersten durch den heutigen Berufungsbeklagten Anfangs 2009 angebehrten vorsorglichen Massnahmen (act. 12/23), über welche am 24. Februar 2009 verhandelt wurde (Prot. VI S. 3 ff.), schlossen die Parteien im Februar 2010 eine Teilvereinbarung über die Scheidungsfolgen, welche (analog der nach wie vor geltenden Regelung aus dem Eheschutzverfahren) vorsah, dass die Berufungsklägerin die elterliche Sorge für die beiden gemeinsamen Kinder erhalten und dem Berufungsbeklagten und den Kindern ein gegenseitiges Besuchsrecht eingeräumt werden sollte (act. 57 und 65). Ende 2010 jedoch zogen die Kinder der Parteien von der Berufungsklägerin zum Berufungsbeklagten um und es wurden Vorwürfe wegen angeblichen sexuellen Übergriffen durch den damaligen (neuen) Partner der Berufungsklägerin auf die Kinder laut (vgl. act. 89 ff.). In der Folge wurde diesbezüglich ein Strafverfahren gegen den Partner der Berufungsklägerin eröffnet und dieser in Untersuchungshaft genommen. Die Strafakten wurden beigezogen (act. 12/144/1-9). Aufgrund der veränderten Betreuungssituation stellte der Berufungsbeklagte im Februar 2011 neue Anträge auf vorsorgliche Massnahmen (act. 91) und widerrief die Teilvereinbarung über die Scheidungsfolgen vom Februar 2010 bezüglich der Kinderbelange. Nach erneuter Anhörung der Kinder (act. 115a+b) und einer Verhandlung über die neu beantragten vorsorglichen Massnahmen (Prot. VI S. 51 ff.) wurden die Folgen des Getrenntlebens der Parteien durch die Vorinstanz schliesslich – in Abänderung der Verfügung des Eheschutzrichters – mit Verfügung vom 11. April 2012 neu geregelt (act. 4/1 = 11 = 12/163).

2. Prozessthema der vorliegenden Berufung ist zur Hauptsache der Ehegattenunterhalt sowie das Besuchsrecht bis zur anstehenden Scheidung. Diesbezüglich legte der Einzelrichter am Bezirksgericht Horgen – vor welchem die Parteien im Jahre 2008 ein Eheschutzverfahren führten (EE080009, act. 12/5) – gestützt auf eine Vereinbarung der Parteien mit Verfügung vom 27. August 2008 für die Trennungszeit Folgendes fest (act. 12/4 S. 5 f.):

- "1. Es wird vorgemerkt, dass die Parteien seit 1. Oktober 2006 auf unbestimmte Zeit getrennt leben.
2. Die Kinder, C._____, geb. tt.mm.1997, und D._____, geb. tt.mm.1999, werden für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Klägerin gestellt.
3. Die Vereinbarung über die weiteren Nebenfolgen des Getrenntlebens wird vorge-merkt und bezüglich Ziff. 3, 5 und 10 genehmigt.
4. [Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB für Kinder]
5. [Ersuchen an Vormundschaftsbehörde Z._____]
6. [Gütertrennung per 5. Mai 2008]
7. [Gerichtsgebühr]
8. [Kostenauflage]
- 9 [Vormerk Verzicht auf Prozessentschädigung]
10. [Schriftliche Mitteilung]
11. [Begründung und Rekurs]"

Die damalige Vereinbarung der Parteien zur Regelung des Getrenntlebens lautet im Übrigen wie folgt (act. 12/5/47):

- "1. [Getrenntleben]
2. [Obhut Kinder]
3. Die Parteien einigen sich über das Besuchsrecht untereinander. Sollte eine Einigung nicht zustande kommen, gilt folgende Regelung:

Der Beklagte ist berechtigt, die Kinder
 - jedes 2. Wochenende von Freitagabend, 18.00 Uhr, bis Sonntagabend, 18.00 Uhr, sowie
 - während der Doppelfeiertage an Weihnachten vom 24. Dezember, 10.00 Uhr, bis 25. Dezember, 20.00 Uhr
 - während der Doppelfeiertage Sylvester/Neujahr sind die Kinder immer bei der Klägerin - sowie

- in den geraden Jahren über die ganzen Osterfeiertage von Karfreitag, 10.00 Uhr, bis Ostermontag, 18.00 Uhr, und in den ungeraden Jahren über die ganzen Pfingstfeiertage von Pfingstsonntag, 10.00 Uhr, bis Pfingstmontag, 18.00 Uhr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Ausserdem ist der Beklagte berechtigt, die Kinder während der Schulferien für die Dauer von 3 Wochen pro Jahr jeweils von Freitag, 18.00 Uhr, bis Sonntag, 18.00 Uhr) auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen. Der Beklagte verpflichtet sich, die Ausübung des Ferienbesuchsrechts mindestens drei Monate im Voraus anzumelden.

4. [Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB]
5. Der Beklagte verpflichtet sich, der Klägerin für die Kinder je monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'000.- (inkl. allfälliger Kinderzulagen) zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, rückwirkend ab 1. Februar 2007.
6. Der Beklagte verpflichtet sich, der Klägerin für sich persönlich einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'100.- zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, rückwirkend ab 1. Februar 2007.

Der Beklagte verpflichtet sich weiter, der Klägerin für sich persönlich die Hälfte der Netto-Bonusauszahlung für das Jahr 2008 und für die folgenden Jahre jeweils innert 30 Tagen seit der Auszahlung zu bezahlen.

Der Beklagte verpflichtet sich weiter, der Klägerin für sich persönlich vom Bonus für das Jahr 2007 den Betrag von Fr. 8'000.- netto innert 30 Tagen ab Rechtskraft des Eheschutzentscheids zu bezahlen sowie die Amortisationen auf die eheliche Liegenschaft bis und mit Juni 2008 zu bezahlen und der Klägerin nachzuweisen.

7. Der Beklagte verpflichtet sich, die für die eheliche Liegenschaft an der E. _____ - Strasse in ... Z. _____ anfallenden Kosten (Hypothekarzins, Baurechtszins, Gebäudeversicherung, Rechnungen TUWAG [für Heizung, Wasser, Abwasser, Kehrichtgebühr, etc.]) direkt zu bezahlen. Die übrigen Unterhaltskosten gehen zu Lasten der Klägerin.
8. Den vorstehenden Unterhaltsvereinbarungen liegen folgende finanzielle Verhältnisse der Parteien zugrunde (je pro Monat, gerundet):
 - Einkommen Beklagter: Fr. 11'900.- (inkl. Kinderzulagen; zzgl. Bonuszahlung in noch unbekannter Höhe);
 - Bedarf Beklagter: Fr. 3'970.- für sich selber, plus Fr. 3'900.- Kosten für die eheliche Liegenschaft;
 - Einkommen Klägerin: Fr. 700.-;
 - Bedarf Klägerin (inkl. Kinder): Fr. 2'900.-.
9. Die Parteien kommen überein, dass die eheliche Liegenschaft an der E. _____ - Strasse in ... Z. _____ samt Mobiliar und Hausrat der Klägerin und den Kindern zur alleinigen Benützung überlassen wird. Die Klägerin verpflichtet sich, den vom Beklagten beauftragten Liegenschaftsschätzer nach einer Vorankündigungsfrist von 2 Wochen Zutritt zur ehelichen Liegenschaft zu gewähren.
10. [Gütertrennung]
11. [Rückzug übrige Anträge]
12. [Kosten/Entschädigung]"

Der Berufungsbeklagte beantragte im Massnahmeverfahren vor Vorinstanz folgendes (act. 12/129 S. 1 f.):

- "1. In Abänderung von Ziffer 2 der Eheschutzverfügung des Bezirksgerichts Horgen vom 27. August 2008 seien die gemeinsamen Kinder der Parteien, C._____, geb. tt.mm.1997, und D._____, geb. tt.mm.1999, im Sinne einer vorläufigen Anordnung für die Dauer des Scheidungsverfahrens, unter die Obhut des Klägers zu stellen.
2. Es sei Ziffer 3 der Eheschutzverfügung des Bezirksgerichts Horgen vom 27. August 2008 aufzuheben.
3. Einstweilen sei davon abzusehen, der Beklagten ein Wochenend-, Feiertags- und Ferienbesuchsrecht einzuräumen.
- 4.a. In Abänderung von Ziffer 5 der Eheschutzverfügung des Bezirksgerichts Horgen vom 27. August 2008 sei die Pflicht des Klägers zur Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen für die Kinder C._____, und D._____, im Sinne einer vorläufigen Anordnung für die Dauer des Scheidungsverfahrens und rückwirkend auf den 1. Januar 2011, vollumfänglich aufzuheben.
- 4.b. Es sei die Krankenkasse F._____, SA, ... [Adresse], gerichtlich anzuweisen, die Police der Kinder C._____, und D._____ rückwirkend auf den 1. Januar 2011 auf den Kläger zu überschreiben.
- 5.a. Im Weiteren sei festzustellen, dass der Kläger seit dem 1. Januar 2011 seiner Unterhaltspflicht gegenüber den beiden Kindern C._____, und D._____ vollumfänglich mittels alleiniger Betreuung und direkter Begleichung sämtlicher Kosten des Unterhalts und der Erziehung der Kinder nachkommt.
- 5.b. Eventualiter sei die Beklagte zu verpflichten, für die Kinder C._____, und D._____, im Sinne einer vorläufigen Anordnung für die Dauer des Scheidungsverfahrens angemessene Unterhaltsbeiträge zu bezahlen.
- 6.a. In Abänderung der Ziffern 6, 7 und 8 der Eheschutzverfügung des Bezirksgerichtes Horgen vom 27. August 2008 seien die Unterhaltsbeiträge der Beklagten, ebenfalls im Sinne einer vorläufigen Anordnung für die Dauer des Scheidungsverfahrens und rückwirkend auf den 1. Februar 2011 angemessen zu reduzieren beziehungsweise aufzuheben.
- 6.b. Eventualiter sei die Beklagte im Sinne einer vorläufigen Anordnung rückwirkend auf den 1. April 2011 zu verpflichten, dem Kläger einen angemessenen Beitrag für das Wohnen der ehelichen Liegenschaft zukommen zu lassen.
- 6.c. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger die von ihm zuviel bezahlten Unterhaltsbeiträge innert 10 Tagen ab Rechtskraft der Verfügung zurückzuerstatten.
7. In Abänderung von Ziffer 9 der Eheschutzverfügung des Bezirksgerichtes Horgen vom 27. August 2008 sei die Beklagte zu verpflichten, die eheliche Liegenschaft an der E._____-Strasse, ... Z._____, unter Mitnahme der persönlichen Gegenstände bis spätestens 30. Juni 2011 definitiv zu verlassen.
8. Es sei festzustellen, dass sich die Parteien geeinigt haben, die Liegenschaft, E._____-Strasse, ... Z._____, schnellst- und bestmöglich zu verkaufen und die Kaufpreiszahlung auf ein gemeinsames bei der G._____ zu errichtendes Sperrkonto einzahlen zu lassen. Sodann sei festzustellen, dass der Hauseigentümerverband Zürich mit dem Mandat zu betrauen ist.

Es sei die Beklagte anzuhalten, bei der Verkaufsabwicklung soweit erforderlich und innert nützlicher Frist mitzuwirken.

9. Unter ausgangsgemässer Aufteilung der Kosten- und Entschädigungsfolgen."

Die Berufungsbeklagte hingegen stellte in Bezug auf das Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen folgende Anträge (act. 12/130 S. 1):

"Es seien die Anträge des Klägers auf Erlass/Abänderung vorsorglicher Massnahmen im Scheidungsverfahren vollumfänglich abzuweisen, insbesondere seien die Kinder C._____, geb. tt.mm.1997, und D._____, geb. tt.mm.1999, unter der Obhut der Klägerin [recte: der Beklagten] zu belassen, dies unter unveränderter Regelung der finanziellen Verhältnisse gemäss Verfügung vom 27. August 2008.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers."

Die Vorinstanz fällte schliesslich nachstehenden Massnahmeentscheid (act. 4/1 = 11 = 12/163):

- "1. Dispositiv-Ziffern 2 und 3 der Zweitverfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren (Eheschutz) am Bezirksgericht Horgen vom 27. August 2008 werden aufgehoben und durch folgende Fassungen ersetzt:
2. Die Kinder C._____, geb. tt.mm.1997, und D._____, geb. tt.mm.1999, werden rückwirkend ab 1. Januar 2011 für die Dauer des Scheidungsverfahrens unter die Obhut des Massnahmeklägers gestellt.
3. Die Vereinbarung der Parteien über die weiteren Nebenfolgen des Getrenntlebens wird in den nachfolgenden Punkten durch folgende Fassungen ersetzt:
 3. Die Massnahmebeklagte wird berechtigt erklärt, die Kinder jeden 2. Samstag von 10.00 Uhr bis 20.00 Uhr sowie jedes Jahr am Ostermontag, Pfingstmontag, 26. Dezember und 2. Januar auf eigene Kosten zu sich oder mit sich unter der Auflage, dass das Besuchsrecht nicht in der ehelichen Liegenschaft an der E._____-Strasse in Z._____ ausgeübt und H._____, geb. tt.mm.1964, nicht anwesend ist, auf Besuch zu nehmen.
 5.
 - a) Die Pflicht des Massnahmeklägers zur Zahlung von Kinderunterhaltsbeiträgen wird rückwirkend ab 1. Januar 2011 aufgehoben.
 - b) Die Massnahmebeklagte wird nicht zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen für die Kinder verpflichtet.
 6. Der Massnahmekläger wird verpflichtet, der Massnahmebeklagten für sich persönlich folgende monatliche Unterhaltsbeiträge zu bezahlen:
 - Fr. 1'780.-- ab 1. Januar 2011 bis 31. Juli 2012,
 - Fr. 0.-- ab 1. August bis 30. September 2012,
 - Fr. 2'070.-- ab 1. Oktober 2012.

Diese Unterhaltsbeiträge sind monatlich im Voraus, je auf den Ersten eines jeden Monats, zahlbar. Allfällig bereits geleistete Zahlungen sind an diese Unterhaltsbeiträge anzurechnen.

7. a) Der Massnahmekläger bleibt verpflichtet, die für die eheliche Liegenschaft an der E. _____-Strasse in ... Z. _____ anfallenden Kosten (Hypothekarzins, Baurechtszins, Gebäudeversicherung, Rechnungen TUWAG [für Heizung, Wasser, Abwasser, Kehrichtgebühr, etc.]) direkt zu bezahlen. Die übrigen Unterhaltskosten gehen bis zum Auszug der Massnahmebeklagten zu deren Lasten.
b) Der Massnahmekläger ist berechtigt, die von ihm nach dem 30. September 2012 weiterbezahlten Kosten der ehelichen Liegenschaft vom aus dem Verkauf derselben erzielten Verkaufserlös vorab zu beziehen.
 8. Der Unterhaltsregelung liegen folgende finanzielle Verhältnisse der Parteien zugrunde:
 - Einkommen Massnahmekläger:
Fr. 15'150.-- (exkl. Kinderzulagen, inkl. Anteil Bonus);
 - Einkommen Massnahmebeklagte:
Fr. 3'400.-- ab August 2012;
 - Bedarf Massnahmekläger:
Fr. 13'181.-- von Januar 2011 bis Juli 2012,
Fr. 14'697.-- von August bis September 2012,
Fr. 10'945.-- ab Oktober 2012;
 - Bedarf Massnahmebeklagte:
Fr. 1'681.-- von Januar 2011 bis Juli 2012,
Fr. 2'601.-- von August bis September 2012,
Fr. 4'401.-- ab Oktober 2012.
 9. a) Es wird davon Vormerk genommen, dass sich die Parteien einig sind, dass die eheliche Liegenschaft an der E. _____-Strasse in ... Z. _____ bestmöglich verkauft werden soll.
b) Die Massnahmebeklagte wird verpflichtet, die eheliche Liegenschaft an der E. _____-Strasse in ... Z. _____, unter Mitnahme ihrer persönlichen Gegenstände bis spätestens 30. September 2012 zu verlassen.
4. Im Übrigen werden die Massnahmeanträge beider Parteien abgewiesen, soweit auf sie eingetreten wird.
 5. [Kosten- und Entschädigungsfolgen im Endentscheid]
 6. [Schriftliche Mitteilung]
 7. [Berufung]"

3. Vorgenannter Massnahmeentscheid der Vorinstanz ging der Berufungsklägerin am 16. April 2012 zu (act. 12/164/1). Sie erhob dagegen Berufung mit nachfolgenden Anträgen (act. 3):

- "1. es sei Ziff. 3.3. der Verfügung des Bezirksgerichts Horgen vom 11.04.2012 (FE080295) dahingehend abzuändern, dass der Berufungsklägerin neben dem verfügt Besuchsrecht ein Ferienrecht im Umfang von jährlich sieben Tagen während den Sommerferien der gemeinsamen Kinder D._____ und C._____ zum Zwecke des Besuchs der Grosseltern der Kinder mütterlicherseits in I._____ gewährt wird;
 - 1.1. es sei Ziff. 3.3. der Verfügung des Bezirksgerichts Horgen vom 11.04.2012 (FE080295) dahingehend abzuändern, dass der Berufungsklägerin das Besuchsrecht anstelle von jedem zweiten Samstag, jeden zweiten Sonntag gewährt wird;
 2. es sei Ziff. 3.6. der Verfügung des Bezirksgerichts Horgen vom 11.04.2012 (FE080295) dahingehend abzuändern bzw. zu ergänzen, dass der Berufungsbeklagte zu verpflichten sei, der Berufungsklägerin für die Ausübung des Besuchsrechts ausserhalb der ehelichen Liegenschaft pro Besuchstag CHF 100.00 zu bezahlen;
 3. es sei Ziff. 3.6. und 3.8. der Verfügung des Bezirksgerichts Horgen vom 11.04.2012 (FE080295) dahingehend abzuändern, dass der Berufungsbeklagte zu verpflichten sei, der Berufungsklägerin ab Oktober 2012 CHF 3'196.00 an monatlichem Unterhalt zu bezahlen;
 - 3.1. eventualiter sei Ziff. 3.6. und 3.8. der Verfügung des Bezirksgerichts Horgen vom 11.04.2012 (FE080295) dahingehend abzuändern, dass der Berufungsbeklagte zu verpflichten sei, der Berufungsklägerin ab Oktober 2012 CHF 2'768.00 an monatlichem Unterhalt zu bezahlen;
 4. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzügl. 8 % MWST zu Lasten des Berufungsbeklagten."

Der Rechtsvertreter der Berufungsklägerin reichte die Berufungsbegründung als elektronisch Eingabe ein. Er versandte sie, korrekt elektronisch signiert, am 26. April 2012 um 23:51 Uhr per Email von seinem Computer (act. 2/1 und 9/2). Aufgrund der zeitlichen Nähe zum Fristablauf um Mitternacht des 26. April 2012 (Art. 314 Abs. 1 ZPO, vgl. act. 12/164/1) stellt sich nachfolgend die Frage der Rechtzeitigkeit der elektronischen Eingabe. Der Berufungsklägerin wurde zweimal Frist angesetzt um zu belegen, dass sie die gesetzlichen Vorgaben zur Fristwahrung bei elektronischen Eingaben (Art. 143 Abs. 2 ZPO) eingehalten hat. Zudem wurde sie aufgefordert, einen Vorschuss für die Gerichtskosten zu leisten und die Prozessleitung wurde delegiert (act. 13 und 26). Nach Gewährung einer Fristerstreckung für die Leistung des Vorschusses (act. 23) stellte die Berufungsklägerin den Antrag, das Prozessthema sei einstweilen auf die Frage der Fristwahrung zu beschränken und es sei daher vorerst auf die Einforderung des Kostenvorschusses zu verzichten (act. 24). Schliesslich stellte sie ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (act. 30). Das vorliegende Berufungsverfahren erweist sich als spruchreif.

II.

1. Am 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Gemäss deren Art. 405 Abs. 1 gilt für Rechtsmittel das Recht, welches bei Eröffnung des Entscheides, vorliegend am 13. bzw. 16. April 2012 (act. 12/164/1+2), in Kraft war und damit (im Unterschied zum vorinstanzlichen Verfahren) das eidgenössische.

2.1 Gemäss Art. 4 der Verordnung über die elektronische Übermittlung im Rahmen von Zivil- und Strafprozessen sowie von Schuldbetreibungs- und Konkursverfahren vom 18. Juni 2010 (SR 272.1) sind elektronische Eingaben an eine Behörde an die Adresse auf der von ihr verwendeten (vom Bund anerkannten) Zustellplattform zu senden. Derzeit sind sowohl IncaMail als auch PrivaSphere (neben anderen, vgl. <http://www.bk.admin.ch/themen/egov/05755>, letztmals besucht am 5. Juli 2012) als Zustellplattformen im Sinne von Art. 2 obgenannter Übermittlungsverordnung vom Bund anerkannt.

2.2 Art. 143 Abs. 2 ZPO legt fest, dass die Einreichung einer fristgebundenen elektronischen Eingabe rechtzeitig erfolgt ist, wenn der Empfang bei der Zustelladresse des Gerichts spätestens am letzten Tag der Frist durch das betreffende Informatiksystem bestätigt worden ist (vgl. auch S. 3 f. der Erläuterungen des Bundesamtes für Justiz zu obgenannter Übermittlungsverordnung). Mit dem "betreffenden Informatiksystem" bzw. der "Zustelladresse des Gerichts" ist die Adresse "kanzlei.obergericht@gerichte-zh.ch" auf der Zustellplattform des Obergerichts (zur Zeit IncaMail) gemeint (Art. 4 obgenannter Übermittlungsverordnung, vgl. zum Ganzen Merz, DIKE-Komm-ZPO, Art. 143 N 16; BSK ZPO-Benn, Art. 143 N 16-18; KUKO-ZPO Hoffmann-Nowotny, Art. 143 N 9; Gasser/Rickli, ZPO-Kurzkommentar, Art. 143 N 2; ZK ZPO-Staehelin, Art. 143 N 5; vgl. auch Botschaft ZPO, BBl 2006 S. 7308; vgl. auch die analoge Regelung nach Art. 48 Abs. 2 BGG sowie dazu BSK BGG-Amstutz/Arnold, 2. Auflage 2011, Art. 48 N 16, 19 und insbesondere die Botschaft zum BGG, BBl 2001 S. 4267).

2.3 Gemäss Gesetzestext und Botschaft zur ZPO muss der Eingang der elektronischen Eingabe noch innert Frist vom empfangenden Gericht (allenfalls automatisch) bestätigt worden sein und es gilt (im Unterschied zu schriftlichen Eingaben, wo das Expeditionsprinzip gilt) das Empfangsprinzip (Botschaft ZPO, BBI 2006 S. 7308). Die Berufungsklägerin trägt folglich, wenn sie für ihre Eingabe den elektronischen Versandweg wählt – nach erklärtem Willen des Gesetzgebers – das Übermittlungsrisiko bis zum Eintreffen ihrer elektronischen Eingabe auf der Zustellplattform des Gerichts (Art. 143 Abs. 2 ZPO; Botschaft ZPO, BBI 2006 S. 7308; vgl. auch KUKO ZPO-Hoffmann-Nowotny, Art. 143 N 9 m.w.H.). Im Übrigen kann auf die Erwägungen in der Präsidualverfügung vom 9. Mai 2012 (act. 13) sowie in der Verfügung vom 24. Mai 2012 (act. 26) verwiesen werden.

3. Der Rechtsvertreter der Berufungsklägerin ist Vertragspartner der Zustellplattform PrivaSphere AG, weshalb er seine elektronische Eingabe am 26. April 2012, 23:51 Uhr von seinem Computer an seine Zustellplattform (PrivaSphere) sandte (act. 2/1, diese Zeitangabe des Emailprogramms des Absenders ist allerdings nicht verlässlich, da unter Umständen manipulierbar, vgl. dazu und auch zum gesamten technischen Aufbau des nachfolgend beschriebenen Versandprozederes https://www.privaspHERE.com/hp/index.php?id=212&L=1&ref=GAC_501, letztmals besucht am 5. Juli 2012). Seine Zustellplattform (PrivaSphere) leitete die Sendung in der Folge an die Zustellplattform des Obergerichts (IncaMail) weiter. Dem Rechtsvertreter der Berufungsklägerin wurde von *seiner* Zustellplattform (PrivaSphere) am 26. April 2012 um 23:51:24 Uhr MESZ (Mittleuropäische Sommerzeit; act. 25/1/1) eine automatische Bestätigung (Versandbestätigung/Belegexemplar/Archivkopie) zugestellt, dass die elektronische Eingabe bei PrivaSphere eingetroffen war und am 26. April 2012 um 23:51:11 Uhr MESZ (eGov Sendedatum, nach Art. 12 des Bundesgesetzes über die elektronische Signatur, ZertES, beglaubigte Zeitsignatur, vom Absender nicht manipulierbar) von PrivaSphere weiter versandt wurde (act. 25/1/1). Die Zustellplattform des Obergerichts (IncaMail) hingegen liess dem Rechtsvertreter der Berufungsklägerin erst eine automatisch erstellte Empfangsbestätigung/Delivery receipt zukommen, als die elektronische Eingabe durch einen Mitarbeiter des Obergerichts am 27. April 2012 um 7:34:26 MESZ und damit nach Fristablauf angenommen wor-

den war (die genannte Empfangsbestätigung wurde von IncaMail mit Zeitsignatur vom 27. April 2012, 7:34:50 beglaubigt, vgl. act. 9/1 = 18/1).

4. Die ZPO verlangt in Art. 143 Abs. 2 (wie bereits ausgeführt) das fristgerechte Eingehen der elektronischen Eingabe auf der Zustellplattform des Obergerichts sowie die Ausstellung einer entsprechenden Empfangsbestätigung vor Fristablauf durch die Zustellplattform des Obergerichts. Ersteres hat die Berufungsklägerin mittels einer Bestätigung von IncaMail nachgewiesen: Ihre Eingabe hat die Zustellplattform des Obergerichts gemäss IncaMail am 26. April 2012 um 23:51:11 Uhr erreicht und wurde nur Hundertstelsekunden später, um 23:51:38 MESZ ans Empfängersystem des Obergerichts ausgegeben (act. 33/5). Damit hat die Berufungsklägerin aber noch nicht die vom Gesetz verlangte, vor Fristablauf ausgestellte Bestätigung der Zustellplattform des Obergerichts vorgelegt. Das Eintreffen der Eingabe auf der Zustellplattform des Obergerichts wird dem Absender aufgrund der derzeitigen technischen Ausgestaltung des Datenverkehrs zwischen den anerkannten Zustellplattformen nicht dokumentiert, bzw. erst, wenn die elektronische Eingabe durch einen Mitarbeiter des Obergerichts angenommen bzw. abgelehnt wird. Auf diesen Zeitpunkt abzustellen wäre (nicht nur im Vergleich mit Eingaben per Post) äusserst unzweckmässig. So würde nämlich die Fristwahrung bei elektronischen Eingaben willkürlich von der Anwesenheit des Gerichtspersonals bzw. der Bedienung des Computersystems durch dieses abhängig gemacht: Das Instrument der elektronischen Eingabe würde dadurch praktisch unbrauchbar, müsste sich der Absender einer elektronischen Eingabe doch stets versichern, dass beim empfangenden Gericht ein Mitarbeiter am Computer sitzt, der die Eingabe vor Fristablauf annimmt. Darum und zur Vermeidung eines überspitzten Formalismus ist deshalb einstweilen und solange die Zustellplattform des Obergerichts dem Absender einer elektronischen Eingabe keine Eingangsbestätigung im Sinne von Art. 143 Abs. 2 ZPO zustellt, lediglich auf den fristgerechten Eingang von elektronischen Eingaben bei der Zustellplattform des Obergerichts abzustellen und auf das Erfordernis der Ausstellung einer entsprechenden Bestätigung vor Fristablauf durch die Zustellplattform einstweilen zu verzichten. Dies befreit den Absender einer elektronischen Eingabe hingegen nicht davon, – falls fraglich – den rechtzeitigen Eingang der Eingabe auf der Zustellplattform des

Obergerichts nachzuweisen. Dieser Nachweis ist der Berufungsklägerin vorliegend gelungen. Die Berufung wurde folglich fristgerecht erhoben. Da heute auch das Berufungsverfahren insgesamt spruchreif ist, erübrigt sich der Antrag der Berufungsklägerin auf Beschränkung des Prozessthemas auf die Frage der Rechtzeitigkeit.

5. Der Streitwert der vorliegenden Streitigkeit berechnet sich praxisgemäss sowie aufgrund der bereits bisher langen Verfahrensdauer ausgehend von einer geschätzten dreijährigen Verfahrensdauer laufend ab Anhebung des vorliegend streitigen (zweiten) Massnahmebegehrens vom 3. Februar 2011 bzw. ab beantragter Rückwirkung bis 1. Januar 2011 (act. 9, vgl. Diggelmann, Dike-Komm-ZPO, Art. 92 N 7). Gegenstand des Berufungsverfahrens ist auch die Unterhaltspflicht des Berufungsbeklagten und damit eine Frage vermögensrechtlicher Natur. Der massgebende Rechtsmittelstreitwert von Fr. 10'000.– (Art. 308 Abs. 2 ZPO) ist gegeben: Die Vorinstanz verpflichtete den Berufungsbeklagten (in Abänderung der Regelung aus dem Eheschutzverfahren) zu monatlichen Unterhaltszahlungen an die Berufungsklägerin von Fr. 1'780.– ab 1. Januar 2011 bis 31. Juli 2012, Fr. 0.– ab 1. August bis 30. September 2012 und Fr. 2'070.– ab 1. Oktober 2012. Die Berufungsklägerin beantragt in ihrer Berufung hingegen eine Erhöhung des Unterhaltsbeitrags lediglich ab Oktober 2012 um Fr. 1'126.– auf Fr. 3'196.– (vgl. act. 3 S. 2) sowie zusätzlich Fr. 100.– pro Besuchstag ausserhalb der vormals ehelichen Liegenschaft (jeden zweiten Samstag von Mai 2012 bis und mit September 2012, vgl. act. 4/1 = 11 = 12/163 je Dispositivziffer 3.3 und 3.9.b). Dies ergibt einen Rechtsmittelstreitwert von rund Fr. 18'000.–.

III.

1.1 Die Berufungsklägerin rügt vorab, die Vorinstanz habe bei der Abweisung ihres Antrags auf ein gerichtsbliches Ferienbesuchsrecht das Kindeswohl in klarer Weise ausser Acht gelassen. Die Berufungsklägerin akzeptiert im Grundsatz zwar, dass im Rahmen des normalen Besuchsrechts vorerst keine Übernachtungen stattfinden, bringt jedoch neu vor, die Vorinstanz missachte die Beziehung

der gemeinsamen Kinder zu ihren Grosseltern mütterlicherseits. Die Kinder hätten zu diesen eine gute Beziehung, insbesondere die gemeinsame Tochter C._____. Sie identifiziere sich stark mit dem Heimatland der Berufungsklägerin, was sich darin zeige, dass sie in ihrem Profil auf www.facebook.com I.____ (Wohnort der Eltern der Berufungsklägerin) als ihre Herkunft vermerke. Im Weiteren gebe die Tochter als bestes Land "J._____" an, was ebenfalls ein starkes Indiz für den Bezug zum Heimatland der Berufungsklägerin und den entsprechenden Grosseltern sei. Als Belege dafür reichte die Berufungsklägerin zwei Ausdrucke vom Facebook-Profil von C._____ ein (act. 4/2 und 7). Demgemäss sei erstellt, dass es im Kindeswohle liege, dass die Kinder die Möglichkeit haben müssen, den Kontakt zu ihren Grosseltern aufrecht zu erhalten. Die Berufungsklägerin sei deshalb zu ermächtigen, die Kinder für sieben Tage in den Sommerferien mit in die Ferien zu den Grosseltern der Kinder nach I._____ zu nehmen. Es handle sich hierbei nicht um ein Ferienbesuchsrecht zu Gunsten der Berufungsklägerin sondern um ein solches zu Gunsten der Grosseltern mütterlicherseits. Nachdem von der Berufungsklägerin für die Kinder keine Gefahr ausgehe, lasse sich auch ein minimales Ferienbesuchsrecht von gerade sieben Tage pro Jahr nicht ernstlich verweigern, zumal es ausschliesslich dem Besuch der Grosseltern diene (vgl. act. 3 S. 2 ff.).

1.2 Die Vorinstanz stellte zur Ausgestaltung des Besuchsrechts ausführlich Erwägungen an (act. 4/1 = 11 = 12/163 je Erw. II.3) und kam zusammengefasst zum Schluss, dass beide Kinder, sowohl anlässlich der zweiten Kinderanhörung vom 6. April 2011 als auch anlässlich der psychologischen Einschätzung vom 27. Juli 2011 den Wunsch geäussert hätten, vorerst keinen persönlichen (und allenfalls später höchstens telefonischen) Kontakt zur Berufungsklägerin haben zu wollen (act. 12/115a S. 3 und act. 12/115b S. 3, act. 12/136 S. 3 ff.). Grundsätzlich sei der Wunsch eines Kindes auf Aufhebung des Besuchsrechts gemäss Literatur und Praxis nur in Ausnahmefällen zu berücksichtigen. Vorliegend gründe die Abwehrhaltung der Kinder im verletzten Vertrauensverhältnis zur Mutter. Dies hauptsächlich, weil die Berufungsklägerin den Kindern bezüglich des sexuellen Missbrauchs, welcher ihrem (damaligen) Partner vorgeworfen werde, keinen Glauben schenke und sie die Kinder der Lüge bezichtige (act. 12/136 S. 5 und act. 12/157 Rz 7). Gleichwohl und trotz dieser (verständlichen) Abwehrhaltung der Kinder,

welche nicht auf einer gefährdenden körperlichen und psychischen Einwirkung der Berufungsklägerin selbst gründe, erscheine ein Kontakt zur Berufungsklägerin sinnvoll, insbesondere weil sie von der Geburt der Kinder bis Ende 2010 deren primäre Bezugsperson gewesen sei und insbesondere D._____ den Willen geäußert habe, in Zukunft wieder Kontakt zur Berufungsklägerin haben zu wollen (act. 12/136 S. 3). Beim Fehlen jeglicher Kontakte bestehe keine Möglichkeit, das zerrüttete Vertrauensverhältnis wieder aufzubauen. Der ablehnenden Haltung der Kinder sei jedoch bei der Festlegung der Dauer und Häufigkeit des Besuchsrechts entsprechend Rechnung zu tragen. So sei es sinnvoll und angemessen, einstweilen auf Übernachtungen zu verzichten. Ebenso sei das Besuchsrecht insofern einzuschränken, als es aufgrund des von den Kindern im ehemaligen ehelichen Haus Erlebten, nicht in jenem auszuüben sei. Auch von einem Ferienbesuchsrecht sei für die Dauer des Scheidungsverfahrens aufgrund der Abwehrhaltung der Kinder abzusehen (vgl. zum Ganzen act. 4/1 = 11 = 12/163 je Erw. II.3.5 ff.).

1.3 Das schweizerische Familienrecht kennt primär den Anspruch von Eltern und Kindern auf persönlichen Verkehr (Art. 273 ZGB). Dritten, wie z.B. Grosseltern, kann gemäss Art. 274a Abs. 1 ZGB beim Vorliegen ausserordentlicher Umstände ein Anrecht auf persönlichen Verkehr eingeräumt werden, wenn dies zusätzlich dem Kindeswohl dient. Ausserordentliche Umstände werden in vorliegendem Zusammenhang etwa bejaht, wenn die Eltern des betroffenen Kindes geschieden sind oder ein Elternteil stirbt und die Eltern des/der Geschiedenen/Verstorbenen weiterhin den Kontakt mit ihrem Enkelkind aufrecht erhalten möchten (Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts, 5. Auflage, N 19.06; BSK ZGB I-Schwenzer, 4. Aufl., Art. 274a N 5, je m.w.H.).

1.4 Die Berufungsklägerin argumentiert, es bestünden Gründe dafür, ihr ein Ferienbesuchsrecht mit den Kindern bei deren Grosseltern einzuräumen. Dies sei explizit ein Ferienbesuchsrecht nicht zu ihren, sondern zu Gunsten der Grosseltern der Kinder. Sie legt jedoch nicht substantiiert dar, inwiefern vorliegend ausserordentliche Umstände vorliegen sollen, sondern führt lediglich pauschal aus, den Vorakten lasse sich entnehmen, dass die Kinder eine gute Beziehung ihren Grosseltern mütterlicherseits hätten. Abgesehen von der Tatsache, dass eine gu-

te Beziehung zu den Grosseltern zwar wünschenswert ist, für sich allein genommen jedoch noch nicht ausreichen würde, um ausserordentliche Umstände darzutun, ist den Akten zu entnehmen, dass es um die Beziehung der Grosseltern insbesondere zu C._____ nicht mehr zum Besten bestellt ist, da diese offenbar Partei für die Berufungsklägerin ergriffen haben und böse auf C._____ sind (act. 12/115b S. 4). Die Berufungsklägerin erwähnt weder die genannten Schwierigkeiten noch bringt sie neue Tatsachen vor, welche auf eine Verbesserung der Beziehung zu den Grosseltern oder auf einen Wunsch der Kinder die Ferien mit ihrer Mutter zu verbringen schliessen lassen. Solches ist auch sonst, ganz im Unterschied zu den Anfeindungen von C._____ durch ihre Grossmutter und die beschriebene Abwehrhaltung der Kinder der Berufungsklägerin gegenüber, nicht aktenkundig. Als Grund für den einstweiligen Verzicht auf Übernachtungen und Ferien der Kinder bei und mit der Berufungsklägerin hat die Vorinstanz überzeugend ausgeführt, dass die Beziehung zwischen Mutter und Kindern in der jüngeren Vergangenheit stark gelitten hat und die Kinder sich deshalb aus nachvollziehbaren Beweggründen von der Berufungsklägerin distanziert hätten. Dass sich die Mutter-Kind-Beziehung inskünftig wieder verbessert, ist wünschenswert und keinesfalls ausgeschlossen. Doch braucht er dafür zum einen Zeit und zum anderen Freiraum für die beiden Kinder, da fehlendes Vertrauen bekanntlich nicht durch äusseren Druck wieder hergestellt werden kann. In diesem Sinne gelangte auch die Psychologin K._____ zum Schluss, dass es momentan nicht zu verantworten sei, den Kontakt der Kinder zur Mutter zu forcieren (act. 136 S. 5 f.). Die diesbezüglichen Bedenken stehen im Vordergrund, weshalb die Vorinstanz zutreffend zum Schluss gelangte, der Berufungsklägerin für die Dauer des vorliegenden Verfahrens kein Besuchsrecht mit Übernachtung und auch kein Ferienbesuchsrecht einzuräumen. Das von der Berufungsklägerin beantragte Ferienbesuchsrecht bei den Grosseltern entspricht im Übrigen einem ordentlichen Besuchsrecht zu Gunsten der Berufungsklägerin, nur dass der mögliche Aufenthaltsort nicht frei wählbar wäre. Die Vorinstanz hat der Berufungsklägerin das Freibesuchsrecht jedoch nicht primär wegen Bedenken zum Aufenthaltsort verwehrt. Das "Hindernis" lag in ihrer Person, da die Kinder aus den genannten Gründen mindestens einstweilen Distanz zu ihr wünschten, welche ihnen – nicht zuletzt aufgrund ihres Alters

(D._____ ist 13-, C._____ bald 15-jährig), welches ihrem Anliegen zusätzliches Gewicht verleiht – auch zu gewähren ist. Die vorinstanzliche Regelung des Besuchsrechts ist zudem nur vorübergehender Natur und im Rahmen des bereits fortgeschrittenen Scheidungsverfahrens wird darüber in absehbarer Zeit noch einmal neu zu befinden sein. Folglich ist einstweilen davon abzusehen, der Berufungsklägerin das von ihr beantragte Ferienbesuchsrecht bei bzw. im Beisein der Grosseltern der Kinder einzuräumen.

2.1 Die Berufungsklägerin rügt weiter, die Vorinstanz hätte erkennen müssen, dass sie selbständig erwerbend sei und keine Angestellten habe, welche sie vertreten könnten. Folglich müsse sie arbeitstätige Kundinnen und Kunden an Samstagen bedienen. Die Zuteilung des Samstags als Besuchstag zu Gunsten der Berufungsklägerin habe die Vorinstanz demnach willkürlich ohne nähere diesbezügliche Abklärungen vorgenommen. Demgemäss solle der Berufungsklägerin als Besuchstag ihr einziger arbeitsfreier Tag, der Sonntag, zugeteilt werden. Die Vorinstanz könne nicht argumentieren, die Berufungsklägerin erziele zu wenig Gewinn, um ihren Lebensunterhalt zu verdienen, wenn sie gleichzeitig den persönlichen Verkehr mit der Berufungsklägerin auf einen ihrer Arbeitstage lege (act. 3 S. 3 f.).

Die Berufungsklägerin plädierte vor Vorinstanz gegen die Obhutsumteilung (welche sie heute jedoch nicht mehr anfecht) bzw. generell – wie bereits ausgeführt, ohne konkrete Anträge zu den Besuchszeiten – für ein Besuchsrecht ihrerseits (act. 130 S. 1 ff., Prot. VI S. 52 ff. bzw. Prot. VI S. 56 f.).

2.2 Die Besuchszeiten werden praxisgemäss dann angesetzt, wenn Kinder und berechtigter Elternteil frei haben, was üblicherweise am Wochenende der Fall ist. Dies entbindet jedoch die Beteiligten nicht davon, eine gewisse Flexibilität aufzubringen, um eine gangbare Lösung für die Ausgestaltung des Besuchsrechts im Alltag zu finden.

2.3 Die Vorinstanz führt zum Besuchsrecht Verschiedenes aus, das vorliegend keinen Anlass zu Rügen gab, erwog hingegen nichts Konkretes zum Wochentag des Besuchsrechts, zumal die Berufungsklägerin diesbezüglich im vorinstanzli-

chen Verfahren nichts beantragt hat (act. 4/1 = 11 = 12/163 je Erw. II.3) und aufgrund der bisher gelebten Regelung auch kein Anlass bestand, davon auszugehen, dass ein Besuchsrecht an jedem zweiten Samstag für die Berufungsklägerin ein Problem sei: Die Berufungsklägerin hat vor Vorinstanz vielmehr ausführen lassen, sie habe ihre "Kosmetikstunden, wenn immer möglich, den Stundenplänen der Kinder angepasst" und sei maximal einen Abend pro Woche arbeitshalber nicht zu Hause gewesen (act. 130 S. 8). Dies zu einer Zeit, als sie aufgrund des damaligen Besuchsrechts des Berufungsbeklagten die Kinder (wie heute) ebenfalls nur jedes zweite Wochenende bei sich hatte (act. 12/4 S. 2) und daher in der Berufsausübung am Wochenende in vergleichbarem Mass "eingeschränkt" war wie heute. Dies jedoch mit dem Unterschied, dass heute die Kinderbetreuung in der übrigen Zeit wegfällt und der Berufungsklägerin somit viel mehr Zeit zur Ausübung ihres Berufes zur Verfügung steht. Damit hat die Vorinstanz nicht willkürlich entschieden, sondern ein auf die bisher gelebte Regelung aufbauendes Besuchsrecht festgelegt.

Im Übrigen bestreitet die Berufungsklägerin den vorinstanzlichen Entscheid, dass ihre selbständige Erwerbstätigkeit mangels genügendem wirtschaftlichem Erfolg per Ende Juli 2012 durch ein hypothetisches Einkommen ersetzt wird, nicht grundsätzlich (vgl. act. 3 S. 2 und S. 5 f., wo sie eine Anpassung erst ab ihrem Auszug aus der ehelichen Liegenschaft im Oktober 2012 verlangt). Bereits anlässlich der Verhandlung vom 24. Mai 2011 liess sie selber ausführen, sie brauche "zur Koordination ihrer beruflichen Laufbahn" bzw. zur Steigerung ihres Einkommens bis auf Höhe des hypothetischen Zeit bis Ende Juli 2012 (Prot. VI S. 60 unten). Sie wehrt sich zwar gegen die Höhe des ihr angerechneten hypothetischen Einkommens, beantragt aber keine Anpassung der Übergangsfrist oder gar die Aufrechterhaltung ihrer Selbständigkeit. Folglich geht sie mit der Vorinstanz davon aus, ihr Geschäft spätestens per Ende Juli 2012 aufgeben zu müssen. Damit entzieht sie aber ihrer Argumentation in der Berufungsschrift von vornherein die Grundlage, denn sie wird offensichtlich nur noch für ganz wenige Besuchssamstage eine Lösung für ihr Geschäft finden müssen, falls dies überhaupt problematisch sein sollte, was die Berufungsklägerin in keiner Weise mit Terminvereinbarungen oder ähnlichem belegt hat. Spätestens nach der unmittelbar an-

stehenden oder allenfalls bereits erfolgten Aufgabe ihrer selbständigen Tätigkeit kann und hat sie ihre berufliche Auslastung mit ihren Mutterpflichten in Einklang zu bringen, so wie sie dies auch bisher getan hat. Auch das von der Berufungsklägerin immer wieder behauptete tiefe Einkommen aus ihrer selbständigen Erwerbstätigkeit sowie der Wegfall der zeitlich aufwendigen Kinderbetreuung spricht gegen eine berufliche Beanspruchung der Berufungsklägerin in einem Ausmass, welches ihr eine Ausübung des Besuchsrechts an zwei bis drei Samstagen pro Monat unzumutbar erschweren würde. Im Weiteren bringt sie bezüglich des Besuchsrechts nichts vor, dass darauf schliessen liesse, dass sie auch in einem demnächst anzustrebenden Angestelltenverhältnis Probleme mit der Ausübung des Besuchsrechts an zwei bis drei Samstagen pro Monat hätte. Davon ist – mangels anderer Anhaltspunkte – auch nicht auszugehen, zumal die von der Vorinstanz getroffene Regelung auch nur vorübergehender Natur ist. Die zukünftige Entwicklung der beruflichen Situation der Berufungsklägerin wird im Rahmen des Scheidungsurteils berücksichtigt werden können. Somit erweist sich ihre Berufung auch in diesem Punkt als unbegründet.

3.1 Im Zusammenhang mit der Ausübung des Besuchsrechts lässt die Berufungsklägerin im Unterschied zum vorinstanzlichen Verfahren (act. 12/130 S. 16 ff.) ausführen, dass ihr für sich und die Kinder alle zwei Wochen Fr. 100.– Mehrkosten für auswärtige Verpflegung entstünden, da sie verpflichtet worden sei, das Besuchsrecht nicht im ehemaligen ehelichen Haus auszuüben. Der vorinstanzliche Entscheid sei dahingehend zu korrigieren, unter Erhöhung ihres Bedarfs um Fr. 100.– pro Besuchstag (act. 3 S. 4).

3.2 Die Berufungsklägerin scheint zu übersehen, dass die von ihr behaupteten, aber nicht belegten Kosten nicht zwingend und schon gar nicht dauerhaft anfallen. So ist es ihr ohne Weiteres möglich, Mahlzeiten zu Hause vorzubereiten, auch wenn das Besuchsrecht ausserhalb stattfindet. Letzteres wird, aufgrund ihrer Verpflichtung bis Ende September 2012 aus der vormals ehelichen Liegenschaft auszuziehen (vgl. act. act. 4/1 = 11 = 12/163 je Dispositiv Ziffer 3.9.b), sowieso nur noch für kurze Zeit der Fall sein. Die Verpflegung zu Hause wird üblicherweise nicht separat entschädigt und im Rahmen der Besuchsrechtsausübung in

vorliegendem Ausmass entspricht die Mahlzeitenentschädigungen für die Kinder und sogar für den berechtigten Elternteil selber nicht der gängigen Praxis. So sieht im Vergleich auch das obergerichtliche Kreisschreiben zum betriebsrechtlichen Existenzminimum (Ziff. III.3.2) nur die Anrechnung von arbeitsbedingten und unumgänglichen *Verpflegungsmehrkosten* vor, wobei sogar diese betragsmässig wesentlich tiefer wären als die geltend gemachten. Im Übrigen erzielt die Berufungsklägerin ein (wenn auch nicht sehr hohes) Einkommen aus ihrer selbständigen Tätigkeit. Bereits anlässlich des Eheschutzverfahrens waren es neben der damaligen Kinderbetreuung rund Fr. 700.– (act. 12/4 S. 4) und sie konnte ihre Tätigkeit allein aufgrund der Tatsache, dass die Kinder inzwischen beim Berufungsbeklagten wohnen, sicherlich noch ausbauen, auch wenn dieses Einkommen bis zur Anrechnung des hypothetischen nicht mehr berücksichtigt wurde. Daraus liessen sich allfällige bescheidene *Verpflegungsmehrkosten* für zwei bis drei Tage pro Monat problemlos bewältigen, ganz abgesehen von der Tatsache, dass die behaupteten Kosten nicht ausgewiesen sind bzw. falls die Besuche noch nicht aufgenommen worden sein sollten, nicht anfallen können.

4.1 Zur Klärung der Unterhaltsfrage erwog die Vorinstanz (act. 4/1 = 11 = 12/163 je Erw. II.6.4.3.3. S. 33 f.), die selbständige Erwerbstätigkeit der Berufungsklägerin werfe nach 6 Jahren immer noch kein relevantes Einkommen ab. Da sie nach ihren Kräften für den gebührenden Unterhalt der Familie zu sorgen habe, sei auf ein bei gutem Willen erzielbares hypothetisches Einkommen abzustellen. Die Berufungsklägerin habe für die Dauer des Verfahrens keine Betreuungsaufgaben mehr, und es erscheine wenig wahrscheinlich, dass die Kinder in absehbarer Zeit zu ihr zurückkehren wollten. Daher sei ihr die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit zumutbar. Die Berufungsklägerin habe bis anhin als Selbständigerwerbende in der Kosmetikbranche gearbeitet, sodass ihre gesundheitlichen Einschränkungen in einem Angestelltenverhältnis in der Kosmetikbranche nicht massgeblich ins Gewicht fallen würden, wovon sie auch selber ausgehe. Im Rahmen des summarischen Verfahrens rechtfertige sich auch die Einholung eines ärztlichen Gutachtens nicht. Da die Berufungsklägerin zuerst ihr bisheriges Geschäft geordnet liquidieren müsse, sei ihr eine Übergangsfrist von 3 Monaten, bis am 1. August 2012, einzuräumen. Nach dieser Übergangsfrist sei ihr, infolge

ihrer gesundheitlichen Einschränkungen, ein Erwerbseinkommen auf der Basis einer 80%-igen Tätigkeit anzurechnen. Gegen vorstehende Erwägungen hat die Beschwerdeführerin im Grundsatz nichts vorgebracht, weshalb darauf abzustellen ist.

Weiter erwog die Vorinstanz (act. 4/1 = 11 = 12/163 je Erw. II.6.4.3.3. S. 33 f.), der Berufungsklägerin sollte das Finden einer neuen Stelle angesichts ihres Alters (geboren am tt.mm.1971), ihrer Berufserfahrung aus ihrer bisherigen selbständigen Erwerbstätigkeit in der Kosmetikbranche und ihrer perfekten Sprachkenntnisse in ... [der Sprache des Landes J. _____] möglich sein. Da es sich bei der Kosmetikbranche nicht um eine Hochlohnbranche handle, sei ihr ein Einkommen von Fr. 3'400.– netto (80% von Fr. 4'250.–) inkl. 13. Monatslohn anzurechnen.

4.2 Diesbezüglich rügt die Berufungsklägerin (act. 3 S. 4 f.), die Vorinstanz verkenne, dass sich als angestellte Nageldesignerin kein Nettoeinkommen im Bereich von CHF 4'250.– verdienen lasse. Es sei willkürlich, ohne entsprechende Abklärungen des Lohnniveaus von einer solch unrealistischen Annahme auszugehen. Dass dem so sei, ergebe sich auch aus der Mindestlohnvereinbarung im Coiffeurgewerbe (Fr. 3'400.– gemäss Art. 40.3 Gesamtarbeitsvertrag für das schweizerische Coiffeurgewerbe). Ein Blick in die Online-Job-Portale zeige zudem, dass im Bereich des Nageldesigns gesamtschweizerisch keine entsprechenden Arbeitsstellen ausgeschrieben seien. Auch sei zu beachten, dass die Berufungsklägerin zwar über einen in J. _____ erworbenen Abschluss als Textilingenieurin, nicht aber über einen entsprechenden Fachausweis für Nageldesign verfüge, was sie unvermittelbar mache. Sie arbeite zudem nicht als "Kosmetikerin", wie dies die Vorinstanz fälschlicher Weise annehme, sondern als Nageldesignerin. Nachdem die Vorinstanz dem Berufungsbeklagten das Engagement eines Au-pair-Mädchens zu einem Lohn von Fr. 2'138.00 anrechne (Erwägung 6.4.4.1., S. 39), erscheine es legitim, für die Berufungsklägerin von einem hypothetischen Einkommen in gleichem Umfang auszugehen. Da nicht erklärbar sei, wie die Berufungsklägerin ohne anerkannte Ausbildung und in Anbetracht der derzeitigen Aussichten auf dem Arbeitsmarkt die Möglichkeit haben solle, mehr Einkommen zu erzielen als das Au-pair-Mädchen des Berufungsbeklagten.

Eventualiter sei vom Lohnniveau in einer Branche auszugehen, "welche ohne Ausbildung und unter Berücksichtigung des Alters der Berufungsklägerin beschrieben werden könnte." Hilfsweise sei die Reinigungsbranche in der Deutschschweiz heranzuziehen. Gemäss Anhang 5 des Gesamtarbeitsvertrages für die Reinigungsbranche in der Deutschschweiz erziele eine Unterhaltsreinigerin einen Stundenansatz von CHF 17.15, dies bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von maximal 42 Stunden, woraus ein Monatssalär von Fr. 3'378.80 brutto bzw. Fr. 2'939.55 netto resultiere. Bei einem 80%-Pensum sei daher eventualiter von einem Nettosalär von Fr. 2'351.60 auszugehen (act. 3 S. 6).

4.3 Während der Vorschlag auf das Einkommen des Au-pair-Mädchens des Berufungsbeklagten abzustellen – mangels sachlichem Zusammenhang zu deren jetziger bzw. zukünftiger Tätigkeit – ungewöhnlich anmutet, bedarf die zumutbare Höhe (des von der Berufungsklägerin grundsätzlich nicht bestrittenen) hypothetischen Erwerbseinkommens näherer Erörterung. Ausgangspunkt für die Ermittlung des hypothetischen Einkommens der Berufungsklägerin sind deren Ausbildung, berufliche Erfahrung und persönlichen Fähigkeiten (vgl. BGE 128 III 4 m.w.H.).

4.4 Gemäss ihren Angaben vor Vorinstanz kam die Berufungsklägerin bereits rund zwei Jahre vor der Heirat mit dem Berufungsbeklagten (auf Vermittlung einer Freundin) aus beruflichen Gründen aus ihrer Heimat J. _____ in die Schweiz und war hier erwerbstätig. Zuvor hatte sie in J. _____ an einer Berufshochschule ein Ingenieursdiplom im Bereich der Textilindustrie erworben. Diese Ausbildung entspreche etwa derjenigen an einer Berufshochschule in der Schweiz (Prot. VI S. 11 f.). Während der Ehe war sie teilweise in einem Angestelltenverhältnis, aber von 2002 bis 2008 auch als selbständige Verkaufsdirektorin, berufstätig (act. 12/31/2+3 und 12/29 S. 8 f.) und führt seit mehreren Jahren in wechselnden Geschäftsräumlichkeiten selbständig ein Kosmetikgeschäft, in dem sie als Naildesignerin tätig ist und verschiedene weitere kosmetische Behandlungen und Produkte anbietet (vgl. Prot. VI S. 6, 59 f., act. 12/13/8 und www.L._____.ch). Der Homepage der Berufungsklägerin ist zu entnehmen, dass sie allein im Bereich Naildesign über rund 28 Zertifikate und Kursbestätigungen für besuchte Aus- und Weiterbildungen auf diesem Fachgebiet verfügt. Aufgrund der bisher offenbar

nicht besonders lukrativen selbständigen Tätigkeit der Berufungsklägerin ist daher, wie sie auch selber vorschlägt (Prot. VI S. 60) – bzw. insoweit sie die Erwägungen der Vorinstanz nicht in Frage stellt und selber darauf abstellt (act. 3 S. 5), mit der Vorinstanz – ab August 2012 von einem hypothetischen Einkommen in einem Angestelltenverhältnis bei einem Pensum von 80% auszugehen.

4.5 Für die Höhe des hypothetischen Einkommens ist (wie bereits ausgeführt) auf einen Durchschnittswert für eine Person mit den Fähigkeiten und Eigenschaften der Berufungsklägerin in der von ihr angestrebten bzw. der ihr zumutbaren beruflichen Tätigkeit abzustellen. Den Mindestlohn für die Coiffeur- oder die Reinigungsbranche heranzuziehen erweist sich daher nur schon deshalb zum vornherein als unzweckmässig, weil bei der Ermittlung eines hypothetischen Einkommens im Familienrecht nicht das durch Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrag garantierte Mindesteinkommen massgebend ist. Die Perspektive ist eine andere: Es fragt sich, wie viel der betreffende Ehegatte verdienen könnte, wenn er einer seinen persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten voll entsprechenden Tätigkeit nachgehen würde, wozu er aus ehelicher Beistandspflicht nach Kräften verpflichtet ist (Art. 163 Abs. 1 ZGB). Ziel ist also die Ermittlung des Einkommens, das den Voraussetzungen des Ehegatten und des Arbeitsmarktes – unter (fingierter) bester Motivationslage des Ehegatten – entspricht – sozusagen das realistische Maximum. Um bei aller Hypothese ein wirklichkeitsnahes und repräsentatives Raster zur Ermittlung eines angemessenen Durchschnittseinkommens zu haben, bieten sich die Lohnerhebungen des Bundesamtes für Statistik als Richtschnur an (www.lohnrechner.bfs.admin.ch).

Die Berufungsklägerin wird aufgrund ihrer in den letzten Jahren erworbenen Berufserfahrung, der absolvierten Weiterbildungen und dem offensichtlich bereits vorhandenen Kundenstamm durchaus in der Lage sein, eine Stelle als Naildesignerin/Kosmetikerin zu finden. Wobei davon auszugehen ist, dass dies wohl in einem branchentypischen Kleinbetrieb mit weniger als 20 Mitarbeitern der Fall sein wird, welche es in der ganzen Schweiz unzählige gibt (z.B. Beauty-Salons, Coiffeur-Salons die auch Schönheitsbehandlungen anbieten, Angebote im Bereich Wellness und Schönheit). Betriebe dieser Grösse und mit besagter Ausrichtung su-

chen ihr Personal bekanntlich auch nicht mehrheitlich gesamtschweizerisch via Internet sondern eher lokal, z.B. auch im Bekanntenkreis ihrer Mitarbeiter oder durch Aushang im Schaufenster. Fraglich ist, wie hoch die Berufungsklägerin für eine solche Tätigkeit entlohnt werden wird: Gestützt auf die aktuellsten Zahlen des Bundes verdient eine Schweizerin im Alter der Berufungsklägerin in Zürich in der Berufsgruppe sonstige überwiegend persönliche Dienstleistungen (Code 96), für die Körper- und Kleiderpflege (Code 34) ohne Kaderfunktion, für Tätigkeiten bei denen Berufs- und Fachkenntnisse (über welche die Berufungsklägerin nach dem vorstehend Ausgeführten zweifellos verfügt) vorausgesetzt werden, welche über einen "anderen Ausbildungsabschluss" aber über keine Erfahrung im entsprechenden Kleinbetrieb (unter 20 Mitarbeiter) verfügt, monatlich rund Fr. 3'760.– brutto für ein 80%-Pensum (inkl. 13. Monatslohn; vgl. www.lohnrechner.bfs.admin.ch, letztmals besucht am 5. Juli 2012). Geht man – gestützt auf ihre eigenen Ausführungen – davon aus, dass die Berufungsklägerin über eine Ausbildung verfügt, welche einer höheren Berufsausbildung/Fachschule entspricht ("Berufshochschule" gemäss Prot. VI S. 11), liegt das durchschnittliche monatliche Bruttoeinkommen bei rund Fr. 4'150.– (restliche Merkmale unverändert). Für die Region Zentralschweiz, wo die Berufungsklägerin derzeit erwerbstätig ist, aber aufgrund ihres Wohnorts (derzeit Z._____) für die Zukunft nicht zwingen tätig bleiben muss, liegen die entsprechenden Werte rund Fr. 170.– tiefer. Damit ergibt sich für die Region Zürich ein Nettoeinkommen (für 80%, inkl. 13. Monatslohn) zwischen rund Fr. 3'380.– und rund Fr. 3'730.– (ca. 90% des Brutto Lohnes). Im Durchschnitt sind dies rund Fr. 3'550.– netto. Will man der Berufungsklägerin auch die Möglichkeit zugestehen, allenfalls weiterhin in der Zentralschweiz tätig zu sein – was mit Blick auf ihren bisherigen Kundenstamm, welchen sie gegebenenfalls auch im Rahmen eines Angestelltenverhältnisses weiterbetreuen könnte, durchaus Sinn ergibt – sind genannte Werte noch etwas zu reduzieren. Alles in allem erscheint daher das von der Vorinstanz mit knapper Begründung für die Dauer des Verfahrens ermittelte hypothetische Einkommen von Fr. 3'400.– (netto, für 80%, inkl. 13. Monatslohn) den Eigenschaften und Möglichkeiten der Berufungsklägerin durchaus angemessen. Dies ist im Übrigen auch nicht so viel mehr, als sie anlässlich der Verhandlung vom 24. Mai 2011 ausfüh-

ren liess, nach einjähriger Übergangsfrist verdienen zu können (Prot. VI S. 60 f.). Ihre diesbezüglichen Rügen erweisen sich daher als unbegründet.

5. Da die Berufungsklägerin mit Bezug auf den ihr zustehenden Unterhalt lediglich – und im Sinne der vorstehenden Erwägungen unbegründet – die Höhe des ihr angerechneten hypothetischen Einkommens anfocht und geltend machte, ihr Bedarf sei um Fr. 100.– (Kosten Ausübung des Besuchsrechts) zu erhöhen und im Übrigen keine Anhaltspunkte ersichtlich sind, welche eine Abänderung der vorinstanzlichen Unterhaltsberechnung gebieten würden, ist auf diese abzustellen und die Berufung auch in diesem Punkt und damit insgesamt abzuweisen.

IV.

1. Die Berufungsklägerin beantragte nach Fristansetzung zur Leistung eines Kostenvorschusses rückwirkend die unentgeltliche Rechtspflege für das Rechtsmittelverfahren (act. 30).

2. Nach Art. 29 Abs. 3 BV sowie Art. 117 ZPO hat jede Person, welche nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint, und ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand, soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist. Mittellos ist die gesuchstellende Partei, wenn sie die erforderlichen Prozess- und Parteikosten nur dann bezahlen kann, wenn sie die Mittel angreift, deren sie zur Deckung des Grundbedarfs für sich und ihre Familie bedarf (BGE 119 Ia 11 E. 3a S. 12 mit Hinweisen). Die gesuchstellende Partei muss sämtliche eigenen Hilfsmittel zur Finanzierung des Prozesses ausgeschöpft haben wie Bargeld, die eigene Arbeitskraft und ihren Kredit, den sie aufgrund ihrer Vermögenslage erwarten darf. Es obliegt grundsätzlich der gesuchstellenden Partei, ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse umfassend darzustellen und soweit möglich auch zu belegen (BGE 120 Ia 181). Für die Bestimmung der Bedürftigkeit sind die Mittel der Berufungsklägerin sowie die Mittel von ihr gegenüber unterstützungspflichtigen Personen (z.B. Ehegatte) massgeblich. Die Pflicht des Staates, der bedürftigen Partei für einen nicht aussichtslosen Prozess die unentgeltliche

Rechtspflege zu gewähren, geht der Beistands- und Beitragspflicht aus Familienrecht nach.

Bei der Frage der Mittellosigkeit ist jedoch zu beachten, dass es sich um eine negative Tatsache handelt, für die kein strikter Beweis verlangt werden darf. Wenn der Gesuchsteller die zumutbaren Vorkehren zum Nachweis seiner Mittellosigkeit getroffen hat, genügt Glaubhaftmachung (BGE 104 Ia 324). Da Prozesskosten regelmässig nur während eines beschränkten Zeitraums anfallen, ist es einer Partei zuzumuten, vorübergehend auf den gewohnten Lebensstandard zu verzichten (ZR 96 Nr. 11). Massgeblich sind somit die absehbar augenblicklichen Verhältnisse der gesuchstellenden Partei. Unterlässt diese es, die für die Bestreitung der Prozesskosten notwendigen Rücklagen zu machen, so darf dies nicht dazu führen, dass ihr die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen ist (Kass.-Nr. 101/83 vom 3. August 1993, E. 7). Im Übrigen ist den individuellen Gegebenheiten des Falles Rechnung zu tragen (BGE 106 Ia 82). Die unentgeltliche Rechtspflege ist im Rechtsmittelverfahren vor der Rechtsmittelinstanz neu zu beantragen und von dieser im summarischen Verfahren zu entscheiden, wobei die Gegenpartei nur ausnahmsweise angehört werden muss (vgl. Art. 119 Abs. 3 und 5 ZPO).

3. Ein Ausnahmefall, welcher die Anhörung der Gegenpartei zur Frage der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gebieten würde (Art. 119 Abs. 3 ZPO), liegt nicht vor. Die Aussichtslosigkeit des Verfahrens ist insofern ein Thema, als dass sich die Berufung als unbegründet erweist. Da sich die Parteien jedoch vor Vorinstanz in einem Scheidungsverfahren auf (inzwischen) gemeinsames Begehren gegenüberstehen (act. 12/29 S. 2), für dessen Dauer es insbesondere den zwischen den Parteien umstrittenen Unterhalt zu regeln gilt und die Berufungsklägerin in diesem Sinne keine zum vornherein aussichtslose Standpunkte vertritt, bleibt primär die Frage der Mittellosigkeit der Parteien zu erörtern.

4. Zum Antrag der Rückwirkung der unentgeltlichen Rechtspflege ist darauf hinzuweisen, dass diese gemäss Art. 119 Abs. 4 ZPO nur ausnahmsweise greifen kann. Genannte Sonderregelung ist – wie der Name schon sagt und insbesondere bei rechtskundig vertretenen Parteien – äusserst restriktiv heranzuziehen (vgl. Lukas Huber, DIKE-KOMM-ZPO, Art. 119 N 12 m.w.H.). Umstände welche eine

rückwirkende Gewährung der erst im Anschluss an die Fristansetzung zur Leistung eines Kostenvorschusses (act. 13) mit Eingabe vom 30. Mai 2012 (act. 30) beantragten unentgeltlichen Rechtspflege rechtfertigen würden, hat die (bereits zuvor rechtskundig vertretene) Berufungsklägerin nicht dargetan, weshalb insbesondere die Übernahme der berufungsklägerischen Anwaltskosten für die Begründung des vorliegenden Rechtsmittels ausser Betracht bleiben müssen.

5. Beide Parteien sind aufgrund der nach wie vor geltenden ehelichen Solidarität zur gegenseitigen Unterstützung bei der Tragung der Gerichts- und Anwaltskosten des vorliegenden Verfahrens verpflichtet. Dies bedeutet, dass sich eine mittellose Partei zuerst an den Ehepartner zu wenden hat und erst dann auf staatliche Unterstützung zählen kann, wenn von jenem keine Unterstützung erhältlich ist. Es ist nicht aktenkundig, dass die Berufungsklägerin vom Berufungsbeklagten erfolglos einen Prozesskostenvorschuss verlangt hätte.

6. Die Parteien sind sich seit Jahren einig, sich scheiden lassen zu wollen (act. 12/29 S. 2) und stehen sich (stets rechtskundig vertreten) seit Ende 2008 vor Vorinstanz im Scheidungsverfahren gegenüber, welches um das Massnahmeverfahren erweitert wurde, welches vorliegendem Rechtsmittelverfahren zugrunde liegt. Daher war für beide Seiten bereits seit geraumer Zeit absehbar, dass Rückstellungen für das Scheidungs- bzw. das Massnahmeverfahren zu bilden gewesen wären. Auch hat die Berufungsklägerin im vorinstanzlichen Verfahren, welches immerhin schon seit November 2008 andauert, bislang kein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt, was darauf schliessen lässt, dass sie bisher in der Lage war, die entsprechenden Prozesskosten zu tragen. Der diesbezügliche Unterschied vom Rechtsmittel- zum vorinstanzlichen Verfahren ist nicht ersichtlich und wurde von der Berufungsklägerin auch nicht dargetan. Bezüglich der Vermögenssituation der Parteien geht aus den eingereichten Belegen hervor, dass sie Eigentümer der vormals ehelichen Liegenschaft sind, einem Einfamilienhaus in Z._____, welches gemäss einem von der Vorinstanz im Einverständnis mit den Parteien in Auftrag gegebenen Gutachten (Prot. VI S. 45 und act. 59 ff.) einen Verkehrswert von Fr. 1,5 Mio. aufweist (act. 12/68 S. 5). Die Berufungsklägerin liess später im vorinstanzlichen Verfahren ausführen, sie habe – nach Vorlage

sämtlicher Unterlagen und Besichtigung der Liegenschaft – bei M._____ eine qualifizierte Drittmeinung eingeholt. Eine Maklerin des genannten Unternehmens habe ihr schriftlich bestätigt, dass die Liegenschaft zu einem realistischen Verkaufspreis von Fr. 1,65 Mio. in absehbarer Zeit zu veräussern wäre (Prot. VI S. 61). Auf der Liegenschaft lastet gemäss letztem Aktenstand eine Hypothek von rund Fr. 880'000.– (act. 12/13/24 bzw. 12/81/7 S. 14). Zudem brachte der Berufungsbeklagte vor Vorinstanz vor, sein Vater habe ihm diverse unverzinsliche Privatdarlehen im Umfang von rund Fr. 500'000.– gekündigt (12/13/26+27), welche teilweise in Zusammenhang mit dem Hauskauf stünden. Demnach resultiert allein schon aus der Liegenschaft ein positiver Saldo von rund Fr. 120'000.– bis Fr. 270'000.–. Dieser wird sich aufgrund des anstehenden Verkaufs, über den sich die Parteien einig sind (act. 12/129 S. 15, Prot. VI S. 54, S. 61 und S. 69), auch in absehbarer Zeit realisieren. Darüber hinaus ist die Berufungsklägerin bereits aus der Zeit vor der Ehe Eigentümerin einer Wohnung in I._____ (act. 12/15/16+17), welche ebenfalls einen Vermögenswert darstellt. Der Berufungsbeklagte, den die Berufungsklägerin (wie bereits ausgeführt) erfolglos um einen Prozesskostenvorschuss angegangen sein müsste, um Anrecht auf staatliche Unterstützung zu haben, verdient netto mehr als Fr. 15'000.– pro Monat (exkl. Kinderzulagen, act. 4/1 = 11 = 12/163 je Dispositivziffer 3.8.). Die Berufungsklägerin erzielte gemäss eigenen Angaben zuletzt eher bescheidene Einkünfte aus ihrem Kosmetiksalon, auch wenn anzunehmen ist, dass sie ihr monatliches Einkommen von rund Fr. 700.– während des Eheschutzverfahrens (act. 12/4 S. 4 bzw. act. 12/5/47) aufgrund der weggefallenen Kinderbetreuung zu steigern vermochte. Die Berufungsklägerin weiss jedoch spätestens seit sie dies anlässlich der Hauptverhandlung vom 24. Februar 2009 so ausführen liess, dass sie gemäss den Angaben ihres Rechtsvertreters ihr mittelfristiges Einkommen von rund Fr. 1'500.– auf gegen Fr. 3'000.– hätte ausbauen müssen (act. 29 S. 19). Auch anlässlich der Verhandlung vom 24. Mai 2011 gab ihre Rechtsvertreterin zu Protokoll, die Berufungsklägerin könne nach einjähriger Übergangsfrist (maximal aber immerhin) Fr. 3'000.– verdienen (Prot. VI S. 60 f.). Sollte die Berufungsklägerin in der Zwischenzeit wider besseres Wissen noch nicht ernsthaft versucht haben, ihr Einkommen zu erhöhen, kann dies nicht dazu führen, dass allein daraus ein An-

spruch auf unentgeltliche Rechtspflege abzuleiten wäre, zumal sie keinerlei Suchbemühungen für eine besser bezahlte Stelle dargelegt hat. Sie ist jedenfalls in der Lage, zukünftig rund Fr. 3'400.– netto pro Monat zu verdienen (vgl. vorstehend III.4). Würde man den Einkommen der Parteien den in vorliegendem Zusammenhang massgebenden betriebsrechtlichen Notbedarf gegenüberstellen, würde auch daraus deutlich, dass ihnen neben dem Vermögen auch einkommensseitig momentan und inskünftig überdurchschnittliche finanzielle Mittel zur Verfügung stehen. Damit hat die Berufungsklägerin ihre Mittellosigkeit nicht glaubhaft dargetan und ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Ernennung ihres Vertreters zu ihrem unentgeltlichen Rechtsbeistand ist abzuweisen.

V.

1. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens, über welche im vorliegenden Entscheid zu befinden ist (Art. 104 Ziff. 3 ZPO), sind nach obgenanntem Verfahrensausgang zu verteilen (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Grundlage für die Festsetzung der Gebühren bilden der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse sowie der Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falls (§ 2 GebV OG). Im Rechtsmittelverfahren bestimmt sich der Streitwert nach den Anträgen im Rechtsmittelverfahren (§ 12 Abs. 2 GebV OG).

2. Ausgangsgemäss unterliegt die Berufungsklägerin im Rechtsmittelverfahren und hat folglich dessen Kosten- (Art. 106 ZPO) – mangels notwendiger Auslagen bzw. Vertretungskosten des Berufungsbeklagten, der nicht anzuhören war – nicht aber dessen Entschädigungsfolgen (Art. 95 Abs. 1 und 3 lit. a und b i.V.m. Art. 312 Abs. 1 ZPO) zu tragen. Bei einem Streitwert von rund Fr. 18'000.– (§ 12 Abs. 2 GebV OG; vgl. vorstehend II.5.) erweist sich gestützt auf § 12 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG eine Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– den Gegebenheiten und dem Aufwand des Rechtsmittelverfahrens als angemessen. Damit erübrigt sich der der Berufungsklägerin auferlegte Kostenvorschuss (act. 13 S. 4) bzw. ihr Gesuch um einstweiligen Verzicht auf den Vorschuss (act. 24 S. 2).

Es wird beschlossen:

1. Das Begehren der Berufungsklägerin um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung der Berufungsklägerin wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Berufungsklägerin auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten unter Beilage eines Doppels von act. 3, und an das Bezirksgericht Horgen, je gegen Empfangsschein sowie an die Obergerichtskasse.

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

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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 18'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. D. Oehninger