

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE120036-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. M. Schaffitz und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. E. Iseli

Beschluss und Urteil vom 18. Juni 2013

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin X. _____

gegen

B. _____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz (Unterhaltsbeiträge)**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Horgen vom 1. Juni 2012 (EE110105)**

Rechtsbegehren:

der Klägerin (Urk. 20 S. 2):

- "1. Der Klägerin sei die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes sowie das Getrenntleben zu bewilligen.
2. Die eheliche Wohnung an der C. _____-Strasse ... in D. _____ sei für die Dauer des Getrenntlebens der Klägerin und den Kindern zur Benützung zuzuweisen.
3. Die Kinder E. _____, geb. tt.mm.2008 sowie F. _____, geb. tt.mm.2010 seien für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Klägerin zu stellen.
4. Dem Beklagten sei kein Besuchsrecht zuzusprechen. Es sei die von der Kantonspolizei Zürich verfügte Schutzmassnahme (Kontaktverbot) auf unbestimmte Zeit zu verlängern.
5. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für sich und die Kinder angemessene Unterhaltsbeiträge zu bezahlen.
6. Der Beklagte sei zu verpflichten, bis Ende Februar 2012 auf dem ... Konsulat [des Staates G. _____] den Antrag der Klägerin zur Ausstellung eines Reisepasses für den Sohn F. _____ zu unterzeichnen.
7. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten."

des Beklagten (Urk. 27 S. 1):

- "1. Die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes der Ehegatten sei per 19.11.2011 zu bewilligen.
2. Die ehemalige Familienwohnung an der C. _____-Strasse ... in D. _____ sei für die Dauer des Getrenntlebens der Ehefrau zuzuweisen.
3. Die gemeinsamen Kinder E. _____, geb. tt.mm.2008, und F. _____, geb. tt.mm.2010, seien unter die Obhut der Ehefrau zu stellen.
4. Die Unterhaltsbeiträge für die Kinder sowie der Ehegattenunterhalt seien gerichtlich festzulegen.
5. Dem Ehemann sei das folgende angemessene Besuchs- und Ferienrecht zu gewähren:
 - a. Der Ehemann sei zu berechtigen und zu verpflichten, seine Kinder auf eigene Kosten jeden zweiten Samstag, 09.00 Uhr, bis Sonntag, 18.00 Uhr, zu sich zu Besuch zu nehmen;

- b. Der Ehemann sei zu berechtigten und zu verpflichten, die gemeinsamen Kinder für jeweils vier Wochen jährlich zu sich und auf eigene Kosten in die Ferien zu nehmen;
- c. Der Ehemann sei zu berechtigten, die Kinder jeden Bajram nach der Fastenzeit zu sich auf eigene Kosten zu Besuch zu nehmen.

Das Ferienrecht sei jeweils zwei Monate im Voraus anzukündigen.

- 6. Soweit weitergehend seien die Anträge der Ehefrau abzuweisen.
- 7. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Ehefrau."

Urteil des Bezirksgerichtes Horgen:

(Urk. 39 = Urk. 43)

- "1. Den Parteien wird das Getrenntleben bewilligt. Es wird vorgemerkt, dass die Parteien seit dem 19. November 2011 getrennt leben.
- 2. Die Kinder E._____, geb. am tt.mm.2008 und F._____, geb. tt.mm.2010 werden unter die Obhut der Klägerin gestellt.
- 3. Die Teilvereinbarung der Parteien vom 14. Februar 2012 wird genehmigt beziehungsweise vorgemerkt. Sie lautet wie folgt:
 - "1. Die Parteien erklären, auf unbestimmte Zeit getrennt zu leben.
Es sei vorzumerken, dass die Parteien bereits seit dem 19. November 2011 getrennt leben.
 - 2. Die Kinder E._____, geb. tt.mm.2008, und F._____, geb. tt.mm.2010, seien für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Klägerin zu stellen.
 - 3. Es sei eine Besuchsbeistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB zu errichten.
Dabei soll der Beistand befugt sein, die Besuchsrechtsregelung zu überwachen, die Übergabe der Kinder zu organisieren und bei Bedarf die Modalitäten zu regeln.
 - 4. Der Beklagte überlässt der Klägerin die eheliche Wohnung an der C._____-Strasse ... in D._____ samt Mobiliar und Hausrat zur alleinigen Benützung.
 - 5. Die Parteien vereinbaren, dass der Beklagte bis Ende Februar 2012 auf dem ... Konsulat [des Staates G._____] den Antrag der Klägerin zur Ausstellung eines Reisepasses für den gemeinsamen Sohn F._____ unterzeichnet.
 - 6. Der Beklagte anerkennt, das Rayon gemäss GSG-Verfügung vom 19. November 2011 weiterhin nicht zu betreten. Ausserdem verpflichtet er sich, keinen Kontakt mit der Klägerin (direkt, Anrufe, SMS, E-Mails etc., auch nicht über Dritte) aufzunehmen."
- 4. Der Beklagte wird berechtigt, die Kinder an den Wochenenden der geraden Wochen jeweils am Sonntag von 10.00 Uhr bis 18.00 Uhr, sowie jeweils am ersten Feiertag der beiden Bajramfeste im Jahr von 10.00 Uhr bis 18.00 Uhr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Ausserdem

ist der Beklagte berechtigt, die Kinder 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 wird verpflichtet, die Ausübung des Ferienbesuchsrechts mindestens zwei Monate im Voraus anzumelden beziehungsweise mit der Klägerin abzusprechen.

5. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für die Kinder (je) monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 650.00 zuzüglich allfällige Kinderzulagen zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, seit 21. November 2011.
6. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für sich persönlich einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 3'912.00 zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, seit 21. November 2011, abzüglich bereits geleisteter Zahlungen des Beklagten gegenüber der Klägerin.
7. Die Entscheidgebühr (Pauschalgebühr) wird festgesetzt auf:

Fr.	4'400.00	; die weiteren Auslagen betragen:
Fr.	468.75	Dolmetscherkosten
Fr.	4'868.75	Total
8. Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung im Sinne von Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
9. Den Parteien wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
10. [Mitteilung]
11. [Rechtsmittel]"

Berufungsanträge:

des Berufungsklägers (Urk. 42 S. 2):

- "1. In Abänderung von Dispositiv Ziff. 6 des angefochtenen Urteils sei der Berufungskläger für die Dauer des Getrenntlebens zu verpflichten, der Berufungsbeklagten für sich persönlich monatlich im Voraus zahlbare Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 859.17 seit dem 21. November 2011 zu entrichten, abzüglich bereits geleisteter Zahlungen des Beklagten.
2. Der Berufung sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

3. Es sei dem Berufungskläger die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und in der Person der Unterzeichnenden eine unentgeltliche Rechtsbeiständin beizugeben.
- unter Kosten- und Entschädigungsfolge unter Vorbehalt des Rechts zur unentgeltlichen Rechtspflege-

Gesuch (Urk. 47 S. 2):

" Dem Gesuchsteller sei im hängigen Berufungsverfahren betreffend Eheschutz das vollumfängliche Recht zur unentgeltlichen Rechtspflege zu gewähren unter gleichzeitiger Beiordnung der Unterzeichnenden als amtliche Anwältin."

der Berufungsbeklagten (Urk. 51 S. 2):

- "1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen.
2. **Eventualiter:** Es sei Ziff. 6 des vorinstanzlichen Urteils vom 1. Juni 2012 wie folgt zu ändern:

'Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für sich persönlich einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von CHF 3'822.– zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus, jeweils auf den 1. eines jeden Monats seit 21. November 2011 abzüglich bereits geleisteter Zahlungen des Beklagten gegenüber der Klägerin.'
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzügl. 8 % MwSt. zu Lasten des Berufungsklägers."

Gesuch (Urk. 51 S. 3):

- "1. Es sei der Berufungsbeklagten die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen.
2. Es sei der Berufungsbeklagten in der Person von RA lic. iur. Y. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind verheiratet und haben zwei gemeinsame Kinder: E. _____, geboren am tt.mm.2008, und F. _____, geboren am tt.mm.2010. Mit Eingabe vom 21. November 2011 gelangte die Klägerin und Berufungsbeklagte (fortan: Klägerin) an das Bezirksgericht Horgen (Urk. 1) und stellte in der Folge eingangs wiedergegebene Rechtsbegehren (Urk. 20 S. 2). Betreffend den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 43 S. 2 ff.). Die Vorinstanz fällte am 1. Juni 2012 das eingangs wiedergegebene Urteil (Urk. 43).

2. Gegen dieses Urteil erhob der Beklagte und Berufungskläger (fortan: Beklagter) am 21. Juni 2012 innert Frist Berufung, wobei er die oben angeführten Anträge stellte (Urk. 42 S. 2). Mit Gesuch vom 22. Juni 2012 stellte er zudem ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 47 S. 2). Mit Beschluss vom 5. Juli 2012 wurde dem Beklagten für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwältin X. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt. Auf den Antrag des Beklagten um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wurde nicht eingetreten (Urk. 50 Dispositiv-Ziffern 1 und 2). Die Berufungsantwort datiert vom 12. Juli 2012 (Urk. 51). Mit Beschluss vom 17. Juli 2012 wurde der Klägerin für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt (Urk. 54 Dispositiv-Ziffer 1). Am 22. März 2013 wurden die Parteien zu Vergleichsverhandlungen auf den 21. Mai 2013 vorgeladen (Urk. 59). Aufgrund eines bevorstehenden Referentenwechsels wurde den Parteien am 29. April 2013 ein Vereinbarungsvorschlag zugesandt (Urk. 60), verbunden mit der Aufforderung, dem Gericht bis zum 16. Mai 2013 mitzuteilen, ob auf dessen Basis eine vergleichsweise Erledigung des Berufungsverfahrens möglich erscheine (Urk. 61/1+2). Am 15. Mai 2013 teilte der Beklagte mit, dass er auf der Basis des Vereinbarungsvorschlages eine vergleichsweise Erledigung des Berufungsverfahrens nicht als möglich betrachte (Urk. 62). Gleichzeitig reichte er neue Unterlagen ins Recht (Urk. 64/9+10), welche der Klägerin am 17. Mai 2013 zur Kenntnisnahme zugestellt wurden (Urk. 65). Bereits

am 16. Mai 2013 war den Parteien die Vorladung für die Vergleichsverhandlung abgenommen worden (Prot. S. 5 f.).

II.

1. Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die Dispositivziffern 1 bis 5 und 7 bis 9 des vorinstanzlichen Urteils blieben unangefochten. In diesem Umfang ist das vorinstanzliche Urteil am 22. Juni 2012 in Rechtskraft erwachsen (vgl. Urk. 40/1+2). Dies ist vorzumerken.

2. Was die allgemeinen Erwägungen der Vorinstanz zum Eheschutzverfahren (Urk. 43 S. 6 f.) und zu dessen Grundsätzen hinsichtlich der Unterhaltsberechnung (Urk. 43 S. 15 f.) anbelangt, so sind diese zutreffend, und es kann darauf verwiesen werden.

III.

1.1. Die Vorinstanz verpflichtete den Beklagten ab 21. November 2011 zu monatlichen Unterhaltszahlungen für die beiden Kinder von je Fr. 650.–, zuzüglich allfällige Kinderzulagen, sowie von Fr. 3'912.– für die Klägerin. Zur konkreten Bemessung der Unterhaltsbeiträge hat die Vorinstanz die sogenannte zweistufige Berechnungsmethode (Bestimmung des Grundbedarfs und Aufteilung eines allfälligen Überschusses) gewählt. Der Klägerin wurde kein Einkommen angerechnet, da sie zwei sehr kleine Kinder zu betreuen hat. Das monatliche Einkommen des Beklagten wurde auf durchschnittlich Fr. 9'083.60 netto festgelegt. Für die Klägerin und die beiden Kinder ging die Vorinstanz von einem Bedarf in der Höhe von Fr. 4'555.30 und für den Beklagten von einem solchen in der Höhe von Fr. 3'213.20 aus. Der resultierende Freibetrag wurde den Parteien je zur Hälfte zugeteilt, was zu einem Gesamtunterhaltsbeitrag von Fr. 5'212.– führte (Urk. 43 S. 17 ff.).

1.2. Der Beklagte beantragt mit der vorliegenden Berufung beschränkt auf den persönlichen Unterhalt der Klägerin, er sei zur Leistung von monatlichen Un-

terhaltsbeiträgen an die Klägerin von Fr. 859.17 zu verpflichten (Urk. 42 S. 2). In methodischer Hinsicht wird gegen die Unterhaltsberechnung nichts eingewendet. Umstritten sind hingegen die einzelnen Berechnungsfaktoren und dabei insbesondere das Einkommen und der Bedarf des Beklagten.

2. Einkommen des Beklagten

2.1. Der Beklagte arbeitet seit dem 1. Oktober 2009 als Bodenleger bei der H._____ AG in I._____. Gemäss Arbeitsvertrag vom 12. August 2009 betrug der monatliche Bruttolohn zunächst Fr. 7'100.– (Urk. 7/5) und erhöhte sich ab 1. Januar 2012 auf Fr. 7'320.– (Urk. 19/6). Zusätzlich wird dem Beklagten eine Spesenentschädigung in unterschiedlicher Höhe ausgerichtet (Urk. 7/6, Urk. 19/7 und Urk. 21/24). Unbestritten ist, dass der Beklagte in den vergangenen Jahren regelmässig Überstunden und Samstagsarbeit geleistet hat, die ihm vergütet worden sind. Der Beklagte stellte sich vor Vorinstanz unter Verweis auf zwei Bestätigungsschreiben seiner Arbeitgeberin (Urk. 19/8 und Urk. 34) auf den Standpunkt, dass ihm diese Überstunden nicht anzurechnen seien, da sie nicht garantiert seien (Urk. 27 S. 3). Die Vorinstanz stellte beim Beklagten auf das Nettoeinkommen gemäss Lohnausweis des Jahres 2011 ab. Der Beklagte habe gemäss jeder einzelnen Monatslohnabrechnung des Jahres 2011 von der Möglichkeit, Überstunden zu leisten, Gebrauch gemacht. Auf der Lohnabrechnung vom Januar 2012 seien zum ersten Mal keine Entschädigungen für Überstunden aufgelistet worden. Es müsse befürchtet werden, dass er künftig auf die Leistung von Überstunden gänzlich verzichte und sich so seiner Unterstützungspflicht seiner Familie gegenüber zu entziehen versuche. Im Eheschutz sei jedoch von den bisher gelebten Verhältnissen der Parteien auszugehen, in deren Rahmen es der Beklagte nie unterlassen habe, die Gelegenheit zur Leistung von Überstunden wahrzunehmen, um so seine Familie zu unterstützen. Es sei ihm daher auch weiterhin möglich und zumutbar, die regelmässig geleisteten Samstagsarbeiten und Überstunden zu erbringen. Daher seien die durchschnittlich geleisteten Überstunden des Jahres 2011 bei der Berechnung des Nettomonatseinkommens zu berücksichtigen (Urk. 43 S. 18).

2.2. Im Berufungsverfahren macht der Beklagte unter Hinweis auf die Lohnabrechnungen der Monate Januar bis Mai 2012 (Urk. 46/3) geltend, *er habe keine Überstunden mehr leisten können* (Urk. 42 S. 4; Lohnabrechnung Januar 2012 bereits in den vorinstanzlichen Akten, Urk. 19/6 = 24/27).

2.3. Das Eherecht postuliert den Grundsatz, dass die Ehegatten gemeinsam, ein jeder nach seinen Kräften, für den gebührenden Unterhalt der Familie sorgen (Art. 163 Abs. 1 ZGB). Hierbei bestimmen die individuellen Kräfte, die physische und psychische Leistungsfähigkeit, die obere Grenze der Beitragspflicht (ZK-Bräm/Hasenböhler, ZGB 163 N 23). Richtig ist, dass von einem Unterhaltspflichtigen in der Regel kein Arbeitspensum von mehr als 100 % erwartet werden darf. Von diesem Grundsatz kann jedoch insbesondere dann abgewichen werden, wenn die Möglichkeit einer Nebenbeschäftigung besteht und diese dem Unterhaltspflichtigen auch zugemutet werden kann. Letzteres hängt von den persönlichen Verhältnissen ab, namentlich vom Alter und der bisherigen Lebensführung der betreffenden Person (BGer 5P.469/2006 vom 4. Juli 2007, E. 3.2.1). Im Allgemeinen wird erwartet, dass ein Ehegatte einen bereits ausgeübten Nebenerwerb nach der Trennung uneingeschränkt fortsetzt. Insbesondere sind solche Einkünfte anzurechnen, wenn für die Aufgabe der Nebenbeschäftigung kein triftiger Grund vorliegt und die Leistung angemessener Unterhaltsbeiträge davon abhängt (Dolder/Diethelm, Eheschutz [Art. 175 ff.] – ein aktueller Überblick, AJP 2003 S. 659; ZK-Bräm/Hasenböhler, Art. 163 ZGB N 81 f.; BK-Spühler/Freimaurer, Art. 145 aZGB N 148). Einkommen aus einem bisherigen Nebenerwerb ist so lange weiterhin zu berücksichtigen, als die Ausübung der Nebenerwerbstätigkeit trotz neu eingetretener Gegebenheiten – aber auch unter Berücksichtigung der beidseitig eingetretenen Mehrbelastungen – noch als zumutbar erscheint (Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, N 01.35 unter Hinweis auf BGer 5P.418/2001 vom 7. Mai 2002).

2.4. Durch die vorinstanzlichen Akten ist belegt, dass der Beklagte seit Anfang 2010 bis Ende des Jahres 2011 bei der H. _____ AG regelmässig Überstundenarbeit verrichtet hat (Urk. 7/6, Urk. 19/7, Urk. 21/24, Urk. 27 S. 3, Urk. 28/14). Im Jahr 2011 enthält gar jede einzelne Lohnabrechnung den Bestandteil "Über-

zeitauszahlung" beziehungsweise "Zus. Ausführungen" (Urk. 7/6, Urk. 19/7, Urk. 21/24). Es wurden keine überzeugenden Gründe dafür angeführt, weshalb nach zwei Jahren nun ab Januar 2012 plötzlich die **Möglichkeit zur Leistung von Überstunden** gar nicht mehr bestehen soll. Die vom Beklagten im Verlauf des Verfahrens eingereichten Bestätigungen des Arbeitgebers erweisen sich in dieser Hinsicht als wenig aussagekräftig. Dass die Überzeit- und die Samstagauszahlungen – wie darin jeweils bescheinigt wird – wegen der Konjunktur nicht gewährleistet seien (Urk. 19/8 = 46/4, Urk. 34), ist an sich nichts als eine Selbstverständlichkeit. Es mag zutreffen, dass die Baubranche im Jahre 2012 aufgrund der Witterungsbedingungen einen Rückgang hinnehmen musste und die Beschäftigten namentlich in den Wintermonaten nicht im gewohnten Umfang Überstunden leisten konnten oder mussten. Solchen im üblichen Bereich liegenden Schwankungen wird bei unregelmässigen Einkommen durch eine Durchschnittsbetrachtung Rechnung getragen. Dadurch alleine erscheint jedoch noch nicht glaubhaft gemacht, dass der Beklagte – wie das die im Berufungsverfahren eingereichten Lohnabrechnungen belegen sollen (Urk. 46/3) – seit Beginn des Jahres 2012 überhaupt keine Überstunden hätte leisten können. So legen denn auch weder J. _____ in seiner Bestätigung vom 3. Februar 2012 (Urk. 19/8) noch K. _____ in ihrer Bestätigung vom 9. März 2012 (Urk. 34) dar, dass der Beklagte seit 1. Januar 2012 keine einzige Überstunde mehr hatte leisten können. Bei den Lohnabrechnungen der Monate Februar bis Mai 2012 (Urk. 46/3) stellt sich zudem die Frage, ob sie überhaupt berücksichtigt werden können. Im Berufungsverfahren können neue Tatsachen nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht wurden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Da im Berufungsverfahren indes auch die Vorschriften über das erstinstanzliche Verfahren sinngemäss anzuwenden sind, stellt sich die Frage, ob in denjenigen Verfahren, in denen der Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären ist, mithin in Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen, neue Tatsachen und Beweismittel in analoger Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO bis zur Urteilsberatung vorgebracht werden können. Dies ist in der Literatur umstritten. Das Bundesgericht hat indes eine solche analoge Anwendung abgelehnt und festgehalten, dass einzig

Art. 317 Abs. 1 ZPO massgeblich sei (BGE 138 III 626 Erw. 2.2). Auch in den Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen, ist deshalb Art. 317 Abs. 1 ZPO zu beachten. Doch können die Parteien geltend machen, der erstinstanzliche Richter habe die (eingeschränkte) Untersuchungsmaxime verletzt, indem er gewisse Tatsachen unberücksichtigt gelassen hat. Neue Tatsachen und Beweismittel, welche die Parteien in den Prozess einbringen wollen, müssen die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO erfüllen. Rügen die Parteien, der erstinstanzliche Richter habe in Verletzung der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime gewisse Tatsachen übergangen, können diese auch noch im Berufungsverfahren beachtet werden, wenn die Rüge zu Recht erhoben wird (Hohl, Procédure civile, Tome II, Bern 2010, N 2414 f.). Die vom Beklagten im Berufungsverfahren neu eingereichten Lohnabrechnungen der Monate Februar bis April 2012 (Urk. 46/3) erweisen sich als verspätet. Diese datieren allesamt vor dem Urteil der Vorinstanz vom 1. Juni 2012 und der Beklagte legt nicht dar, weshalb er diese trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz hätte einreichen können. Die genannten Urkunden sowie die daraus abgeleiteten Vorbringen sind somit nicht zuzulassen. Eine Verletzung der Untersuchungsmaxime ist in diesem Zusammenhang sodann weder dargetan noch ersichtlich. Damit liegt aber gerade mal eine zu beachtende Urkunde – die Lohnabrechnung für den Januar 2012 vom 19. Januar 2012 (Urk. 19/6 = 24/27) – bei den Akten, die keine Auszahlung von Überstunden belegt. Insgesamt gelingt es dem Beklagten nicht, glaubhaft zu machen, dass ihm die Leistung von Überstunden nicht mehr möglich ist.

Der Beklagte bestreitet zudem, dass ihm die Leistung von Überstunden **zugemutet** werden könne (Urk. 42 S. 4 ff.). Wie der Beklagte zutreffend vorbringt (Urk. 42 S. 5), richtet sich die Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen im Eheschutzverfahren nach den bisherigen Vereinbarungen über Aufgabenteilung und Geldleistungen, welche der ehelichen Gemeinschaft eine bestimmte Struktur gegeben haben (Art. 163 Abs. 2 ZGB). Der Beklagte hat während längerer Zeit Mehrarbeit von erheblicher Intensität erbracht (und damit gemäss Steuererklärung 2010 ein noch höheres Einkommen als im von der Vorinstanz als massgeblich erachteten Jahr 2011 erwirtschaftet, Urk. 25/2). Die Berufungsvorbringen des Beklagten, wonach

beiden Parteien bewusst gewesen sei, dass die Leistung von Überstunden nur für einen begrenzten Zeitraum möglich sein würde (Urk. 42 S. 5), werden bereits dadurch relativiert. Ausschlaggebend ist jedoch die Aussage des Beklagten, wonach er die Samstagsarbeiten sowie die generellen Überstunden für die Familie und die angespannte finanzielle Situation absolviert habe, damit *der Familienunterhalt habe finanziert werden können* (Urk. 42 S. 4, Hervorhebung nicht im Original; vgl. auch Urk. 27 S. 3). Wer während des Zusammenlebens zur Bestreitung des Familienunterhalts Mehrarbeit verrichtet, dem ist es grundsätzlich auch zuzumuten, nach der Auflösung des gemeinsamen Haushaltes weiterhin im bisherigen Umfang arbeitstätig zu sein, zumal die wirtschaftlichen Verhältnisse nach der Trennung noch angespannter sind. Die Unzumutbarkeit der Überstundenarbeit lässt sich auch nicht mit den nicht näher substantiierten Hinweisen auf die dadurch resultierenden Belastungen und Auswirkungen auf die körperliche Leistungsfähigkeit des 32-jährigen Beklagten (Urk. 42 S. 4 f.) begründen. Schliesslich geht es vorliegend nicht um die Neuaufnahme oder Ausdehnung einer Erwerbstätigkeit, sondern um die Weiterführung einer seit längerem ausgeübten Nebenerwerbstätigkeit, weshalb der Verweis auf BGer 5P.418/2001 vom 7. Mai 2002, E. 5.c – wo es um die Ausdehnung einer halbtagesweisen zu einer vollen Arbeitsstelle ging – nicht hilfreich ist. Ebenfalls nicht einschlägig ist der vom Beklagten angeführte Bundesgerichtsentscheid BGer 5A_547/2008 vom 19. Juni 2009, E. 3.2., wo es um ein erhöhtes Arbeitspensum zwecks Finanzierung einer Auslandsreise ging.

In Bezug auf das **Ausmass** der Überstundenarbeit ist festzuhalten, dass der Beklagte im Jahr 2011 rund 275 Überstunden (231.2 Std. à Fr. 42.45 sowie 43.3 Std. à Fr. 53.05 = Fr. 12'111.50 brutto) geleistet sowie zusätzlich Fr. 15'532.– brutto unter dem Titel "Zus. Ausführungen Treppentritt" generiert hat (Urk. 7/6, Urk. 19/7, Urk. 21/24). Vergleicht man das Bruttoeinkommen von insgesamt Fr. 27'643.50 aus der zusätzlichen Arbeitstätigkeit mit dem Bruttolohn des Beklagten (Fr. 7'250.– x 13 = 94'250.–) lässt sich abschätzen, dass der Beklagte insgesamt ein Arbeitspensum von ca. 130 % erfüllte. Dies ist dem Beklagten aufgrund der neuen Familiensituation nicht mehr zumutbar. Der Beklagte hat nun seinen

eigenen Haushalt zu führen, wodurch seine Arbeitstätigkeit bereits in zeitlicher Hinsicht eingeschränkt ist. Aufgrund der neuen Familiensituation des Beklagten rechtfertigt es sich, ihm noch 50 % seines bisherigen zusätzlichen Arbeitseinkommens anzurechnen, was unter Berücksichtigung von 13,77 % Sozialabzügen Fr. 11'918.50 ergibt (Fr. 27'643.50 abzüglich 13,77 % Sozialabzüge, davon 50 %). Auch ist den Lohnabrechnungen zu entnehmen, dass sich der Beklagte im September 2011 Ferien im Betrag von Fr. 4'470.– brutto (bzw. nach Abzug der 13,77 % Sozialabzüge Fr. 3'854.50) ausbezahlen liess (Urk. 7/6). Dieser Betrag kann bei der Einkommensberechnung nicht berücksichtigt werden. Der Beklagte wird künftig seine Ferien zur Erholung zu beziehen haben. Konkret ergibt sich ausgehend vom Nettojahreseinkommen des Jahres 2011 von Fr. 113'803.– ein anrechenbares Einkommen von rund Fr. 7'770.– pro Monat ([Fr. 113'803.– ./ Fr. 4'800.– Kinderzulagen ./ Fr. 11'918.50 Überzeit/zusätzliche Arbeiten ./ Fr. 3'854.50 Ferienauszahlung] : 12). Weshalb von diesem Einkommen – wie vom Beklagten geltend gemacht wurde (Urk. 42 S. 8 f.) – noch ein Abzug für Benzin- und private Telefonkosten vorgenommen werden müsste, ist nicht einzusehen, beruht die Einkommensberechnung doch auf den Nettoauszahlungen und sind mithin sämtliche dieser Lohnabzüge bereits berücksichtigt.

3. Bedarf des Beklagten

3.1. Die Vorinstanz hat den massgeblichen Bedarf des Beklagten auf Fr. 3'213.20 bestimmt (Urk. 43 S. 22 ff.). Der Beklagte möchte einen monatlichen Bedarf von Fr. 4'464.35 berücksichtigt haben. Gerügt wird, die Vorinstanz habe verschiedene Positionen zu Unrecht überhaupt nicht oder dann in einem zu tiefen Betrag angerechnet. Im Einzelnen sind die Wohnkosten, die Tilgungsraten für einen Privatkredit sowie die Berufsauslagen umstritten (Urk. 42 S. 7 f.). Die Klägerin lässt die Vorbringen des Beklagten zu seinem Bedarf vollumfänglich bestreiten und auf die vorinstanzlichen Erwägungen verweisen (Urk. 51 S. 15 ff.). Im Einzelnen ergeben sich zu den streitigen Ausgaben die nachfolgenden Ausführungen.

3.2. Was die **Wohnkosten** anbelangt, ist unbestritten, dass der Beklagte in der früheren ehelichen Wohnung lebt. Der Mietzins von Fr. 1'482.– pro Monat ist

belegt (Urk. 46/7). Mietauslagen in dieser Höhe sind für eine Einzelperson bei den vorliegend gegebenen Verhältnissen eher hoch. Nicht nachvollziehbar ist die Auffassung des Beklagten, es müssten ihm die gleichen Mietauslagen angerechnet werden wie der Klägerin und den zwei gemeinsamen Kindern (Urk. 42 S. 7). Dass die Vorinstanz den Beklagten anlässlich der Hauptverhandlung vom Februar 2012 auf die problematische Höhe der Wohnkosten hingewiesen haben dürfte (vgl. Urk. 51 S. 15), mag zutreffen. Indessen ist zu berücksichtigen, dass der Mietvertrag per 1. Mai 2012 und damit noch während des vorinstanzlichen Verfahrens auf den Beklagten alleine überschrieben wurde (Urk. 46/6). Die Klägerin war damit ausdrücklich einverstanden, hätte sie doch sonst den Übernahmevertrag nicht unterschrieben. Aus welchen Gründen sie das tat und ob aus ihrer Sicht dazu ein Interesse oder eine Notwendigkeit bestand (vgl. Urk. 51 S. 16), kann offen bleiben. Tatsache bleibt, dass die Übertragung der Mietwohnung auf den Beklagten keinen Sinn gemacht hätte, wenn nicht beabsichtigt worden wäre, dass er während des Getrenntlebens in dieser Wohnung lebt. Die Klägerin kann dem Beklagten unter diesen Umständen nicht vorhalten, es habe weder ein Zwang noch eine Notwendigkeit zur Übernahme der Wohnung bestanden, und der Beklagte sei sich bewusst gewesen, dass die Wohnung eigentlich zu teuer gewesen sei (vgl. Urk. 51 S. 15). Es erscheint inkonsequent, mit der Übernahme der Wohnung durch den Beklagten einverstanden zu sein und von ihm gleichzeitig zu verlangen, sich eine günstigere Wohnung zu suchen. Insgesamt sind im Bedarf des Beklagten damit Wohnkosten von Fr. 1'482.– pro Monat aufzunehmen (Aufgrund einer im summarischen Verfahren zulässigen Vereinfachung ist dieser Betrag über die ganze Unterhaltsperiode hinweg einzusetzen; dies rechtfertigt sich auch deshalb, da dem Beklagten – wie unter E. 3.3. unten zu zeigen sein wird – kein Betrag für die Neueinrichtung der Wohnung zugestanden werden kann.). Dem Ansinnen der Klägerin, den Beklagten zur Beweisaussage darüber anzuhalten, wer mit ihm in seiner Wohnung lebe (Urk. 51 S. 16), ist nicht stattzugeben. Erstens handelt es sich beim Verdacht, wonach beim Beklagten noch ein Mann wohne, um eine unsubstantiierte Behauptung der Klägerin, die nicht weiter glaubhaft gemacht wurde; zweitens wurde der Mietvertrag auf den Beklagten alleine überschrieben (Urk. 46/6).

3.3.1. Der Beklagte macht geltend, in seinem Bedarf seien **Kreditraten** von monatlich Fr. 1'094.15 zu berücksichtigen. Der Beklagte reichte mit seiner Berufung einen Kreditvertrag vom 23. April 2012 ein (Urk. 46/8). Er habe das entsprechende Darlehen über Fr. 30'000.– aufnehmen müssen, da die Klägerin bei ihrem Auszug aus der ehelichen Wohnung die ganze Wohnungseinrichtung mitgenommen habe. Auch resultiere die Rückzahlung der Schulden aus Ausgaben während des familiären Zusammenlebens (Urk. 42 S. 7 f.).

3.3.2. Hinsichtlich der geltend gemachten Schulden kann als allgemein anerkannt gelten, dass persönliche, nur einen der Ehegatten betreffende Schulden gegenüber Dritten – auch gegenüber dem Fiskus – der familienrechtlichen Unterhaltspflicht nachgehen und nicht zum Existenzminimum gehören, sondern nach dem Ermessen des Sachgerichts im Rahmen einer allfälligen Überschussaufteilung zu berücksichtigen sind (vgl. BGE 127 III 289 E. 2a/bb mit Hinweisen). Zum Bedarf hinzuzurechnen sind somit grundsätzlich nur diejenigen regelmässig abbezahlten Schulden, die die Ehegatten für den gemeinsamen Lebensunterhalt aufgenommen hatten (BGer 5A_452/2010 vom 23. August 2010, E. 3.2; BGer 5A_131/2007 vom 8. Juni 2007, E. 2.2). Zudem gehören die Kosten für die Wohnungseinrichtung grundsätzlich nicht zum Unterhaltsbedarf. Einzig unumgängliche Anschaffungen können zum Bedarf gerechnet werden, wenn es bei der Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes nicht möglich war, die Möbel zweckmässig aufzuteilen (ZK-Bräm/Hasenböhler, Art. 163 ZGB N 118A Ziff. 8.1.c mit weiteren Hinweisen).

3.3.3. Vorliegend verzichtete der Beklagte anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung darauf, Gegenstände aus der ehelichen Wohnung für sich herauszuverlangen, dies obwohl er damals auf der Suche nach einer eigenen Wohnung war (Prot. I S. 24). Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich nicht, einen monatlichen Betrag für Möbel in den Notbedarf des Beklagten aufzunehmen. Er legte auch nicht dar, dass eine zweckmässige Aufteilung des ehelichen Mobiliars auf die Parteien nicht möglich gewesen wäre und die Anschaffung der von ihm erworbenen Einrichtungsgegenstände unumgänglich war. Zudem leben die Parteien nicht in günstigen Verhältnissen, die eine Berücksichtigung im Bedarf erlau-

ben würden. Dass die nach der Trennung erfolgte Aufnahme eines Kredites der Rückzahlung von ehelichen Schulden dienen sollte, ist eine unsubstantiierte Behauptung des Beklagten und im Übrigen durch nichts belegt. Die Voraussetzungen für die Berücksichtigung von Kreditraten im Bedarf sind damit nicht erfüllt. Mit der Vorinstanz – wobei es damals noch um die Berücksichtigung von Schulden betreffend ein Auto ging (Urk. 43 S. 23 f.) – sind diese nicht in den Bedarf des Beklagten zu übernehmen.

3.4.1. Als **Berufsauslagen** beansprucht der Beklagte neben den von der Vorinstanz berücksichtigten Fr. 150.– für Fahrkosten einen monatlichen Betrag von Fr. 220.– für die auswärtige Verpflegung. Entgegen seinen Angaben in der vorinstanzlichen Verhandlung müsse er sich aufgrund der geänderten Lebensumstände und der Tätigkeit auf unterschiedlichen Baustellen auswärts verpflegen (Urk. 42 S. 8).

3.4.2. Dem Beklagten wird vom Arbeitgeber sowohl ein Fahrzeug als auch ein Telefon zur Verfügung gestellt, die er auch privat benutzen darf (Urk. 42 S. 4). Die Kosten für die Privatnutzung werden ihm in Rechnung gestellt und – wie aus den Lohnabrechnungen ersichtlich ist – mit dem Lohnanspruch verrechnet. Bei der Einkommensermittlung sind diese Abzüge im Umfang von bis zu mehreren hundert Franken pro Monat beachtet worden. Hinsichtlich der auswärtigen Verpflegung hat der Beklagte vor Vorinstanz tatsächlich angegeben, er verpflege sich über Mittag nie im Restaurant, sondern nehme immer etwas von zu Hause mit (Prot. I S. 25). Gleichwohl erscheint es mit Blick auf die Tätigkeit des Beklagten und den entsprechenden Nahrungsbedarf einerseits und im Hinblick auf seine Überstundenarbeit nicht sachgerecht, beim Beklagten keine Kosten für die auswärtige Verpflegung zu berücksichtigen. Ihm sind die verlangten Fr. 220.– für auswärtige Verpflegung zuzugestehen. Im Bedarf des Beklagten sind zusätzlich Fr. 220.– für auswärtige Verpflegung einzusetzen.

3.5. Da mit Berücksichtigung der vorinstanzlich veranschlagten Steuern eine Mankosituation vorliegen würde (s. unten E. 5), sind dem Beklagten in seinem

Bedarf keine Steuern einzusetzen; die familienrechtlichen Unterhaltspflichten gehen vor (BGE 127 III 289 E. 2.a/bb).

3.6. Zusammenfassend ergibt sich einschliesslich der nicht umstrittenen Positionen der folgende Bedarf des Beklagten:

Grundbetrag	Fr.	1'200.–
<i>Mietkosten</i>	<i>Fr.</i>	<i>1'482.–</i>
Krankenkasse	Fr.	253.20
Haftpflicht/Mobiliar	Fr.	30.–
Telefon/Radio/TV	Fr.	80.–
Berufsauslagen	Fr.	150.–
<i>Auswärtige Verpflegung</i>	<i>Fr.</i>	<i>220.–</i>
<i>Kreditrückzahlungen</i>	<i>Fr.</i>	<i>–.–</i>
<i>Steuern</i>	<i>Fr.</i>	<i>–.–</i>
Total Bedarf (gerundet)	Fr.	3'415.–

4. Einkommen und Bedarf der Klägerin

4.1. Zu Recht unbestritten geblieben ist, dass die Klägerin kein Erwerbseinkommen erzielt und wegen der Kinderbetreuung auch nicht erzielen muss.

4.2. In Bezug auf den Bedarf der Klägerin sind die Wohnkosten und die Steuern umstritten. Die Klägerin hat per 1. Mai 2012 eine neue 3 ½-Zimmerwohnung bezogen und bezahlt einen Mietzins von monatlich Fr. 1'300.– (Urk. 51 S. 14; Urk. 53/9). Diese Kosten sind in ihren Bedarf zu übernehmen. Von November 2011 bis April 2012 fielen bei ihr Mietkosten von monatlich Fr. 1'482.– an (s. E. 3.2 oben). Die laufenden Steuern sind in ihrem Bedarf aus dem gleichen Grund wie beim Beklagten ebenfalls nicht zu berücksichtigen. Es ist demnach von folgendem Bedarf der Klägerin auszugehen:

	Nov. '11 - April '12	ab Mai '12
Grundbetrag	Fr. 1'350.–	Fr. 1'350.–
Grundbetrag Kinder	Fr. 800.–	Fr. 800.–

<i>Wohnkosten</i>	<i>Fr.</i> 1'482.–	<i>Fr.</i> 1'300.–
Krankenkasse Klägerin	Fr. 319.70	Fr. 319.70
Krankenkasse Kinder	Fr. 153.60	Fr. 153.60
Haftpflicht/Mobiliar	Fr. 30.–	Fr. 30.–
Telefon/Radio/TV	Fr. 120.–	Fr. 120.–
<i>Steuern</i>	<i>Fr.</i> –.–	<i>Fr.</i> –.–
Total Bedarf (gerundet)	Fr. 4'255.–	Fr. 4'073.–

5. Unterhaltsberechnung

5.1. Die Gegenüberstellung von Einkommen und Bedarf der Parteien ergibt folgendes Bild:

	Nov. '11 - April '12	ab Mai '12
Einkommen Klägerin	Fr. –.–	Fr. –.–
Einkommen Beklagter	Fr. 7'770.–	Fr. 7'770.–
<i>Gesamteinkommen</i>	<i>Fr.</i> 7'770.–	<i>Fr.</i> 7'770.–
Bedarf Klägerin	Fr. 4'255.–	Fr. 4'073.–
Bedarf Beklagter	Fr. 3'415.–	Fr. 3'415.–
<i>Gesamtbedarf</i>	<i>Fr.</i> 7'670.–	<i>Fr.</i> 7'488.–
Überschuss	Fr. 100.–	Fr. 282.–

5.2. Die Vorinstanz hat eine hälftige Aufteilung des Freibetrages vorgenommen und dies einerseits damit begründet, der Beklagte könne nicht immer im selben Umfang mit der Möglichkeit zur Leistung von Überstunden rechnen. Zum anderen sollte es ihm möglich sein, die Kreditschuld im Rahmen der monatlich geschuldeten Raten von Fr. 1'194.– abzubezahlen (Urk. 43 S. 25). Eine hälftige Aufteilung des Überschusses scheint angemessen. Zur Erreichung des vorliegend berücksichtigten Erwerbseinkommens wird der Beklagte mehr als ein vollzeitliches Arbeitspensum leisten müssen. Auch wenn er das bereits während des Zusammenlebens stets getan hat, muss diese Mehrbelastung bei der Aufteilung des Freibetrages in Rechnung gestellt werden. Alles andere, als den Beklagten mindestens zur Hälfte am gerade durch die Mehrarbeit erwirtschafteten Überschuss

partizipieren zu lassen, wäre nicht sachgerecht. Bei der hälftigen Aufteilung muss es aber sein Bewenden haben müssen, da der Beklagte sich im Vergleich zum Dreipersonenhaushalt der Klägerin eine zu teure Wohnung leistet. Sodann werden ihm die hohen Wohnkosten bereits mit Wirkung ab November 2011 zugestanden, obschon er bis April 2012 kostengünstig Unterschlupf bei seinem Onkel gefunden hatte. Damit erhält der Beklagte auch einen finanziellen Spielraum zur Abzahlung seiner Schulden.

Bei einer hälftigen Aufteilung des Überschusses ergibt sich der nachfolgende Unterhaltsanspruch der Klägerin:

	Nov. '11 - April '12	ab Mai '12
Bedarf Klägerin	Fr. 4'255.–	Fr. 4'073.–
Anteil Freibetrag	Fr. 50.–	Fr. 141.–
./.. Einkommen Klägerin	Fr. 0.–	Fr. 0.–
Unterhaltsanspruch	Fr. 4'305.–	Fr. 4'214.–

Von den eben errechneten Beträgen sind die bereits rechtskräftig festgesetzten Kinderunterhaltsbeiträge von insgesamt Fr. 1'300.– pro Monat in Abzug zu bringen (Urk. 43 Dispositiv-Ziffer 5). Der Beklagte ist in teilweiser Gutheissung seiner Berufung zu verpflichten, der Klägerin für sie persönlich rückwirkend für den Zeitraum ab dem 21. November 2011 bis 30. April 2012 monatliche Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 3'000.– zu bezahlen. Weiter ist der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin für sie persönlich ab dem 1. Mai 2012 monatliche Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 2'900.– zu bezahlen.

5.3.1. In der Sache ist im Weiteren unbestritten, dass der Beklagte berechtigt sein soll, bereits geleistete Unterhaltszahlungen anzurechnen und von seiner Unterhaltspflicht in Abzug zu bringen (Urk. 42 S. 2, Urk. 51 S. 2).

5.3.2. Bei einer rückwirkenden Verpflichtung zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen sind schon tatsächlich erbrachte Unterhaltsleistungen zu berücksichtigen bzw. anzurechnen (ZK-Bräm/Hasenböhler, Art. 163 ZGB N 150; ZR 107/2008

Nr. 60; vgl. BGE 135 II 315 E. 2). Die Berufungsinstanz hat die Behauptungen des Beklagten zu prüfen, die Unterhaltspflicht bereits (zum Teil) durch Unterhaltszahlungen getilgt zu haben, und darf den Beklagten nur zur Leistung solcher Unterhaltsbeiträge verpflichten, welche dieser nach Abzug sämtlicher geltend gemachten, geprüften und als begründet erkannten daran anrechenbaren Leistungen im Zeitpunkt des vorliegenden Urteils noch schuldet (vgl. ZR 107/2008 Nr. 60).

5.3.3. Der Beklagte unterlässt es in der Berufung darzulegen, welche Unterhaltsbeiträge er der Klägerin persönlich bereits bezahlt haben will (Urk. 42). Die Klägerin führt in der Berufungsantwort gar aus, sie lebe von der Fürsorge, bis der Beklagte endlich seine Unterhaltszahlungen an sie aufnehme (Urk. 51 S. 20). Es hat damit bei der vorinstanzlichen Anordnung einer grundsätzlichen Abziehbarkeit bereits geleisteter Unterhaltszahlungen zu bleiben.

IV.

1. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen sind nach Massgabe von Ob- und Unterliegen zu regeln (Art. 106 Abs. 2 ZPO).

2.1. Die Höhe der Gerichtsgebühr richtet sich für das vorliegende Verfahren nach § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit §§ 2, 5 Abs. 1, 6 Abs. 2 lit. b der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG). Unter Berücksichtigung des tatsächlichen Streitinteresses, dem Zeitaufwand des Gerichts und der Schwierigkeit des Falles erscheint eine Gerichtsgebühr von Fr. 5'000.– angemessen.

2.2. Die Vorinstanz verpflichtete den Beklagten zu monatlichen Unterhaltsbeiträgen für die Klägerin von Fr. 3'912.– für die Zeit ab 21. November 2011 (Urk. 43 Dispositiv-Ziffer 6). Der Beklagte wollte berufungshalber monatliche Unterhaltsbeiträge an die Klägerin von Fr. 859.17 bezahlen (Urk. 42 S. 2). Die Beklagte verlangte die Abweisung der Berufung (Urk. 51 S. 2). Berufungshalber werden der Klägerin monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 2'900.– bzw. Fr. 3'000.– zugesprochen. Im Ergebnis obsiegt die Klägerin damit zu rund 2/3. Die Kosten für das Berufungsverfahren sind damit dem Beklagten zu 2/3 und der Klä-

gerin zu 1/3 aufzuerlegen, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen.

3. Entsprechend der Kostenverteilung ist der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin eine auf 1/3 reduzierte Prozessentschädigung zu bezahlen. Die für die Festsetzung der Parteientschädigung massgeblichen Bestimmungen finden sich in der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (Anw-GebV). Die volle Prozessentschädigung ist in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 3, § 11 und § 13 der AnwGebV auf Fr. 2'700.– (Fr. 2'500.– zuzüglich 8 % MwSt.; inkl. Barauslagen) festzusetzen. Da die zuzusprechende reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 900.– beim Beklagten voraussichtlich nicht einbringlich sein wird (vgl. seinen Freibetrag gemäss Unterhaltsberechnung unter E. III.5), ist diese Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ direkt aus der Gerichtskasse auszurichten, wobei der Anspruch mit der Ausrichtung auf den Kanton übergeht (Art. 122 Abs. 2 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositivziffern 1 bis 5 und 7 bis 9 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 1. Juni 2012 am 22. Juni 2012 in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Schriftliche Mitteilung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für sie persönlich folgende monatliche Unterhaltsbeiträge zu bezahlen:
 - Fr. 3'000.– vom 21. November 2011 bis 30. April 2012 und
 - Fr. 2'900.– ab dem 1. Mai 2012;je abzüglich bereits geleisteter Zahlungen des Beklagten gegenüber der Klägerin.

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

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'000.– festgesetzt.
3. Die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten zu 2/3 und der Klägerin zu 1/3 auferlegt, jedoch zufolge der beiden Parteien gewährten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.

Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Berufungsverfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 900.– zu bezahlen. Diese Entschädigung wird dem unentgeltlichen Rechtsbeistand der Klägerin, Rechtsanwalt lic. iur. Y._____, direkt aus der Gerichtskasse ausgerichtet. Der Anspruch auf die Parteientschädigung von Fr. 900.– geht auf den Kanton Zürich über.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Horgen, je gegen Empfangsschein.

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 Endentscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

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

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 18. Juni 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin

lic. iur. E. Iseli

versandt am:
se