

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE120019-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, die Oberrichterinnen
Dr. M. Schaffitz und Dr. D. Scherrer sowie Gerichtsschreiberin
lic. iur. R. Blesi

Urteil vom 15. Oktober 2012

in Sachen

A._____,
Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____
substituiert durch lic. iur. Y._____

gegen

B._____,
Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Z._____

betreffend **Eheschutz (Unterhaltsbeiträge)**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Horgen vom 29. Februar 2012 (EE110054)**

Rechtsbegehren (Urk. 1 S. 2):

- "1. Der Klägerin sei das Getrenntleben zu bewilligen.
2. Der Beklagte sei zu verpflichten, die eheliche Wohnung an der ...strasse ..., C._____, unter Mitnahme seiner persönlichen Sachen, bis spätestens 30. September 2011, zu verlassen. Das Mobilium sei für die Dauer der Eheschutzmassnahmen der Klägerin und dem gemeinsamen Kind zur Verfügung zu stellen.
3. Der gemeinsame Sohn D._____, geb. tt. mm. 1999, sei unter die Obhut der Klägerin zu stellen.
4. Dem Beklagten sei ein gerichtsbliches Besuchsrecht zuzusprechen.
5. Der Beklagte sei zu verpflichten, an die Lebenskosten der Klägerin und D._____, ab dem Zeitpunkt seines Auszuges aus der gemeinsamen Wohnung, angemessenen Unterhalt zu bezahlen."

Urteil des Einzelgerichtes am Bezirksgericht Horgen vom 29. Februar 2012 (Urk. 48):

1. Die Parteien werden gestützt auf Art. 175 ZGB zur Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes berechtigt erklärt.

Es wird vorgemerkt, dass die Parteien seit 1. Oktober 2011 auf unbestimmte Zeit getrennt leben.

2. Der gemeinsame Sohn D._____, geb. tt. mm. 1999, wird für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Klägerin gestellt.
3. Die Vereinbarung über die Nebenfolgen des Getrenntlebens wird vorgemerkt und bezüglich Ziff. 2, 3 und 4 genehmigt.

"Getrenntleben:

1. Die Parteien erklären, auf unbestimmte Zeit getrennt zu leben.

Kinderzuteilung/Besuchsrecht:

2. Das Kind D._____, geboren am tt. mm. 1999, sei für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Klägerin zu stellen.
3. Die Parteien einigen sich über das Besuchsrecht untereinander. Sollte eine Einigung nicht zustande kommen, gilt folgende Regelung:

Der Beklagte ist berechtigt, das Kind D._____ an den Wochenenden der geraden Wochen von Freitag Abend 18:00 Uhr bis Sonntag Abend 18:00 Uhr, sowie am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr sowie in geraden Jahren über die ganzen Osterfeiertage und in ungeraden Jahren über die ganzen Pfingstfeiertage auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Ausserdem ist der Beklagte berechtigt, das Kind D._____ nach Eintritt in die Schulpflicht während der Schulferien für die Dauer von 3 Wochen pro Jahr 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 beziehungsweise mit der Klägerin abzusprechen.

Unterhaltsbeiträge Kind:

4. Der Beklagte verpflichtet sich, der Klägerin für das Kind D._____ monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'200.- zuzüglich allfällige Familienzulagen zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals auf den 1. Oktober 2011.

Unterhaltsbeiträge Frau:

5. Der Beklagte verpflichtet sich, der Klägerin für sich persönlich einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 3'765.-- für die Dauer von 6 Monaten zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals auf den 1. Oktober 2011.

Die Parteien beantragen eine gerichtliche Festsetzung des Unterhaltsbeitrages für die Klägerin persönlich.

Regelung des Getrenntlebens/Hausrat:

6. Der Beklagte überlässt der Klägerin die eheliche Wohnung an der ...strasse ... in C._____ samt Mobiliar und Hausrat spätestens per 1. Oktober 2011 zur alleinigen

Benützung, mit Ausnahme der folgenden Gegenstände, welche die Klägerin dem Beklagten auf erstes Verlangen zur alleinigen Benützung herausgibt:

- Alte Polstergruppe grün (aus Bügelzimmer)
- 1 Keshan-Teppich

Prozessuales:

7. Der Beklagte verpflichtet sich, der Klägerin bis spätestens 30. September 2011 einen Prozesskostenbeitrag in der Höhe von Fr. 5'000.-- zu bezahlen.

Die Parteien übernehmen die Kosten des begründeten Entscheids nach Obsiegen und Unterliegen."

4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für sich persönlich folgende Unterhaltsbeiträge zu bezahlen:

- Fr. 3'885.- vom 1. Oktober 2011 bis 31. März 2012
- Fr. 2'991.- vom 1. April 2012 bis 30. September 2012
- Fr. 2'773.- ab 1. Oktober 2012

jeweils zahlbar monatlich im Voraus, auf den ersten jeden Monats; unter Anrechnung der ab 1. Oktober 2011 geleisteten Unterhaltsbeiträge.

- [5.] Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf

Fr. 6'000.- ; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 450.- Dolmetscherkosten

- [6.] Die Gerichtskosten werden der Klägerin zu 40 % und dem Beklagten zu 60 % auferlegt.

- [7.] Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'500.- zu bezahlen.

- [8.] [Mitteilungssatz]

- [9.] [Rechtsmittelbelehrung]

Berufungsanträge:

der Klägerin und Berufungsklägerin (Urk. 47 S. 2):

1.

Dispositiv Ziffer 4, 9 und 10 des Urteils des Bezirkgerichtes Horgen vom 29. Februar 2012 sei aufzuheben.

2.

Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin für sich persönlich einen Unterhaltsbeitrag von monatlich Fr. 4'236.– zu bezahlen.

3.

Es seien die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens im Verhältnis des effektiven Obsiegens/Unterliegens gemäss den gestellten Anträgen aufzuerlegen und es sei der Beklagte zu verpflichten, die Klägerin mit 6/10 ihrer Parteikosten, somit Fr. 4'500.– zu entschädigen.

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten.

des Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 52 S. 2):

1. Es sei die Berufung der Klägerin gegen Dispositiv Ziffer 4, 9 und 10 des angefochtenen Urteils vollumfänglich abzuweisen und es sei das erstinstanzliche Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen in allen Punkten zu bestätigen.

2. [...]

3. alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Berufungsklägerin.

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind verheiratet. Sie haben einen gemeinsamen Sohn: D._____, geboren am tt. mm. 1999. Mit Eingabe vom 5. Juli 2011 gelangte die Klägerin und Berufungsklägerin (fortan Klägerin) an das Bezirksgericht Horgen und ersuchte um Anordnung von Eheschutzmassnahmen (Urk. 1). Betreffend des Verlaufs des erstinstanzlichen Verfahrens ist auf die Erwägungen der Vorinstanz zu verweisen (Urk. 48 S. 2ff.). Mit Urteil vom 29. Februar 2012 wurden die Parteien zur Aufhebung des gemeinsamen Haushalts für berechtigt erklärt und regelte die Vorinstanz die damit verbundenen Nebenfolgen (Urk. 48). Unter anderem wurde der Beklagte und Berufungsbeklagte (fortan Beklagter) dazu verpflichtet, der Klägerin für sich persönlich Unterhaltsbeiträge von Fr. 3'885.– vom 1. Oktober 2011 bis zum 31. März 2012, von Fr. 2'991.– vom 1. April 2012 bis zum 30. September 2012 und von Fr. 2'773.– ab dem 1. Oktober 2012 zu bezahlen; unter Anrechnung der ab 1. Oktober 2011 geleisteten Unterhaltsbeiträge (Urk. 48 Dispositivziffer 4). Die Gerichtskosten wurden der Klägerin zu 40 % und dem Beklagten zu 60 % auferlegt (Urk. 48 Dispositivziffer 9 [recte: 6]). Sodann wurde der Beklagte dazu verpflichtet, der Klägerin eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'500.– zu bezahlen (Urk. 48 Dispositivziffer 10 [recte: 7]).

2. Gegen das Urteil vom 29. Februar 2012 hat die Klägerin fristgerecht die Berufung erhoben (Urk. 46/1; Urk. 47). Sie stellte die vorab angeführten Anträge. Die Berufungsantwort datiert vom 4. Mai 2012. Sie wurde der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 52).

II.

1. Mit der Berufung wird vor allem die Höhe der von der Vorinstanz der Klägerin persönlich zugesprochenen Unterhaltsbeiträge angefochten. Die Klägerin beantragt, diese seien auf monatlich Fr. 4'236.– festzusetzen. Sie beanstandet die von der Vorinstanz vorgenommene Berechnung des Einkommens des Beklagten, das ihr angerechnete hypothetische Einkommen sowie die diesbezüglich gewährte Übergangsfrist und die Streichung respektive Reduktion einzelner geltend gemachter Positionen in ihrem Bedarf (Urk. 47).

2. Was die Erwägungen zum summarischen Verfahren sowie die allgemeinen Ausführungen zur Berechnung des familienrechtlichen Unterhalts anbelangt, kann vorab auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 48 S. 7f. und S. 14f.). Anzuführen ist sodann, dass die Festlegung der zwischen den Parteien persönlich geschuldeten Unterhaltsbeiträge der Dispositionsmaxime unterliegt. Dieser Verfahrensgrundsatz bedeutet, dass die Parteien über den Streitgegenstand verfügen können und das Gericht einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen darf, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat (Art. 58 Abs. 1 ZPO; vgl. Sutter-Somm/von Arx, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Zürich/Basel/Genf 2010, N 6 ff. zu Art. 58 ZPO). Mit Bezug auf allfällig vorgebrachte Noven ist zu beachten, dass im Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel grundsätzlich nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Diese Einschränkungen bei der Vorbringung von Noven können aufgrund der anwendbaren Prozessmaximen entfallen. Die für Kinderbelange geltende Offizialmaxime (Art. 296 Abs. 1 ZPO) gebietet den Gerichten, neue Tatsachen und Beweismittel (echte und unechte Noven) bis zur Urteilsberatung und in allen Instanzen zu berücksichtigen (Schweighauser, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., N 22 zu Art. 296 ZPO; van de Graaf, in: Oberhammer [Hrsg.], Kurzkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel 2010, N 4 zu Art. 296 ZPO). In Bezug auf diejenigen Streit-

gegenstände, die nicht im Zusammenhang mit der Gestaltung der Eltern- und Kindesrechte stehen, besteht im Berufungsverfahren demgegenüber kein über Art. 317 ZPO hinausgehendes Novenrecht, auch wenn Art. 272 ZPO dem Gericht die Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen vorschreibt. Eine analoge (sinn-gemässe) Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO im Berufungsverfahren (vgl. dazu Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., N 14 und N 22 zu Art. 317 ZPO) ist abzulehnen, nachdem der im bundesrätlichen Entwurf enthaltene Verweis auf das erstinstanzliche Novenrecht in den parlamentarischen Beratungen durch eine eigenständige Regelung ersetzt wurde, die für Verfahren mit Untersuchungsgrundsatz keine Ausnahme vorsieht. Die nicht im Zusammen-hang mit der Regelung von Kinderbelangen stehenden Noven sind im Berufungs-verfahren demnach nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 ZPO zulässig.

3.1. Der Beklagte ist selbstständig erwerbender Zahnarzt. Er führte bis im Jahre 2011 zwei Zahnarztpraxen, eine an der E._____ in F._____ und eine an der G._____ in F._____. In den Jahren 2005 bis 2010 erwirtschaftete der Beklagte gemäss Steuererklärungen und Erfolgsrechnungen jeweils für beide Praxen zu-sammen die nachfolgenden Reingewinne (Urk. 18/1-5; Urk. 15/8-10):

Reingewinn 2005:	Fr.	144'054.07
Reingewinn 2006:	Fr.	86'619.30
Reingewinn 2007:	Fr.	125'580.35
Reingewinn 2008:	Fr.	90'055.57
Reingewinn 2009:	Fr.	1'372.85
Reingewinn 2010:	Fr.	46'591.-

Im Jahre 2009 wurde gemäss den Behauptungen des Beklagten eine grundle-gende Finanz- respektive Schuldensanierung durchgeführt. Es mussten insbe-sondere die privaten und geschäftlichen Bereiche getrennt werden (Urk. 20 S. 8; Urk. 21/2). Den Umsatzrückgang ab 2005, so auch für das Jahr 2010, führt der Beklagte auf die bilateralen Verträge der Schweiz mit Europa und die dadurch zu-nehmende Konkurrenz zurück. Er könne in seinem Alter und mit seiner ange-schlagenen Gesundheit nicht mehr mit den neuen Zahnmedizinzentren konkurrie-ren. Weiter habe er in der Praxis E._____ Probleme mit einem Geschäftspartner gehabt, welcher ihm Schulden hinterliess (Prot. Vi S. 13 und 18f.; Urk. 20 S. 9). Ende März 2011 wurde denn die Praxis an der E._____ geschlossen.

3.2. Die Vorinstanz erwog, die aktuelle Erwerbssituation des Beklagten unterscheide sich durch die Schliessung der Praxis an der E. _____ im Jahre 2011 massgebend von den Vorjahren. Ein Abstellen einzig auf die Geschäftszahlen von 2005 bis 2008, wie es die Klägerin verlange, komme nicht in Frage. Dem deutlichen Ertrags- und Gewinnrückgang im Jahre 2010 gegenüber den Jahren 2005 bis 2008 sei besondere Bedeutung zuzumessen, da die Geschäftszahlen des Jahres 2010 den aktuellsten Stand des Erwerbseinkommens des Beklagten wiedergäben. Aufgrund der Schuldensanierung, des Ertrags- und Gewinnrückganges sowie der Schliessung einer Praxis bestehe eine grosse Ungewissheit über die tatsächliche Höhe des Einkommens des Beklagten. Das Gericht habe einen besonders grossen Ermessensspielraum bei der Festsetzung des beklagischen Einkommens. In der Folge berechnete die Vorinstanz das Einkommen des Beklagten für das Jahr 2011 aufgrund einer eigenständigen Berechnungsmethode. Dabei ging sie vom Reingewinn des Jahres 2010 für die Praxis an der G. _____ von rund Fr. 23'000.– aus. Sie erwog, dass der Beklagte zufolge der Schliessung der Praxis an der E. _____ mittels der Mitnahme und der Neuakquirierung von Klienten seinen in der Praxis an der G. _____ im Jahre 2010 erwirtschafteten Ertrag von Fr. 150'000.–, um rund 50 %, mithin Fr. 75'000.–, werde steigern können. In der Praxis an der G. _____ würden variable Kosten von 0.13 Franken pro Franken Ertrag respektive 13 % anfallen. Damit resultiere in der G. _____ ein zusätzlicher Gewinn von Fr. 65'250.– (Fr. 75'000.– abzüglich 13 %). Es ergebe sich ein massgebendes jährliches Erwerbseinkommen von Fr. 88'250.– (Fr. 65'250.– plus Fr. 23'000.–) respektive von Fr. 7'354.– pro Monat. Weiter erwog die Vorinstanz, der Beklagte, welcher zwei Erbschaften empfangen habe, verfüge noch über ein Privatvermögen von Fr. 620'000.–. Basierend auf einer möglichen Verzinsung von 1.5 % p.a. ergebe sich ein monatlicher Vermögensertrag von Fr. 775.– (Fr. 9'300.–/12). Mithin rechnete die Vorinstanz dem Beklagten ein Jahreseinkommen von Fr. 97'550.– (Fr. 88'250.– Erwerbseinkommen plus Fr. 9'300.– Vermögensertrag) bzw. monatliche Einkünfte von Fr. 8'129.– an (Urk. 48 S. 19ff.).

3.3.1. Die Klägerin macht mit der Berufung geltend, der Berechnung der Vorinstanz könne nicht gefolgt werden. Sie basiere lediglich auf dem Geschäftsjahr 2010 und lasse die vorangehenden Jahre unberücksichtigt. Weiter sei fraglich, ob

die Berechnung nicht auf zu vielen Hypothesen und Vermutungen basiere. Die Vermögensverhältnisse des Beklagten seien äusserst unklar. Seit drei Jahren versuche der Beklagte sein Einkommen zu manipulieren. Nach der Rechtsprechung wären für die Berechnung des Einkommens des Beklagten die Jahre 2008 bis 2010 massgebend. Der Beklagte selbst führe jedoch aus, dass es sich beim Jahr 2009 um ein "Ausreisserjahr" gehandelt habe, da viele Schulden zurück bezahlt worden seien. Das Jahr 2009 könne daher nicht berücksichtigt werden, weshalb eine Erweiterung der Periode um ein Jahr zurück angezeigt sei. Die Richtigkeit der durch den Beklagten ausgewiesenen Reingewinne müsse stark angezweifelt werden. Es sei aufgrund der Unterlagen und der Aussagen des Beklagten offensichtlich, dass niemand eine Übersicht darüber habe, was effektiv Privat- und was Geschäftsvermögen darstelle. Der Beklagte habe den Gewinnausweis sehr leicht beeinflussen können, was er offensichtlich - im Hinblick auf die Trennung - auch getan habe. Seien die Vermögensverhältnisse derart undurchsichtig, was gänzlich dem Beklagten zuzuschreiben sei, müsse dies auch zu seinen Lasten ausgelegt werden. Stelle man auf die Berechnung der Vorinstanz für das Jahr 2010 ab, ergebe sich ein durchschnittlicher Reingewinn für die Jahre 2007, 2008 und 2010 von Fr. 101'083.- (Fr. 125'000.- plus Fr. 90'000.- plus Fr. 88'250.-), woraus ein monatliches Erwerbseinkommen von Fr. 8'424.- resultiere. Unter Hinzurechnung des errechneten Vermögensertrags von Fr. 775.- sei von einem Erwerbseinkommen des Beklagten von Fr. 9'199.- pro Monat auszugehen (Urk. 47 S. 6ff.).

3.3.2. Gemäss dem Beklagten unterscheidet sich seine Erwerbssituation im Jahre 2011 zufolge der im Jahre 2009 durchgeführten Schuldensanierung, des erheblichen Ertrags- und Gewinnrückgangs seit 2009 sowie der Schliessung der Praxis an der E._____ grundlegend von den Vorjahren. Ein Abstellen auf die durchschnittlichen Gewinne der letzten drei Jahre sei daher nicht möglich. Er habe die Gewinne nicht manipuliert. Die von der Vorinstanz in Anbetracht der Besonderheit des Falles vorgenommene Berechnung basiere auf vielen Hypothesen und Vermutungen, sei aber in sich schlüssig und nachvollziehbar, auch wenn er das ihm für 2010 angerechnete Einkommen von Fr. 88'250.- nicht erwirtschaftet habe und auch in Zukunft nicht erwirtschaften werde. Er fechte das ihm ange-

rechnete Einkommen jedoch aufgrund des dem Gericht zustehenden grossen Ermessens und seiner kurz bevorstehenden Pensionierung nicht an. Weiter bestritt der Beklagte die von der Klägerin in der Berufung vorgenommene Berechnung (Urk. 52 S. 7f.).

3.4. Als Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit gilt der Reingewinn, der entweder als Vermögensstandsgewinn (Differenz zwischen dem Eigenkapital am Ende des laufenden und am Ende des vorangegangenen Geschäftsjahres) oder als Gewinn in einer ordnungsgemässen Gewinn- und Verlustrechnung ausgewiesen wird. Weil bei selbstständiger Erwerbstätigkeit die finanzielle Verflechtung zwischen Unternehmerhaushalt und Unternehmung gross und intensiv sein kann und weil der Gewinnausweis sich relativ leicht beeinflussen lässt, kann sich die Bestimmung der Leistungskraft eines Selbstständigerwerbenden als äusserst schwierig erweisen. Bei selbstständig Erwerbenden wird in der Regel von einem Durchschnittseinkommen der letzten drei Jahre ausgegangen, wobei allenfalls besonders schlechte bzw. besonders ertragreiche Jahre ausgeklammert werden. Damit wird dem Gedanken Rechnung getragen, dass ein Unternehmer in den finanzstarken Jahren Ersparnisse äufnen und so eine allfällige Baisse "aussitzen" kann, ohne sofort seinen Lebensstandard verändern zu müssen. Bei stetig sinkenden oder steigenden Erträgen ist demgegenüber auf den Gewinn des letzten Jahres abzustellen bzw. für die Zukunft von einer realistisch erscheinenden Prognose auszugehen (vgl. hierzu BGer 5A_708/2008 vom 17. Dezember 2008, Erw. 2.2.1. mit Verweisen). Gleich ist vorzugehen, wenn sich die Struktur der Unternehmung des Unterhaltspflichtigen verändert hat. Auch diesfalls ist eine realistisch erscheinende Prognose für die Zukunft aufzustellen.

3.5. Die Parteien gehen übereinstimmend davon aus, dass die Vermögensverhältnisse des Beklagten unklar respektive undurchsichtig sind. Eine strikte Trennung zwischen dem Privat- und Geschäftsvermögen respektive den Geschäfts- und Privatbezügen fand nicht statt. Ab dem September 2009, nach dem Eingang der ersten Erbschaft des Beklagten, wurden sowohl der Privathaushalt als auch die Zahnarztpraxen finanziell saniert (Urk. 21/20; Urk. 38/1-5). Unbestritten blieb sodann, dass der Beklagte in der Praxis an der E._____ Probleme mit

einem Geschäftspartner hatte und dieser ihm Schulden hinterlassen hat (Prot. VI S. 19 und S. 20f.). Sodann wurde die Praxis an der E._____ im März 2011 geschlossen. Neu basieren die Einkünfte des Beklagten somit nur noch auf dem Betrieb einer Praxis. Zu Recht hielt die Vorinstanz gestützt auf diese Tatsachen fest, ihr stehe bei der Festlegung des massgebenden Erwerbseinkommens des Beklagten ein besonders grosser Ermessensspielraum zu und berechnete in der Folge den massgeblichen Reingewinn für das Jahre 2011 (und nicht, wie von beiden Parteien fälschlicherweise angenommen für das Jahre 2010 [Urk. 47 S. 9; Urk. 52 S. 8]) aufgrund einer eigenständigen Berechnungsmethode, damit nicht basierend auf dem Durchschnitt der Reingewinne der letzten Jahre (Urk. 48 S. 20ff.). Aufgrund der unklaren und ungewissen finanziellen Verhältnisse musste sie dabei von Hypothesen und Vermutungen ausgehen. Die Berechnung der Vorinstanz ist nachvollziehbar und erscheint angemessen. Es kann darauf verwiesen werden (Urk. 48 S. 20ff.). Die Klägerin legt denn auch nicht dar, welche von der Vorinstanz aufgestellten Hypothesen und welche Vermutungen inwieweit nicht zutreffen würden. Auch konkrete Behauptungen zu den angeblich vom Beklagten vorgenommenen Manipulationen der Reingewinne fehlen gänzlich. Mithin ist davon auszugehen, dass es dem Beklagten ab dem Jahre 2011 möglich ist, aus der Praxis an der G._____ ein monatliches Erwerbseinkommen von netto Fr. 7'354.– zu erzielen. Sodann ist dem Beklagten ein Vermögensertrag von Fr. 775.– anzurechnen. Sein Einkommen beläuft sich damit auf Fr. 8'129.– pro Monat.

4.1. Die Klägerin geht keiner Erwerbstätigkeit nach. Sie besitzt keine Vermögenswerte. Die Vorinstanz rechnete der Klägerin gestützt auf die von ihr im Verfahren gemachten Aussagen, ihren Ausbildungsstand sowie das Alter von D._____ und die damit verbundenen schulischen Abwesenheiten ab dem 1. April 2012 (mithin sechs Monate nach der Hauptverhandlung) bei einem 50 % Arbeitspensum als Putzfrau ein hypothetisches Erwerbseinkommen von Fr. 1'400.– und ab dem 1. Oktober 2012 ein solches von Fr. 1'700.– pro Monat an (Urk. 48 S. 18f.). Die Klägerin bestreitet, bereits im Eheschutzverfahren einer Erwerbstätigkeit nachgehen zu müssen. Der Beklagte verfüge über ein erhebliches Einkommen. Die finanziellen Verhältnisse reichten zur Finanzierung beider Haushalte aus. Es sei nicht ersichtlich, weshalb ihr zugemutet werde, neben der Betreuung

des Kindes und entgegen der bisher gelebten Lebensweise einer Erwerbstätigkeit nachzugehen (Urk. 47 S. 5). Der Beklagte widerspricht dem (Urk. 52 S. 5ff.).

4.2. Reichen die finanziellen Mittel eines Ehepaars nicht zur Finanzierung von zwei Haushalten aus, ist der nicht erwerbstätige Ehegatte grundsätzlich bereits ab der erfolgten Trennung und nicht erst bei der Scheidung zur Aufnahme einer Arbeit verpflichtet, dies jedenfalls, soweit mit der Wiederherstellung des gemeinsamen Haushaltes nicht mehr ernsthaft zu rechnen ist, weshalb nicht auf den Fortbestand der Ehe vertraut werden darf und das Ziel der wirtschaftlichen Selbständigkeit an Bedeutung gewinnt. Eine langjährige Rechtsprechung hat zur Begründung der Pflicht zur (Wieder-)Aufnahme oder Ausdehnung der Erwerbstätigkeit während der bestehenden Ehe den Art. 125 ZGB in Analogie herangezogen. Die betreffende Verpflichtung ergibt sich indes bereits aus Art. 163 ZGB, indem einerseits für die Finanzierung von zwei Haushalten höhere Kosten anfallen und andererseits für den haushaltsführenden Ehegatten der bisherige Beitrag an die gemeinsamen Lasten (unter Vorbehalt von Erziehungspflichten) wegfällt, wenn neu jeder Teil einen eigenen Haushalt führt, was normalerweise gleichzeitig bedeutet, dass Kapazitäten für die (Wieder-)Aufnahme oder Ausdehnung einer Erwerbstätigkeit frei werden, soweit nicht Kinder zu betreuen sind, weshalb sich der bisher haushaltsführende Ehegatte nicht unbeschränkt auf die seinerzeit vereinbarte Rollenteilung berufen kann, zumal diese stillschweigend unter dem Vorbehalt gleich bleibender Verhältnisse steht (BGer 5A_21/2012 vom 3. Mai 2012, Erw. 3.3. mit Hinweisen).

4.3. Keine Partei behauptet, mit der Wiederaufnahme des gemeinsamen Haushaltes sei noch ernsthaft zu rechnen. Sodann wird aus den nachfolgenden Erwägungen zum Bedarf der Parteien ersichtlich, dass die Kosten für nunmehr zwei Haushalte nicht allein aus dem Einkommen des Beklagten von monatlich netto Fr. 8'129.– bestritten werden können. Der von der Vorinstanz berechnete Überschuss resultiert, weil der Klägerin ein hypothetisches Einkommen angerechnet wurde. Eine Sparquote ist weder behauptet noch ersichtlich. Sodann ist ein unbeschränkter Rückgriff auf das Vermögen des Beklagten für die kommende Zeitspanne nicht angezeigt, da die Klägerin gestützt auf Art. 125 ZGB nach der

Scheidung zumindest für einen Teil ihres Lebensunterhaltes wird selbst aufkommen müssen. Sie hat bereits jetzt wieder ins Erwerbsleben einzusteigen. Es ist ihr ein hypothetisches Einkommen anzurechnen.

4.4. Die Klägerin ist 43 Jahre alt. Sie ist gesund. Die Klägerin ist gebürtige H._____ [Staat in Südamerika]. Sie ging bis zur dritten Klasse in die Schule. Eine Ausbildung besitzt sie nicht. Hingegen arbeitete die Klägerin bereits während der Ehe in zwei Familien als Putzhilfe (Prot. VI S. 7). Die Arbeit als Putzfrau ist ihr zumutbar. Der gemeinsame Sohn der Parteien ist 13 ½ Jahre alt und besucht seit August 2011 eine neue Schule, weshalb er an drei Tagen in der Woche von 07.05 Uhr bis 16.45 Uhr bzw. 15.45 Uhr sowie an zwei Tagen in der Woche von 07.05 Uhr bis am Mittag in der Schule bzw. auf dem Schul-/Heimweg ist (Prot. VI S. 5 f.). Gestützt auf diese Erwägungen ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass es der Klägerin möglich ist, ein Einkommen von netto Fr. 1'700.– pro Monat zu generieren (Urk. 48 S. 18). Die Höhe des von der Vorinstanz angerechneten hypothetischen Einkommens wurde von der Klägerin in der Berufung denn auch nicht bestritten (Urk. 47 S. 5). Nicht glaubhaft ist, dass die angeblichen Suchbemühungen der Klägerin bis anhin erfolglos blieben (Urk. 47 S. 5). Die Klägerin hat keine einzige Bewerbung eingereicht. Es ist ihr ein hypothetisches Einkommen von Fr. 1'700.– anzurechnen.

4.5.1. Im Weiteren macht die Klägerin geltend, ihr sei im vorinstanzlichen Entscheid eine Übergangsfrist zur Aufnahme der Erwerbstätigkeit bis Ende März 2012 eingeräumt worden. Da ihr der Entscheid des Gerichts im selben Monat zugestellt worden sei, bestehe de facto keine Übergangsfrist (Urk. 47 S. 6). Gemäss Beklagtem wurde die Klägerin in der Hauptverhandlung vom 22. September 2011 darauf hingewiesen, dass ihr nach einer Übergangsfrist von sechs Monaten eine Teilzeiterwerbstätigkeit angerechnet werde. Sie habe im Beisein ihres Anwaltes eine Teilvereinbarung unterschrieben, in der ein Unterhaltsbeitrag für die Dauer der sechsmonatigen Übergangsfrist (in der noch kein Einkommen angerechnet wurde) vereinbart worden sei (Urk. 52 S. 6f.).

4.5.2. Bejaht der Richter die Pflicht zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit und verlangt er von der betreffenden Partei durch die Anrechnung eines hypotheti-

schen Einkommens eine Umstellung ihrer Lebensverhältnisse, so hat er ihr hinreichend Zeit zu lassen, die rechtlichen Vorgaben in die Tat umzusetzen. Die Übergangsfrist muss nach ihrem Zweck und den Umständen angemessen sein (BGE 129 III 417 Erw. 2.2.). Die Anpassungsfrist beginnt erst mit der erstmaligen richterlichen Eröffnung der Umstellungsfrist zu laufen. Nicht ausreichend ist die blosser Ankündigung anlässlich einer mündlichen Verhandlung, auch wenn bis zum Entscheid noch mehrere Wochen oder Monate vergehen (Six, Eheschutz, Ein Handbuch für die Praxis, N 2.155 mit Verweis auf die Praxis des Obergerichts des Kantons Aargau). Dem ist zuzustimmen. Eine Verlautbarung des Richters während einer Gerichts- oder Vergleichsverhandlung zur Anrechnung eines hypothetischen Einkommens und einer allfälligen Übergangsfrist kann nur eine vorläufige Stellungnahme aufgrund der damaligen Aktenlage und Rechtskenntnisse sein. Das Urteil wurde noch nicht eröffnet. Der Richter ist an diese Äusserung nicht gebunden. Daran ändert die Unterzeichnung der Konvention durch die Klägerin nichts. Aus dieser ergibt sich denn gerade, dass die Höhe der vom Beklagten an die Klägerin zu leistenden Unterhaltsbeiträge nach Ablauf der geregelten sechs Monaten und damit die Frage, ob der Klägerin hernach ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden kann, umstritten war. Der Klägerin ist eine Übergangsfrist zu gewähren. Da sie hingegen aufgrund des ihr im März 2012 zugestellten erstinstanzlichen Urteils damit rechnen musste, dass ihr gestützt auf die aktuelle Rechtsprechung ein hypothetisches Einkommen angerechnet wird, erscheint die Ansetzung einer kurzen Übergangsfrist von drei Monaten, somit bis Ende Januar 2013, als angemessen. Damit ist der Klägerin ab dem 1. Februar 2013 ein Einkommen von netto Fr. 1'700.– pro Monat anzurechnen.

5.1. Die Vorinstanz setzte den Bedarf der Klägerin (inkl. D._____) wie folgt fest (Urk. 48 S. 27ff.):

1. Oktober 2011 bis 31. März 2012

Grundbetrag inkl. Kind	Fr. 1'950.–
Wohnkosten	Fr. 2'600.–
Hausrat- und Haftpflichtversicherung	Fr. 30.–
Internet/Telefon/TV	Fr. 120.–
Obligatorische Krankenversicherung	Fr. 313.–
Krankenversicherung Kind	<u>Fr. 72.–</u>
Total	Fr. 5'085.–

Ab dem 1. April 2012 (Anrechnung eines hypothetischen Erwerbseinkommens bei der Klägerin) bis zum 30. September 2012 berücksichtigte sie zusätzlich Fr. 153.– Fahrkosten pro Monat, womit ein Bedarf von Fr. 5'238.– resultierte. Ab dem 1. Oktober 2012 wurden im Bedarf der Klägerin die anrechenbaren Wohnkosten von Fr. 2'600.– auf Fr. 1'800.– gesenkt. Es resultierte neu ein Bedarf von Fr. 4'438.–.

5.2.1. Die Klägerin beanstandet die Senkung der Wohnkosten ab dem 1. Oktober 2012 auf Fr. 1'800.– (Urk. 48 S. 9f.).

5.2.2. Einer Partei kann ein hypothetischer Wohnungszins angerechnet werden, wenn der Wohnaufwand zu hoch ist, vor allem im Vergleich mit der anderen Partei, und ihr die Miete einer günstigeren Wohnung oder die Vermietung eines Zimmers zugemutet werden kann (Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 2010, Rz. 02.33; BGE 129 III 526 Erw. 2 S. 527f. mit Hinweisen). Die effektiven Wohnkosten müssen unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse und des Wohnungsmarktes als übersetzt erscheinen. Bei den persönlichen Verhältnissen ist vor allem auf die Anzahl Personen, für die ein Ehegatte verantwortlich ist, und seine Gesundheit abzustellen. Sodann ist zu beachten, dass nach der Trennung mit den vorhandenen Mitteln sowie allfälligen hypothetischen Einkommen zwei Haushalte, insbesondere zwei Wohnungen finanziert werden müssen. Es ist daher darauf abzustellen, ob gute oder schlechtere finanzielle Verhältnisse vorliegen (Six, a.a.O., N 2.96).

5.2.3. Die Klägerin wohnt mit D._____ in der bis anhin ehelichen 5 ½-Zimmerwohnung. Entgegen der Ansicht der Klägerin kann vorliegend nicht von sehr guten wirtschaftlichen Verhältnissen ausgegangen werden (Urk. 48 S. 10). Solange der Klägerin kein Erwerbseinkommen angerechnet wird, liegt bei einer Berücksichtigung von Fr. 2'600.– Mietkosten im Bedarf der Klägerin gar ein Manko vor (total Einkünfte von Fr. 8'129.– abzüglich Gesamtbedarf von mindestens Fr. 8'417.– [Fr. 5'085.– plus Fr. 3'332.–, zahlen der Vorinstanz]). Die Mehrkosten der Trennung können somit nicht problemlos allein aus den Einkünften des Beklagten bezahlt werden. Die Mietkosten sind zu senken. Es haben sich beide Parteien einzuschränken. Die Klägerin bringt keine überzeugenden Gründe vor, wieso es ihr und D._____ nicht zumutbar wäre, aus der ehelichen Wohnung in eine andere Wohnung umzuziehen. Eine 3 bis 3 ½-Zimmerwohnung scheint den familiären und finanziellen Verhältnissen angemessen. Zu Recht beanstandet die Klägerin den ihr von der Vorinstanz zugesprochenen Betrag von Fr. 1'800.– inklusive Nebenkosten pro Monat (Urk. 47 S. 10). Die Klägerin und D._____ wohnen seit Jahren in C._____. Dort scheinen sie verankert zu sein. Für diese Region erscheint der von der Vorinstanz veranschlagte Mietzins eher an der unteren Grenze. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass der Klägerin vorliegend ein hypothetisches Einkommen angerechnet wird, ist ihr ein Betrag inklusive Nebenkosten von Fr. 2'000.– zuzubilligen. Im Gegenzug sind im Bedarf des Beklagten hingegen für die gesamte Zeitspanne, wie dies von der Klägerin denn in der Berufung auch anerkannt wird (Urk. 47 S. 13) und entgegen den Erwägungen der Vorinstanz (Urk. 48 S. 31), die effektiv anfallenden Mietkosten von F. 1'870.– inklusive Nebenkosten zu berücksichtigen. Der Klägerin ist eine angemessene Übergangsfrist bis zur Herabsetzung des Mietzinses einzuräumen. Der nächst mögliche Kündigungstermin ist Ende März 2013 (vgl. hierzu Six, a.a.O., N 2.97; Urk. 15/11). Entsprechend ist im Bedarf der Klägerin ab dem 1. April 2013 ein Mietzins von Fr. 2'000.– zu berücksichtigen.

5.3.1. Die Vorinstanz hat der Klägerin für die Zeitspanne, in welcher ihr kein hypothetisches Einkommen angerechnet wird und sie nicht arbeitstätig ist, mangels Belegen keine Fahrkosten zugestanden (Urk. 48 S. 28). Die Klägerin verlangt die Berücksichtigung von Fr. 80.– (Urk. 47 S. 10f.).

5.3.2. Die Klägerin besitzt kein Auto. Unbestrittenermassen besucht sie zwei Mal pro Woche eine Kirche in F._____. Es erscheint daher glaubhaft, dass ihr auch solange sie noch nicht arbeitstätig ist, Mobilitätskosten anfallen. Entsprechend hat denn auch der Beklagte die von der Klägerin geltend gemachten Kosten von Fr. 80.– pro Monat weder vor Vorinstanz (Prot. Vi S. 22) noch in der Berufung substantiiert bestritten (Urk. 52 S. 9). Die geltend gemachten Fr. 80.– erscheinen angemessen. Sie sind im Rahmen der Bestimmung des erweiterten familienrechtlichen Notbedarfs zu berücksichtigen (Urk. 48 S. 14f.).

5.4. D._____ besucht derzeit eine Schule in F._____. Die geltend gemachten Fahrkosten von Fr. 111.– für das ...-Abonnement ... *Zonen* ... sind ausgewiesen (Urk. 22/3). Entgegen der Ansicht der Vorinstanz sind diese Kosten nicht im Grundbetrag enthalten. Der monatliche Grundbetrag umfasst gemäss den Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009 die Nahrung, Kleidung und Wäsche, einschliesslich deren Instandhaltung, Körper- und Gesundheitspflege, Unterhalt der Wohnungseinrichtung, Kulturelles und sämtliche Energiekosten (ohne Heizung, II.). Kosten für den Schulweg sind wie die Fahrkosten zum Arbeitsplatz zusätzlich zu vergüten. Die Fr. 111.– sind zu berücksichtigen.

5.5.1. Die Vorinstanz berücksichtigte bei der Klägerin Fr. 120.– pro Monat für Kommunikation. Die Klägerin macht geltend, Fr. 117.– hiervon würden bereits durch die Billag und die Grundgebühren für Festnetz, Handy und Internetabonnement (ohne Handy für D._____) gebraucht. Sodann habe sie höhere Gesprächskosten als der Durchschnitt, da sie aus H._____ stamme und viel ins Ausland telefoniere. Angemessen seien Fr. 180.– (Urk. 47 S. 11).

5.5.2. Bei den Akten liegt die Rechnung vom April 2011 (Urk. 15/14). Daraus ergeben sich Abbonnementskosten von Fr. 77.30 zuzüglich *Kosten und Rabatte* von Fr. 25.–. Was für Abonnemente damit erfasst werden, ist nicht ersichtlich. Sodann weist die Rechnung Nutzungsgebühren von Fr. 327.60 aus. Diesbezüglich hat hingegen die Klägerin selbst ausgeführt, diese Kosten seien vom Beklagten verursacht worden (Prot. Vi. S. 11). Da die Klägerin im Weiteren in keiner Art und Weise belegt, ob sie tatsächlich einen Festnetz-, einen Fernseh- sowie einen

Internetanschluss und ein Handy besitzt und keine diesbezüglichen Rechnungen eingereicht hat, sind die geltend gemachten Fr. 180.– nicht glaubhaft. Unter Berücksichtigung des Gleichbehandlungsgebotes der Parteien, beim Beklagten wurden Fr. 100.– eingesetzt, sind die eingesetzten Fr. 120.– noch als angemessen zu bezeichnen. Ein Mehraufwand ist von beiden Parteien aus dem Freibetrag zu bezahlen. Da die Klägerin, wie nachfolgend dargelegt wird, 60 % des Freibetrages erhält, sind damit auch die Kosten für D._____ abgedeckt.

5.6.1. Weiter beantragt die Klägerin ab dem Zeitpunkt, in welchem ihr ein hypothetisches Einkommen angerechnet wird, die Berücksichtigung von Fr. 110.– in ihrem Bedarf für auswärtige Verpflegung (Urk. 47 S. 12).

5.6.2. Die Klägerin macht diese Bedarfsposition in der Berufung erstmals geltend. Vorliegend ist nur noch der Ehegattenunterhalt umstritten. Es hätte an der Klägerin gelegen, bereits vor Vorinstanz für den Eventualfall, dass sie zur Erzielung eines Einkommens verpflichtet wird, die Anrechnung eines Betrages für auswärtige Verpflegung zu verlangen. Nunmehr ist die Geltendmachung der Position verspätet.

5.7. Weil der Klägerin erst ab dem 1. Februar 2013 ein hypothetisches Einkommen angerechnet wird und eine Herabsetzung des klägerischen Mietzinses erst per 31. März 2013 erfolgt, ist der Bedarf der Klägerin (inklusive D._____) neu für den 1. Oktober 2011 bis 31. Januar 2013, den 1. Februar 2013 bis 31. März 2013 und ab dem 1. April 2013 festzusetzen. Der Bedarf präsentiert sich wie folgt:

1. Oktober 2011 bis 31. Januar 2013

Grundbetrag inkl. Kind	Fr. 1'950.–
Wohnkosten	Fr. 2'600.–
Hausrat- und Haftpflichtversicherung	Fr. 30.–
Internet/Telefon/TV	Fr. 120.–
Obligatorische Krankenversicherung	Fr. 313.–
Krankenversicherung Kind	Fr. 72.–
Fahrkosten Klägerin	Fr. 80.–

Fahrkosten D. _____	Fr. <u>111.-</u>
Total	Fr. 5'276.-

1. Februar 2013 bis 31. März 2013

Grundbetrag inkl. Kind	Fr. 1'950.-
Wohnkosten	Fr. 2'600.-
Hausrat- und Haftpflichtversicherung	Fr. 30.-
Internet/Telefon/TV	Fr. 120.-
Obligatorische Krankenversicherung	Fr. 313.-
Krankenversicherung Kind	Fr. 72.-
Fahrkosten Klägerin	Fr. 153.-
Fahrkosten D. _____	Fr. <u>111.-</u>
Total	Fr. 5'349.-

Ab dem 1. April 2013

Grundbetrag inkl. Kind	Fr. 1'950.-
Wohnkosten	Fr. 2'000.-
Hausrat- und Haftpflichtversicherung	Fr. 30.-
Internet/Telefon/TV	Fr. 120.-
Obligatorische Krankenversicherung	Fr. 313.-
Krankenversicherung Kind	Fr. 72.-
Fahrkosten Klägerin	Fr. 153.-
Fahrkosten D. _____	Fr. <u>111.-</u>
Total	Fr. 4'749.-

6. Der Bedarf des Beklagten ist anerkanntermassen ab dem 1. Oktober 2011 auf Fr. 3'702.- festzusetzen (Urk. 47 S. 13; Urk. 48 S. 32). Eine Kürzung der Position Wohnkosten findet nicht statt (vgl. vorangehend Ziffer 5.2.3).

7.1. Es ist unbestritten, dass die Unterhaltsbeiträge an die Klägerin ab dem 1. Oktober 2011 zuzusprechen sind.

7.2. Unterhaltsbeitrag vom 1. Oktober 2011 bis zum 31. Januar 2013

Bedarf Klägerin inkl. D. _____	Fr. 5'276.-
Bedarf Beklagter	Fr. <u>3'702.-</u>

Total	Fr.	8'978.–
Einkommen Klägerin	Fr.	0.–
Einkommen Beklagter	Fr.	8'129.–
Total	Fr.	8'129.–
Total Bedarf	Fr.	8'978.–
Total Einkommen (./.)	Fr.	8'129.–
Manko	Fr.	849.–

Das Manko ist grundsätzlich von der Klägerin zu tragen. Es resultiert folgender Anspruch der Klägerin:

Einkommen Beklagter	Fr.	8'129.–
Bedarf Beklagter (./.)	Fr.	3'702.–
Zur Verfügung stehender Betrag	Fr.	4'427.–
Kinderunterhaltsbeitrag D. _____ (./.)	Fr.	1'200.–
Unterhaltsanspruch	Fr.	3'227.–

Der Bedarf der Klägerin von Fr. 4'076.– (Fr. 5'276.– minus Fr. 1'200.– Kinderunterhaltsbeitrag) ist somit nicht gedeckt. Die Klägerin hat, wie nachfolgend aufgezeigt wird, vom 1. Oktober 2011 bis zum 31. Januar 2013, mithin während rund 16 Monaten ein Manko von Fr. 849.– pro Monat. Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass es vor allem wegen der vorliegend unklaren finanziellen Verhältnisse, welche vom Beklagten verursacht wurden, angezeigt erscheint, dass der Beklagte dieses Manko von insgesamt Fr. 13'584.– (16 x Fr. 849.–) mittels seines Vermögens von rund Fr. 620'000.– abdeckt (Urk. 48 S. 33). Der Beklagte hat denn dieses Vorgehen in der Berufung auch nicht bestritten. Sodann steht es im Einklang mit der neusten bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 138 III 289). Demnach ist der Klägerin vom 1. Oktober 2011 bis zum 31. Januar 2013 ein Unterhaltsbeitrag von Fr. 4'076.– pro Monat zuzusprechen.

7.3. Unterhaltsbeitrag vom 1. Februar 2013 bis zum 31. März 2013

Die Gesamteinkünfte der Parteien belaufen sich auf Fr. 9'829.– (Fr. 8'129.– plus Fr. 1'700.–). Dem steht ein Gesamtbedarf von Fr. 9'051.– (Fr. 5'349.– plus Fr. 3'702.–) gegenüber. Es resultiert ein Freibetrag von Fr. 778.–. Die Vorinstanz hat 60 % des Freibetrages der die Obhut innehabenden Klägerin und 40 % dem

Beklagten zugeteilt (Urk. 48 S. 34). Dem ist zu folgen. Die Klägerin führt denn mit keinem Wort aus, wieso ihr und D._____ ein Anteil von zwei Dritteln, mithin 66,67 % zugesprochen werden sollte (Urk. 47 S. 13).

Die Klägerin hat somit Anspruch auf den folgenden Unterhaltsbeitrag:

Bedarf Klägerin inkl. D._____	Fr.	5'349.–
Anteil Freibetrag (60 % von Fr. 778.–)	Fr.	467.–
Kinderunterhaltsbeitrag D._____ (./.)	Fr.	1'200.–
Erwerbseinkommen Klägerin (./.)	<u>Fr.</u>	<u>1'700.–</u>
Unterhaltsanspruch	Fr.	2'916.–

7.4. Unterhaltsbeitrag ab 1. April 2013

Die Gesamteinkünfte der Parteien belaufen sich auf Fr. 9'829.– (Fr. 8'129.– plus Fr. 1'700.–). Dem steht ein Gesamtbedarf von Fr. 8'451.– (Fr. 4'749.– plus Fr. 3'702.–) gegenüber. Es resultiert ein Freibetrag von Fr. 1'378.–.

Die Klägerin hat somit Anspruch auf den folgenden Unterhaltsbeitrag:

Bedarf Klägerin inkl. D._____	Fr.	4'749.–
Anteil Freibetrag (60 % von Fr. 1'378.–)	Fr.	827.–
Kinderunterhaltsbeitrag D._____ (./.)	Fr.	1'200.–
Erwerbseinkommen Klägerin (./.)	<u>Fr.</u>	<u>1'700.–</u>
Unterhaltsanspruch	Fr.	2'676.–

Da die Vorinstanz der Klägerin ab dem 1. Oktober 2012 Unterhaltsbeiträge von Fr. 2'773.– zugesprochen und der Beklagte dies nicht angefochten hat, sind der Klägerin ab dem 1. April 2013 Unterhaltsbeiträge von monatlich Fr. 2'773.– zuzusprechen.

8. Der Beklagte kann die von ihm seit dem 1. Oktober 2011 erbrachten Unterhaltszahlungen in Anrechnung bringen. Da nicht konkret dargelegt wird, wie viel bereits bezahlt wurde, kann hingegen diesbezüglich nichts im Dispositiv festgehalten werden.

III.

1. Das Gericht kann von der klagenden Partei einen Vorschuss bis zur Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten verlangen (Art. 98 ZPO). Dabei handelt es sich um eine Kann-Vorschrift. Das Ermessen obliegt dem Gericht. Eine Partei kann nur die Leistung einer Sicherheit für ihre Parteientschädigung beantragen (Art. 99 ZPO). Dies hat der Beklagte vorliegend nicht getan. Vielmehr beantragt er mit der Berufungsantwort die Festsetzung eines Kostenvorschusses für die mutmasslichen Gerichtskosten zulasten der Klägerin und die Anordnung der ratenweisen Abzahlung des Vorschusses durch die Klägerin (Urk. 52 S. 11). Der Beklagte ist zur Stellung dieses Antrages nicht legitimiert, weshalb auf den Antrag nicht einzutreten ist.

2.1. Die Klägerin beantragt, der Beklagte sei zu verpflichten, ihr einen Kostenvorschuss über die mutmasslichen Gerichts- und Anwaltskosten (unter Vorbehalt einer allfälligen Nachforderung) von Fr. 7'500.– zu bezahlen (Urk. 47 S. 3). Der Beklagte ersucht um Abweisung des Antrages (Urk. 52 S. 2).

2.2. Gemäss konstanter Praxis der Kammer besteht für die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses im Endentscheid kein Raum mehr. Hingegen kann bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen die angesprochene Partei verpflichtet werden, der ansprechenden Partei die Aufwendungen des Verfahrens bzw. für die Rechtsvertretung zu ersetzen (ZR 85 [1986] Nr. 32). Es ist ein Prozesskostenbeitrag zuzusprechen. Die Voraussetzungen für die Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages sind, dass dem ansprechenden Ehegatten die Mittel fehlen, um neben dem Lebensunterhalt für sich und die Familie die Gerichtskosten bzw. die Aufwendungen für die Rechtsvertretung aufzubringen, der Prozess nicht als aussichtslos erscheint, der ansprechende Ehegatte für die gehörige Führung des Prozesses eines Rechtsvertreters bedarf und der angesprochene Ehegatte leistungsfähig ist. Die für die Gewährung des prozessualen Armenrechts entwickelten Grundsätze sind bei der Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses analog anzuwenden. Sodann folgt die Pflicht, die Kosten eines Rechtsstreits des Ehegatten zu ersetzen, gemäss ständiger Praxis der Kammer,

nicht aus der ehelichen Unterhaltspflicht gemäss Art. 163 ZGB, sondern aus der ehelichen Beistandspflicht gemäss Art. 159 Abs. 3 ZGB (ZR 85 [1986] Nr. 32; was vom Kassationsgericht in einem Entscheid vom 22. August 2003 als keine Verletzung klaren materiellen Rechts darstellend geschützt wurde, Kass.-Nr. 2003/012). Es kann daher nicht beanstandet werden, dass im Bedarf der Klägerin keine Kosten für die Bezahlung der Gerichtskosten berücksichtigt wurden (Urk. 47 S. 15).

2.3. Die Klägerin hat kein Vermögen. Bis und mit Januar 2013 weist sie keinen Freibetrag auf. Ab Februar 2013 hat sie einen Freibetrag von Fr. 467.– und ab April 2013 von Fr. 827.–, wobei zu berücksichtigen ist, dass die Klägerin mit dem gemeinsamen Sohn D._____ zusammen lebt und keine Steuern in ihrem Bedarf berücksichtigt wurden. Sie muss als mittellos im Sinne der Rechtsprechung zum Armenrecht angesehen werden. Die Leistungsfähigkeit des Beklagten ist unbestritten. Wie vorangehend dargelegt, war die Berufung der Klägerin nicht aussichtslos. Sodann ist die Klägerin der Deutschen Sprache kaum mächtig und der Beklagte ist im vorliegenden Verfahren ebenfalls anwaltlich vertreten (Art. 118 Abs. 1 lit. c) ZPO), weshalb ihr ein Prozesskostenbeitrag für die ihr in diesem Verfahren anfallenden Gerichts- und Anwaltskosten in der Höhe von Fr. 5'500.– zuzusprechen ist.

3. Auf das Eventualbegehren der Klägerin, mit welchem sie um die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und um die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters ersucht, braucht nicht weiter eingegangen zu werden (Urk. 47 S. 3 Rechtsbegehren Ziffer 2).

IV.

1.1. Trifft die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Die Gerichtskosten für den erstinstanzlichen Entscheid wurden auf

Fr. 6'000.– zuzüglich Fr. 450.– Dolmetscherkosten festgesetzt (Urk. 48 S. 35 und 39). Dies blieb unangefochten und ist zu bestätigen.

Die Gerichtskosten wurden der Klägerin zu 40 % und dem Beklagten zu 60 % auferlegt (Urk. 48 Dispositivziffer 9 [recte: 6]). Die Klägerin beantragt die Neuverteilung der Kosten nach Obsiegen und Unterliegen (Urk. 47 S. 2 Rechtsbegehren Ziffer 3). Die Klägerin hat erstinstanzlich für sich persönlich Unterhaltsbeiträge von Fr. 5'195.– pro Monat verlangt (Prot. Vi. S. 22). Der Beklagte beantragte, von Unterhaltsbeiträgen an die Klägerin persönlich sei abzusehen (Urk. 20 S. 2). Unter der Annahme einer Unterhaltsdauer von 30 Monaten ist diesbezüglich von einem Streitwert von rund Fr. 155'000.– auszugehen. Die Klägerin obsiegt gestützt auf die nunmehr zugesprochenen Unterhaltsbeiträge mit rund zwei Dritteln und der Beklagte mit einem Drittel. In Anbetracht der im Weiteren vor Vorinstanz gestellten Rechtsbegehren, welche die Kinderbelange betrafen und ansonsten (z.B. Zuteilung der Wohnung) übereinstimmten, sind die Kosten für das vorinstanzliche Verfahren zu einem Drittel der Klägerin und zu zwei Dritteln dem Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 95 Abs. 1 lit. a ZPO).

1.2. Weiter verlangt die Klägerin die Entschädigung von sechs Zehnteln ihrer Parteikosten, mithin Fr. 4'500.– (Urk. 47 S. 2 Rechtsbegehren Ziffer 3).

Den Parteien wird im gleichen Verhältnis wie ihnen neu die Kosten auferlegt werden, eine Parteientschädigung zugesprochen (Art. 106 Abs. 2 i.V.m. Art. 95 Abs. 1 lit. b). Den Parteien gegenseitig zustehende Parteientschädigungen werden verrechnet. Damit hat die Klägerin für das erstinstanzliche Verfahren Anspruch auf eine Entschädigung von einem Drittel der vollen Prozessentschädigung. Die Vorinstanz hat die volle Prozessentschädigung auf Fr. 7'500.– festgesetzt (Urk. 48 S. 36). Dies blieb unangefochten, weshalb davon auszugehen ist. Entsprechend ist der Klägerin für das erstinstanzliche Verfahren eine Entschädigung von Fr. 2'500.– zuzusprechen. Ein Zuschlag für die Mehrwertsteuer wird nicht verlangt.

2.1. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist gestützt auf die §§ 6 Abs. 1 i.V.m. 5 Abs. 1 und 6 Abs. 2 lit. b der Gebührenverordnung des Obergerichtes (GebV OG) vom 8. September 2010 auf Fr. 4'000.– festzusetzen.

Die Kosten sind von den Parteien nach Obsiegen und Unterliegen zu tragen (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Die Klägerin beantragt nun, die Kosten des Berufungsverfahrens seien gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO unabhängig vom Ausgang des Verfahrens dem Kläger [recte: Beklagten] aufzuerlegen (Urk. 47 S. 15).

Das Gericht kann in familienrechtlichen Sachen von den Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen (Art. 107 Abs. 1 lit. a). Gestützt auf diese Norm werden gemäss der Praxis der Kammer bei Kinderbelangen die Kosten regelmässig den Parteien je zur Hälfte auferlegt. Vorliegend waren hingegen im Berufungsverfahren nur noch die an die Klägerin persönlich zu leistenden Unterhaltsbeiträge strittig. Diesbezüglich ist diese Praxis nicht anwendbar. Die Klägerin erhält sodann zur Deckung ihrer Gerichts- und Anwaltskosten im Berufungsverfahren einen Prozesskostenbeitrag, weshalb kein finanzielles Ungleichgewicht zwischen den Parteien vorliegt (Urk. 47 S. 15). Die Verteilung der Kosten erfolgt nach Obsiegen und Unterliegen.

Ausgehend von den vorab erwähnten 30 Monaten ab 1. Oktober 2011 sprach die Vorinstanz der Klägerin Unterhaltsleistungen von rund Fr. 91'000.– zu. Die Klägerin beantragte mit der Berufung die Erhöhung dieser Zahlungen auf rund Fr. 127'000.– (30 x Fr. 4'236.–). In der Berufung umstritten waren somit Fr. 36'000.–. Zugesprochen werden der Klägerin nunmehr Unterhaltsbeiträge von rund Fr. 104'000.–. Sie obsiegt somit mit rund einem Drittel. Entsprechend sind ihr die Gerichtskosten zu zwei Dritteln und dem Beklagten zu einem Drittel aufzuerlegen.

2.2. Sodann hat die Klägerin dem Beklagten eine auf einen Drittel reduzierte Prozessentschädigung zu bezahlen. Gestützt auf die §§ 6 Abs. 1 i.V.m. 5 Abs. 1, 6 Abs. 3 sowie 13 Abs. 1 und 2 der Verordnung über die Anwaltsgebühren (Anw-Geb V) erscheint eine volle Entschädigung von Fr. 3'000.– als angemessen. Da-

mit hat die Klägerin dem Beklagten eine Entschädigung von Fr. 1'000.– zu bezahlen. Ein Zuschlag für die Mehrwertsteuer wird nicht verlangt.

Es wird erkannt:

1. Auf den Antrag des Beklagten auf Einforderung eines Gerichtskostenvorschusses bei der Klägerin wird nicht eingetreten.
2. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für sie persönlich folgende Unterhaltsbeiträge zu bezahlen:

Fr. 4'076.– vom 1. Oktober 2011 bis 31. Januar 2013

Fr. 2'916.– vom 1. Februar 2013 bis 31. März 2013

Fr. 2'773.– ab 1. April 2013.

Die Unterhaltsbeiträge sind zahlbar im Voraus, jeweils auf den Ersten jeden Monats.

3. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin einen Prozesskostenbeitrag von Fr. 5'500.– zu bezahlen.
4. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren werden auf Fr. 6'000.– zuzüglich Fr. 450.– Dolmetscherkosten festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden zu einem Drittel der Klägerin und zu zwei Dritteln dem Beklagten auferlegt.
6. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das erstinstanzliche Verfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 2'500.– zu bezahlen.
7. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'000.– festgesetzt.
8. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin zu zwei Dritteln und dem Beklagten zu einem Drittel auferlegt.

9. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'000.– zu bezahlen.
10. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Bezirksgericht Horgen und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

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

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt über Fr. 30'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 15. Oktober 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. R. Blesi

versandt am:
se