

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE120068-O/U.doc

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, lic. iur. M. Spahn und
Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Reuss Valentini

Beschluss und Urteil vom 18. April 2013

in Sachen

A._____,

Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____,

Gesuchsteller und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Eheschutz (Unterhaltsbeiträge), Kosten- und
Entschädigungsfolgen**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 9. Oktober 2012 (EE120016)**

Rechtsbegehren des Gesuchstellers:

(Urk. 1 sinngemäss)

Es seien Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft anzuordnen, namentlich das Getrenntleben zu bewilligen und die Folgen des Getrenntlebens zu regeln.

Anlässlich der Hauptverhandlung gestelltes

Rechtsbegehren der Gesuchsgegnerin:

(Urk. 9 S. 1)

- "1. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass die Parteien bereits getrennt leben.
2. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass das Mietverhältnis für die eheliche Wohnung an der ... [Adresse] per 31. März 2012 gekündigt wurde.
3. Der Gesuchsteller sei zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin einen angemessenen persönlichen Unterhalt von Fr. 3'600.– monatlich für die Zeit der Trennung, ab 1. Februar 2012, zu bezahlen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Gesuchstellers, zzgl. MWST."

In der Stellungnahme abgeändertes

Rechtsbegehren der Gesuchsgegnerin:

(Urk. 19 S. 1 f.)

"(...)

3. Der Gesuchsteller sei zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin einen angemessenen persönlichen Unterhalt von Fr. 4'000.– monatlich für die Zeit der Trennung, ab 1. Februar 2012, zu bezahlen.
(...)"

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 5. Abteilung, Einzelgericht, vom

9. Oktober 2012:

(Urk. 26)

- "1. Den Parteien wird das Getrenntleben bewilligt und es wird davon Vormerk genommen, dass die Parteien bereits getrennt leben.
2. Es wird davon Vormerk genommen, dass das Mietverhältnis für die eheliche Wohnung an der ... [Adresse] per 31. März 2012 gekündigt wurde.

3. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin im Sinne eines Unterhaltsbeitrages die Hälfte seines Fr. 7'700.-- übersteigenden monatlichen Nettoeinkommens zu bezahlen, zahlbar im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals rückwirkend ab 1. Februar 2012.
4. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin sämtliche Lohnabrechnungen seit April 2012 zukommen zu lassen und ihr für die Zukunft monatlich die aktuellen Lohnabrechnungen unaufgefordert zukommen zu lassen.
Sodann wird er verpflichtet, der Gesuchsgegnerin unaufgefordert jeweils Anfang Jahr, spätestens Ende März, den/die Lohnausweise für die Steuererklärung zukommen zu lassen.
5. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 4'200.--.
6. Die Kosten werden zu 1/4 dem Gesuchsteller und zu 3/4 der Gesuchsgegnerin auferlegt.
7. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, dem Gesuchsteller eine auf die Hälfte reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 2'700.-- (zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je als Gerichtsurkunde.
9. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 10 Tagen von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Die gesetzlichen Fristenstillstände gelten nicht (Art. 145 Abs. 2 ZPO).

Dieser Entscheid ist sofort vollstreckbar (Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO).

Berufungsanträge:

der Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin (Urk. 25 S. 1 f.):

- "1. Ziff. 3 des Urteils vom 9. Oktober 2012 (Unterhalt) sowie Ziff. 6 und 7 (Kosten- und Entschädigung) sei aufzuheben;

Der Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, seit der Trennung einen persönlichen Unterhalt von CHF 1381 monatlich, ab 1. April 2013 von CHF 2381 monatlich jeweils auf Ende des vorangehenden Monats der Berufungsklägerin zu bezahlen;

2. Es sei der Berufungsbeklagte zu verpflichten, jeden Monat CHF 2000 an die Tilgung der Steuerschulden 2009, 2010 und 2011 bis zu ihrer vollständigen Tilgung zu bezahlen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Berufungsbeklagten unter Neuregelung der Kosten- und Entschädigungsfolge des erstinstanzlichen Verfahrens, zzgl. MWST."

des Gesuchstellers und Berufungsbeklagten (Urk. 32 S. 2):

"In vollumfänglicher Abweisung der Berufung sei der erstinstanzliche Entscheid zu bestätigen unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (unter Ausrichtung von zusätzlich 8 % Mehrwertsteuer auf der Entschädigung) zu Lasten der Berufungsklägerin."

Erwägungen:

I.

1. Mit Eingabe vom 17. Januar 2012 machte der Gesuchsteller und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchsteller) am Bezirksgericht Zürich ein Eheschutzbegehren rechtshängig (Urk. 1). Die Hauptverhandlung fand am 1. März 2012 statt. In der Folge wurde dem Gesuchsteller mit Verfügung vom 16. März 2012 Frist angesetzt, um zur Gesuchsantwort und zur Befragung der Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin (fortan Gesuchsgegnerin) schriftlich Stellung zu nehmen (Urk. 11). Innert mehrfach erstreckter Frist (Urk. 12-14) reichte der inzwischen mandatierte Rechtsvertreter des Gesuchstellers am 22. Mai 2012 seine Stellungnahme vom 21. Mai 2012 zusammen mit diversen Unterlagen fristgerecht ein (Urk. 15;

Urk. 16/1-5). Gemäss Verfügung vom 22. Mai 2012 wurde der Gesuchsgegnerin Frist anberaumt, um ihrerseits zur Stellungnahme und den dazu eingereichten Unterlagen des Gesuchstellers vom 21. Mai 2012 Stellung zu beziehen (Urk. 17). Die Stellungnahme der Gesuchsgegnerin vom 2. Juli 2012 samt Beilagen (Urk. 20/1-3) erreichte die Vorinstanz innert erstreckter Frist mit dem eingangs erwähnten abgeänderten Rechtsbegehren am 3. Juli 2012 (Urk. 19). Mit Urteil vom 9. Oktober 2012 fällte der Einzelrichter der 5. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich schliesslich den eingangs wiedergegebenen Entscheid (Urk. 26).

2. Mit Zuschrift vom 22. Oktober 2012 erhob die Gesuchsgegnerin dagegen rechtzeitig Berufung, worin sie die vorstehend zitierten Anträge stellte (Urk. 25). Ferner stellte sie einen Editionsantrag betreffend das Lohnkonto und die Kreditkartenabrechnungen des Gesuchstellers (Urk. 25 S. 2). Gemäss Präsidialverfügung vom 31. Oktober 2012 wurde sie zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 3'000.– verpflichtet (Urk. 29). Nach fristgerechter Bezahlung dieses Vorschusses (Urk. 30) wurde dem Gesuchsteller mit Präsidialverfügung vom 10. Dezember 2012 Frist zur Erstattung der Berufungsantwort anberaumt (Urk. 31). Mit Eingabe vom 18. Dezember 2012, hier eingegangen am 24. Dezember 2012, liess der Gesuchsgegner fristwahrend die Berufung beantworten und brachte einen Kreditkartenauszug vom 1. Januar 2009 bis 31. Dezember 2011 bei (Urk. 32, 34/1). Gemäss Verfügung vom 18. Januar 2013 wurde der Gesuchsgegnerin Frist angesetzt, um zu den neuen Behauptungen in der Berufungsantwort und der neuen Beilage Stellung zu nehmen (Urk. 35). Die Stellungnahme der Gesuchsgegnerin vom 4. Februar 2013 ging rechtzeitig beim Gericht ein (Urk. 36). Nach Ablauf der Frist am 4. Februar 2013 erreichte das Gericht am 12. Februar 2013 eine weitere Eingabe der Gesuchsgegnerin vom 11. Februar 2013, worin sie ihre vorangehende Stellungnahme teilweise korrigieren liess (Urk. 37). Urk. 36 und 37 wurden dem Gesuchsteller zur Kenntnis gebracht (Urk. 36, 37 je Seite 1; Prot. II S. 5).

II.

1. Betreffend die summarische Natur des vorliegenden Verfahrens sowie bezüglich des hier herrschenden sogenannten eingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes (Art. 272 ZPO) und das Erfordernis der blossen Glaubhaftmachung der rechtserheblichen Tatsachen kann vorweg auf die zutreffenden Erörterungen im angefochtenen Urteil verwiesen werden (Urk. 26 S. 3 f.). Wenn die Gesuchgegnerin dafür hält, entgegen den erstinstanzlichen Ausführungen genügte blosses Behaupten einer Partei nicht, vielmehr müssten objektive Anhaltspunkte - in der Regel Urkunden, ansonsten auch Erfahrungssätze - blosser Behauptungen untermauern (Urk. 25 S. 4 f.), ist sie damit nicht zu hören, kann doch für die Glaubhaftmachung eine Parteibehauptung auch ohne Beweisführung genügen, wenn die Partei glaubwürdig und ihre Darstellung plausibel ist (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, § 148 ZPO/ZH, N 8 mit weiterem Hinweis). Im Übrigen wird die Darstellung des Gesuchstellers im Zusammenhang mit der Verwendung des Kredits bzw. der Kreditkartenbezüge (zur Bestreitung des gemeinsamen Lebensunterhalts) bereits durch die belegten Angaben zu seinen Einkünften 2009 bis 2011 untermauert (vgl. die folgenden Ausführungen zum Einkommen und Bedarf des Gesuchstellers). Das Beweismass des "Glaubhaftmachens" wurde durch die Vorinstanz mithin nicht verletzt. Im Übrigen wurden nunmehr Kreditkartenabrechnungen (Urk. 34/1) eingereicht, welche an der erstinstanzlichen Einschätzung, wie darzutun sein wird, allerdings nichts ändern.

2. Es stehen einzig die persönlichen Unterhaltsbeiträge sowie die vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen im Streit. Nicht angefochten wurden die Dispositivziffern 1, 2, 4 und 5 des Urteils des Einzelrichters der 5. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich vom 9. Oktober 2012. In diesem Umfang ist das vorinstanzliche Urteil in Rechtskraft erwachsen. Dies ist vorzumerken.

3. Im Berufungsverfahren gilt das restriktive Novenrecht gemäss Art. 317 ZPO. Neue Tatsachen und Beweismittel werden nur noch berücksichtigt, wenn sie kumulativ ohne Verzug vorgebracht werden, das heisst grundsätzlich mit dem

ersten Parteivortrag, also der Berufungsbegründung bzw. -beantwortung, und zudem trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten.

4. Den Erörterungen über die Berechnung der Unterhaltsbeiträge ist sodann vorzuschicken, dass dieser Entscheid nach Recht und Billigkeit getroffen werden muss und nicht das Ergebnis exakter Berechnungen auf genauen Grundlagen darstellen kann (Meier-Hayoz, Berner Kommentar, N 71-73 zu Art. 4 ZGB). Vielmehr ist der gebührende Unterhaltsbeitrag unter Beachtung der konkreten Umstände – insbesondere der wirtschaftlichen Verhältnisse der Ehegatten und der Bedürfnisse der Familie – festzusetzen (Hausheer/Reusser/Geiser, Kommentar zum Eherecht, N 21f. zu Art. 163 ZGB; Bühler/Spühler, Berner Kommentar, N 166 ff. zu Art. 145a ZGB). Das richterliche Ermessen ist gross. Begrenzt wird der Unterhalt einerseits durch das Existenzminimum des Pflichtigen, andererseits durch die bisherige Lebenshaltung während der gelebten Ehe, erhöht um die trennungsbedingten Mehrkosten. Die Ehegatten haben dabei Anspruch auf den gleichen Lebensstandard, d.h. auf die Lebenshaltung, die der andere sich leistet oder leisten könnte. Im Übrigen sei auf die weiteren zutreffenden Ausführungen zur Berechnung der Unterhaltsbeiträge im angefochtenen Urteil verwiesen (Urk. 26 S. 6 f. mit Hinweisen).

Der Richter ist sodann in Bezug auf die Ehegattenunterhaltsbeiträge aufgrund der Dispositionsmaxime an die formellen Parteianträge, d.h. an den insgesamt eingeklagten oder anerkannten Betrag gebunden, nicht aber an die einzelnen Einnahme- und Aufwandpositionen. Es kann also für eine Position mehr und für andere weniger zugesprochen werden, als in der Begründung verlangt oder anerkannt wird (Six, Eheschutz, Ein Handbuch für die Praxis, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 56 f., N 2.62).

5. Bereits vor Vorinstanz verlangte die Gesuchsgegnerin die Edition folgender Unterlagen: Lohnausweis 2011 der C._____, alle monatlichen Lohnabrechnungen 2011 von allen Unternehmungen, für welche der Gesuchsteller tätig war, die Steuerrechnungen 2010 und 2011 sowie die Kreditkartenrechnung per 31. Dezember 2012 bzw. Belege betreffend die Kreditkartenschulden, Detailab-

rechnungen und die Kreditkartenrechnung per 31. Dezember 2011 sowie einen Beleg über die Höhe des Kredits bei der D._____ [Bank] (Urk. 19 S. 5, 9; Urk. 20/1-3 "Editionsanträge").

Die Vorinstanz erwog dazu, weil der Gesuchsteller erst seit Januar 2012 bei der C._____ GmbH angestellt sei, gebe es keine Lohnabrechnungen und Lohnausweise des Gesuchstellers bei dieser Firma für das Jahr 2011. Demzufolge könne der Gesuchsteller auch nicht zur Einreichung dieser Unterlagen verpflichtet werden (Urk. 26 S. 11 unten). Sodann wies der Vorderrichter auch das Editionsbegehren betreffend die Steuerrechnungen für die Jahre 2010 und 2011 (zwecks genauer Bezifferung der zu bezahlenden Steuerschulden) ab, zumal die Gesuchsgegnerin als für die gemeinsamen Steuern mithaftende Ehegattin selber berechtigt wäre, die Steuerrechnungen beim Steueramt einzufordern. Zudem würden die summarischen Betrachtungen ergeben, dass eine Edition nicht notwendig sei, um die Steuerschulden für die vergangenen Jahre zu bestimmen (Urk. 26 S. 25 Mitte). Die beantragte Kreditkartenabrechnung per 31. Dezember 2012 sei heute noch gar nicht erhältlich, weshalb sich dieses Editionsbegehren erübrige. Überdies sei aufgrund der eingereichten Unterlagen erstellt, dass die Kreditkartenschulden während des Zusammenlebens entstanden sein müssten, hätten sich die Parteien doch erst per Anfang Februar 2012 getrennt, der Beleg über die E._____ karte sei dagegen auf den 24. Januar 2012 datiert. Überdies spiele es keine Rolle, ob der Gesuchsteller die Schulden für seine persönlichen Bedürfnisse aufgenommen habe, weil der erweiterte Bedarf der Gesuchsgegnerin nahezu gedeckt sei (Urk. 26 S. 27).

Im Rahmen ihrer Berufungsschrift lässt die Gesuchsgegnerin den Editionsantrag stellen, wonach der Gesuchsteller sein Lohnkonto (das Bankkonto, auf dem sein Lohn eingegangen sei) von 1. Januar 2011 bis 1. Oktober 2012 sowie sämtliche Kreditkartenabrechnungen von 1. Januar 2010 bis 1. Januar 2012 offenzulegen habe (Urk. 25 S. 2 oben).

Der Antrag betreffend Offenlegung des Lohnkontos ist im Berufungsverfahren neu und hätte bereits im vorinstanzlichen Verfahren gestellt werden können und müssen (Art. 317 ZPO). Aber selbst wenn dieser Antrag nicht verspätet ge-

stellt worden wäre, wäre ihm gleichwohl nicht stattzugeben, weil, insbesondere unter dem summarischen Blickwinkel, bereits genügend Unterlagen zur Bestimmung des massgeblichen Einkommens des Gesuchstellers vorliegen und keinerlei konkreten Hinweise bestehen, wonach er weiteres, nicht deklariertes Einkommen generieren sollte. Allein der Umstand, dass er bei der Firma eines engeren Freundes angestellt ist, reicht dazu selbstredend nicht aus. Was den bereits vor Vorinstanz gestellten Antrag betreffend Offenlegung sämtlicher Kreditkartenabrechnungen von 1. Januar 2010 bis 1. Januar 2012 anbelangt, liess der Gesuchsteller mit seiner Berufungsantwort von sich aus detaillierte Kreditkartenauszüge seiner Kreditkarte bei der D._____ sowie der auf die Gesuchsgegnerin lautenden Zusatzkarte bei dieser Bank betreffend die Zeit vom 1. Januar 2009 bis 31. Dezember 2011 einreichen (Urk. 34/1). Er kam somit dem gegnerischen Editionsbegehren wenigstens teilweise nach (vgl. auch Urk. 36 S. 2). Angesichts dieser Auszüge sowie in Anbetracht der bereits aktenkundigen Dokumente (insbesondere Urk. 6/5 [Rechnung E._____] und Urk. 6/6 [D._____, offener Kredit] sowie Urk. 2/1, 2 [Steuererklärungen 2009 und 2010]) erweisen sich weitere Editionen, so namentlich betreffend die E._____kartenabrechnungen - wiederum unter dem summarischen Blickwinkel - als nicht notwendig, zumal die geltend gemachten Schulden über Fr. 1'977.- monatlich (vgl. Urk. 15 S. 4; Prot. I S. 18 f.) ohnehin nur anteilmässig berücksichtigt werden können.

Zusammengefasst ist dem Editionsbegehren der Gesuchsgegnerin, insofern es nicht bereits erfüllt wurde, somit (auch) im Berufungsverfahren nicht stattzugeben, soweit überhaupt darauf einzutreten ist.

6. Die Gesuchsgegnerin rügt in prozessualer Hinsicht, die Vorinstanz habe das Verfahren zu Unrecht nicht nach der Hauptverhandlung abgeschlossen. Nach Art. 228 ZPO würden die Parteien nach der Eröffnung der Hauptverhandlung ihre Anträge stellen und begründen. Das Gericht gebe ihnen dann Gelegenheit zu Replik und Duplik. Indem die erste Instanz nach der Hauptverhandlung nochmals einen Schriftenwechsel durchgeführt habe, verletze sie Art. 228 ZPO, da solches dort nicht vorgesehen sei. Entgegen den Vorschriften der ZPO habe der Gesuchsteller, welcher bereits Gelegenheit zu einer Stellungnahme im Rah-

men der Parteibefragung erhalten habe, noch schriftlich Frist für eine nochmalige Stellungnahme auf die Gesuchsantwort angesetzt bekommen. Der Erstrichter habe damit (was sich aus der mündlichen Erklärung zum "weiteren Vorgehen" des Richters ergeben habe) bezweckt, dem Gesuchsteller Gelegenheit zu geben, einen Rechtsanwalt beizuziehen. Sämtliche Vorbringen des Gesuchstellers in seiner Stellungnahme vom 21. Mai 2012 (Urk. 15) seien daher nicht beachtlich, soweit sie nicht schon anlässlich der Hauptverhandlung vorgebracht worden seien (Urk. 25 S. 3 f.).

Der Gesuchsteller hält entgegen, er sei anlässlich der Hauptverhandlung im Rahmen der Gesuchsantwort erstmals mit einer eigentlichen "Widerklage" konfrontiert worden. Anschliessend seien die Parteien persönlich befragt worden. Zu Replik (und Widerklageantwort) und Duplik sei es in der Verhandlung nicht mehr gekommen. Art. 228 ZPO gewähre den Parteien das Recht auf Replik und Duplik, schliesse indessen weitere Anhörungen durch den Richter nicht aus. Entscheidend sei insbesondere, dass die Parteien mit ihren Vorträgen gleich behandelt würden und das sei hier geschehen (Urk. 32 S. 3).

Zwar haben die Parteien im summarischen Verfahren, welches sich durch Flexibilität und Schnelligkeit auszeichnet, grundsätzlich keinen Anspruch auf Durchführung der Replik und Duplik. Enthält die Gesuchsbeantwortung allerdings entscheidungsrelevante neue Beweismittel oder Behauptungen (oder wie vorliegend gar neue Anträge bzw. Gegenrechtsbegehren), zu denen sich der Gesuchsteller in seinem Gesuch nicht äussern konnte, ist dem Gesuchsteller unter Wahrung des rechtlichen Gehörs die Möglichkeit einzuräumen, dazu Stellung zu nehmen (Gehri/Kramer, ZPO Kommentar, Zürich 2010, Art. 253 N 4 mit Hinweis). Der Grundsatz, dass das Gericht nicht aufgrund von Parteivorbringen entscheiden darf, zu denen sich die Gegenseite nicht äussern konnte, gilt auch im summarischen Verfahren. Wenn also in der Stellungnahme bzw. Gesuchsantwort neue Vorbringen enthalten sind und das Gericht diese zu beachten gedenkt, so ist dem Gesuchsteller die Gelegenheit zu einer Replik zu geben. Insofern kann ausnahmsweise ein doppelter Schriftenwechsel stattfinden. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung kann selbstverständlich ohne zeitliche Verzögerung eine Rep-

lik und Duplik oder sogar ein Dritter Schriften- bzw. Wortwechsel gewährt werden, wenn es das Gericht aufgrund der Komplexität des Falles als erforderlich erachtet. Ein Anspruch auf eine Replik besteht aber auch im mündlichen Verfahren nicht generell (Chevalier, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 2. A., Art. 253 N 11 f.). Vorliegend wurde dem Gesuchsteller zunächst im Rahmen der Hauptverhandlung die Gelegenheit gegeben, sein Gesuch zu begründen, wobei der Vorderrichter ihm dabei mit Fragen behilflich war (Prot. I S. 3-7). Hernach erstattete der Rechtsvertreter der Gesuchsgegnerin die Gesuchsantwort. Dabei wurde unter anderem der Antrag auf Verpflichtung des Gesuchstellers zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen gestellt (Urk. 9 i.V.m. Prot. I S. 7 f.). In der Folge wurden beide Parteien befragt (Prot. I S. 8-22). Dazu ist festzuhalten, dass die richterliche Fragepflicht gemäss Art. 56 ZPO keineswegs so weit reicht, dass das Gericht die Parteien auf den für die Entscheidfällung wesentlichen Sachverhalt hinzuweisen hätte und die Parteien denn auch nicht von ihrer Substantiierungspflicht entbunden werden (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 55 N 2 und 2a mit weiteren Hinweisen). Der Gesuchsteller wurde nach der Erstattung der Gesuchsantwort durch den Anwalt der Gesuchsgegnerin zwar eingehend befragt (Prot. I S. 10 ff.), allerdings ist das Vorgehen der Vorinstanz, welche ihm dennoch Frist zur schriftlichen Stellungnahme zur Gesuchsantwort anberaumte, mit Blick auf das Gebot der Waffengleichheit nicht zu beanstanden, war doch die Gesuchsgegnerin anwaltlich vertreten. Die anwaltlich verfasste Stellungnahme des Gesuchstellers vom 21. Mai 2012 (Urk. 15) ist daher nicht aus dem Recht zu weisen. Allerdings ist der Gesuchsteller auf seinen persönlichen Eingeständnissen anlässlich der Befragung im Rahmen der Hauptverhandlung zu behaften. Gleichermassen ist auch die nachträgliche Stellungnahme der Gesuchsgegnerin vom 2. Juli 2012 (Urk. 19) zu berücksichtigen.

III.

1. Einkommen Gesuchsteller

a) Die erste Instanz stellte auf das durch den Arbeitsvertrag vom 20. Februar 2012 sowie die Lohnabrechnungen Januar bis März 2012 ausgewiesene monatliche Einkommen des Gesuchstellers bei der C._____ GmbH von Fr. 8'000.– brutto bzw. Fr. 6'710. 50 netto ab, wobei ein 13. Monatslohn nicht ausbezahlt wird (vgl. Urk. 6/2; Urk. 16/1; Prot. I S. 15; Urk. 26 S. 12, 30). Sie erwog dabei, dies entspreche auch etwa dem durchschnittlichen Einkommen des Gesuchstellers der vergangenen drei Jahre (2009-2011) in der Höhe von rund Fr. 6'330.– und nicht Fr. 10'200.– wie die Gesuchstellerin meine (Urk. 26 S. 10).

b) Wie bereits vor Vorinstanz hält die Gesuchsgegnerin im Wesentlichen dafür, der Gesuchsteller arbeite bei der C._____ GmbH bei einem engen Freund und es sei davon auszugehen, dass er einen Teil seines Einkommens "an den Steuern vorbei beziehe", zumal er sich kurz vor Einleitung des Verfahrens über die Gründung einer Offshore-Gesellschaft informiert habe. Er habe ihr auch erzählt, dass er bei der C._____ einen Lohn von Fr. 10'000.– monatlich erhalten werde. Das angegebene Einkommen von Fr. 8'000.– brutto sei daher fingiert. Das Abstellen auf die Jahre 2010, 2011 sei täuschend, weil der Gesuchsteller ab 2010 eine aussereheliche Beziehung mit seiner ... Freundin [Angehörige des Staates F._____] geführt habe. Ab 2010 habe er einen starken Anreiz gehabt, sein Einkommen zu reduzieren. Ab 2010 habe er denn auch die Möglichkeit gehabt, sein Einkommen selber zu steuern, weil er ab dann, im Gegensatz zu den Vorjahren, selbstständig oder bei nahestehenden Personen angestellt gewesen sei. 2010, als er bei der G._____ GmbH in H._____ bloss Fr. 5'138.– monatlich verdient habe, habe er jedoch nicht 100 % gearbeitet, sondern einen grossen Teil seiner Arbeitszeit in F._____ bei seiner Freundin verbracht. Dem Gesuchsteller sei es möglich und auch zumutbar, eine Stelle zu finden, wo er wieder ein Einkommen von mindestens Fr. 10'000.– monatlich erzielen könne, wie dies 2008 und 2009 bei der I._____ AG der Fall gewesen sei. Dieser Betrag von Fr. 10'000.– brutto

bzw. Fr. 8'800.– netto sei ihm deshalb als hypothetisches Einkommen anzurechnen (Urk. 9 S. 6 f.; Urk. 19 S. 4; Prot. I S. 9; Urk. 25 S. 5-7).

c) Abzustellen ist grundsätzlich auf die aktuelle Einkommenssituation. Bei unregelmässigem oder erheblich schwankendem Einkommen ist auf den Durchschnittswert einer genügend langen Vergleichsperiode abzustellen. Ausgeschlossen ist die rückwirkende Annahme eines höheren, aktuell aber nicht mehr erzielbaren Einkommens (Six, a.a.O., N 2.136 S. 83). In Übereinstimmung mit dem Vorderrichter rechtfertigt es sich in diesem Licht, auf das aktuelle, durch den Arbeitsvertrag vom 20. Februar 2012 und die drei Lohnabrechnungen Januar bis März 2012 hinreichend ausgewiesene Einkommen des Gesuchstellers bei der C._____ GmbH von Fr. 6'710.50 pro Monat abzustellen, welches im Übrigen in etwa auch dem durchschnittlichen Einkommen des Gesuchstellers der vergangenen drei Jahre (2009-2011) von rund Fr. 6'330.– entspricht (vgl. Urk. 26 S. 10 mit Hinweisen; Urk. 25 S. 5). Es bestehen keinerlei Anhaltspunkte, wonach der Gesuchsteller nicht sein ganzes Einkommen deklarieren sollte. Dass ihm zugestandenermassen bei der C._____ GmbH ein Verdienst von Fr. 10'000.– monatlich in Aussicht gestellt wurde (Prot. I S. 13), ändert nichts, muss er sich dafür doch, wie er glaubhaft dartat, zunächst beweisen (Prot. I S. 13). Der blosser Umstand, dass er bei einem guten Freund angestellt ist, lässt selbstredend noch nicht auf ein heimlich bezahltes Zusatzeinkommen schliessen. Es ist auch nicht so, dass der Gesuchsteller gerade im Hinblick auf die Trennung im Februar 2012 viel weniger verdiente. Vielmehr zeichnete sich der Einkommenseinbruch bereits im Jahr 2010 ab, also noch während des Zusammenlebens, als es mit der G._____ GmbH in H._____ nicht so lief, wie sich dies der Gesuchsteller und Mitinhaber dieser Firma vorgestellt hatte (vgl. Urk. 6/1, 2). Die durch nichts belegte und bestrittene pauschale Behauptung, dass der Gesuchsteller damals nicht 100 % gearbeitet, sondern einen grossen Teil seiner Arbeitszeit in F._____ bei seiner Freundin verbracht haben soll (Urk. 25 S. 6; vgl. auch Urk. 19 S. 3; Urk. 32 S. 5 f.), wird durch die substantiierten und glaubhaften Angaben des Gesuchstellers zur Geschäftstätigkeit der G._____ GmbH anlässlich der Hauptverhandlung (vgl. Prot. I S. 10 ff.) widerlegt.

Die Vorinstanz erwog, es sei davon auszugehen, dass der Gesuchsteller in Zukunft ein höheres Einkommen erzielen dürfte, weil ihm bei der C._____ GmbH ein Lohn von Fr. 10'000.– (netto oder brutto sei unklar) in Aussicht gestellt worden sei (Urk. 26 S. 12). Sie verzichtete aber auf die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens in dieser Höhe. Hingegen verpflichtete sie den Gesuchsteller, der Gesuchsgegnerin die Hälfte seines Fr. 7'700.– übersteigenden Einkommens zu bezahlen, rückwirkend ab 1. Februar 2012. Zudem verpflichtete sie den Gesuchsteller gestützt auf die eheliche Auskunftspflicht gemäss Art. 170 ZGB, der Gesuchsgegnerin sämtliche Lohnabrechnungen seit April 2012 sowie für die Zukunft monatlich die aktuellen Lohnabrechnungen und spätestens Ende März, den/die Lohnausweise für die Steuererklärung unaufgefordert zukommen zu lassen (Urk. 26 S. 31). Letzteres blieb unangefochten.

Die Gesuchsgegnerin beharrt, wie gesehen, auch im Berufungsverfahren auf der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens in der Höhe von Fr. 10'000.– brutto bzw. Fr. 8'800.– netto.

Vom tatsächlichen Leistungsvermögen eines Ehegatten darf abgewichen werden und stattdessen von einem hypothetischen Einkommen ausgegangen werden, falls und soweit er bei gutem Willen bzw. bei ihm zuzumutender Anstrengung einen höheren Verdienst erzielen könnte. Voraussetzung ist allerdings, dass dem Ehegatten eine entsprechende Einkommenssteigerung möglich und zumutbar ist. Fehlt eine reale Möglichkeit zur Einkommenssteigerung, so muss sie ausser Acht bleiben, auch wenn ein Ehegatte vorher seine Leistungsfähigkeit böswillig vermindert hat (Six, a.a.O., N 2.148 S. 86 f.).

Nachdem sich seit Sommer 2011 abgezeichnet hatte, dass es mit der G._____ nicht weiterlief, und diese dann auch hatte Konkurs anmelden müssen, offerierte J._____, der Freund und Geschäftspartner des Gesuchstellers, diesem eine Anstellung bei seiner Firma C._____ GmbH. Dabei wurde dem Gesuchsteller, wie bereits erwähnt, ein Lohn von Fr. 10'000.– in Aussicht gestellt, wobei er sich vorerst beweisen müsse (Prot. I S. 12 f.). Der Gesuchsteller hat bei der C._____ eine sichere Anstellung in seinem Tätigkeitsgebiet (Organisation von Konferenzen, Prot. I S. 11 f.), wo er in absehbarer Zukunft einen höheren Ver-

dienst erzielen wird. Die Anrechnung eines hypothetischen höheren Einkommens rechtfertigt sich im vorliegenden Eheschutzverfahren, welches der Scheidungsvorbereitung dient (vgl. Urk. 1 S. 2; Prot. I S. 7 f.), zum jetzigen Zeitpunkt daher nicht, müsste doch andernfalls der Gesuchsteller die Stelle wechseln und wäre ihm ohnehin eine längere Übergangsfrist zuzugestehen. Ein Stellenwechsel ist ihm indessen nicht zuzumuten, zumal die Verhältnisse hier nicht knapp sind und auch keine Kinderunterhaltsbeiträge im Streit liegen. Mit Blick auf die zweijährige Trennungsfrist, nach welcher ein Scheidungsanspruch besteht (vgl. Art. 114 ZGB), kann die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens dem Scheidungsrichter überlassen werden. Gleiches gilt im Übrigen auch betreffend die Gesuchsgegnerin (vgl. sogleich).

Zusammengefasst ist mithin von einem massgeblichen Nettoeinkommen des Gesuchstellers in der Höhe von Fr. 6'710.50 auszugehen. Die Fr. 100.–, welche dem Gesuchsteller für das Mittagessen abgezogen werden, sind - entgegen dem Vorderrichter (vgl. Urk. 26 S. 12, 30) - nicht hinzuzuzählen, weil der Gesuchsteller dieses Geld tatsächlich zum Essen braucht und ihm im Gegenzug im Bedarf keine Mehrauslagen für auswärtiges Essen angerechnet werden (vgl. Urk. 26 S. 14, 22 sowie nachstehend; vgl. auch Urk. 32 S. 6).

2. Einkommen Gesuchsgegnerin

Der Erstrichter legte seiner Entscheidung ein monatliches Nettoeinkommen der in einem 80 %-Pensum bei der K. _____ AG in L. _____ arbeitstätigen Gesuchstellerin von Fr. 5'185.40 zuzüglich anteilmässiger 13. Monatslohn/Bonus im Umfang von Fr. 432.10 monatlich sowie Kinderzulagen für das nicht gemeinsame Kind M. _____ im Umfang von Fr. 250.–, mithin ein Gesamteinkommen von Fr. 5'867.50 zu Grunde (Urk. 26 S. 14). Solches wird im Berufungsverfahren nicht beanstandet, wobei die Gesuchsgegnerin betonen lässt, dass sie keinen 13. Monatslohn erhalte, sondern einen Bonus, der im Ermessen der Arbeitgeberin stehe (Urk. 25 S. 7, 12; Urk. 32 passim). Ob die von Kinderbetreuungspflichten (ihr vorhelicher Sohn ist 17-jährig, vgl. Urk. 1) entlastete Gesuchsgegnerin zur Ausdehnung ihrer Erwerbstätigkeit auf ein Vollzeitpensum zu verpflichten ist (vgl. auch Urk. 26 S. 13), bleibt dem Scheidungsrichter überlassen. Jedenfalls ist ihr derzeit

ein Stellenwechsel nicht zuzumuten und an ihrer jetzigen Arbeitsstelle ist eine solche Aufstockung des Anstellungsgrades derzeit belegtermassen nicht möglich (Urk. 10/6).

3. Bedarf Gesuchsteller

a) Die Vorinstanz ging von einem aktuellen, erweiterten Bedarf des Gesuchstellers von Fr. 7'222.– aus (Urk. 26 S. 14 f., 30). Nicht bestritten sind folgende Positionen: Fr. 1'200.– Grundbetrag, Fr. 357.– Krankenkasse, Fr. 100.– Telefon/Internet, Fr. 39.– Radio-/TV-Gebühren, Fr. 27.– Hausratversicherung, Fr. 145.– Fahrkosten und Fr. 500.– Steuern (Urk. 25 S. 11 f.; Urk. 32 passim). Im Streit liegen die Wohnkosten sowie die Steuer- und Kreditkartenschulden (Urk. 25 S. 7-11; Urk. 32 S. 4-6, 7-9).

b) Was die Wohnkosten anbelangt, gestand der Erstrichter dem Gesuchsteller einen Betrag von Fr. 2'144.– zu, nämlich Fr. 1'969.– Nettomietzins zuzüglich Fr. 175.– Nebenkosten (ohne die geltend gemachten Garagenkosten von Fr. 126.–) für die von diesem am 1. Februar 2012 bezogene 4 ½-Zimmerwohnung in N._____. Die Argumentation des Gesuchstellers, er habe den Wohnort gewählt, um Steuern und Arbeitswegkosten zu sparen, erscheine nachvollziehbar. Es sei allgemein bekannt, dass die Steuern im Kanton Schwyz wesentlich tiefer seien als andernorts. Sodann betrage die Distanz zwischen dem Wohnort des Gesuchstellers und dessen Arbeitsort in O._____ rund 6,5 Kilometer; demgegenüber betrage die Wegstrecke zwischen L._____ und O._____ ca. 33 Kilometer und zwischen ..., ... [recte: ...], ... oder ... und O._____ zwischen 27 und 33 Kilometer. Dadurch würde sich der Arbeitsweg mit der Wahl eines von der Gesuchsgegnerin genannten Wohnorts um ca. 20 Kilometer pro Weg bzw. um 800 Kilometer verlängern, was zu Mehrauslagen von mindestens Fr. 400.– monatlich führen würde. Bei den durch die Gesuchsgegnerin angeführten Wohnkosten von Fr. 1'500.– sowie den Mehrkosten zufolge des längeren Arbeitswegs entstünden bereits Ausgaben im Umfang von rund Fr. 1'900.–. Ökonomisch betrachtet sei es für den Gesuchsteller somit vorteilhafter, in einer Wohnung im steuergünstigen N._____ zu wohnen, die monatlich Fr. 1'969.– koste, statt beispielsweise in einer

Wohnung in P._____, die wesentlich weiter vom Arbeitsort entfernt sei und wo die steuerliche Belastung einiges höher sei (Urk. 26 S. 14, 17 f.; Urk. 6/3).

Die Gesuchsgegnerin hält im Berufungsverfahren daran fest, dass die Wohnkosten des Gesuchstellers weit übersetzt seien. Nota bene habe er den Mietvertrag praktisch gleichzeitig mit der Einleitung des Eheschutzverfahrens abgeschlossen. Eine Wohnung zu Fr. 2'144.– sei im Gebiet ... und auch N._____, wo der Gesuchsteller wohne, unangemessen hoch. Die beigelegten Inserate für Mietwohnungen würden belegen, dass in der Region, wo der Gesuchsteller wohne, günstigere Wohnungen vorhanden seien. Die von der Vorinstanz zugestandenen tatsächlichen Wohnkosten widersprächen auch dem Gleichbehandlungsgrundsatz, zumal sie mit ihrem Sohn in der Stadt L._____ eine 3 ½-Zimmer-Wohnung für Fr. 1'810.– bewohne. Die Erstinstanz, welche sich in Bezug auf die Nebenkosten auf den Gleichbehandlungsgrundsatz berufe, aber für den Mietzins diesen Grundsatz nicht befolge, verhalte sich widersprüchlich. Mithin seien dem Gesuchsteller Wohnkosten von Fr. 1'810.– zu gewähren (Urk. 25 S. 7 f.; Urk. 10/7).

Demgegenüber bringt der Gesuchsteller vor, beide Parteien würden ungefähr gleich hohe Wohnkosten geltend machen, womit der Gleichbehandlungsgrundsatz gewahrt sei. Hinzu komme jedoch, dass die erste Instanz sehr detailliert dargelegt habe, dass unter Beachtung sämtlicher Umstände, insbesondere der tiefen Steuerlast in H._____, aber auch unter dem Titel des kurzen Arbeitsweges des Gesuchstellers die von diesem gewählte Lösung ökonomisch Sinn mache. Die Höhe der Wohnkosten sei daher nicht zu beanstanden (Urk. 32 S. 7 f.).

Bei der Prüfung der Angemessenheit der Wohnkosten sind auch die Kosten für den Arbeitsweg zu berücksichtigen. Das bedeutet, dass leicht überhöhte Wohnkosten im Einzelfall auch dann noch angemessen sein können, wenn im Gegenzug die Arbeitswegkosten entsprechend tiefer ausfallen (z.B. Wohnung in der Nähe des Arbeitsorts; Six, a.a.O., S. 70, N 2.99). Die Überlegungen des Gesuchstellers, wonach er sich eine Wohnung in der Nähe seines Arbeitsortes O._____, bzw. bis April 2012 auch noch H._____, gesucht habe (vgl. Prot. I S. 16

f.), um Zeit, Arbeitswegkosten und Steuern zu sparen, leuchtet denn auch ein. Allerdings ist nicht einzusehen, warum er alleine eine grosse 4 ½-Zimmerwohnung (ohne Büroanteil) benützt, während die Gesuchsgegnerin mit ihrem Sohn eine 3 ½-Zimmerwohnung bewohnt. Eine 3 - 3 ½-Zimmerwohnung in den steuergünstigen, nahe vom Arbeitsort des Gesuchstellers in O._____ gelegenen Gemeinden H._____ (4,2 km von O._____) oder ... (6,3 km von O._____) zu einer Miete in der Grössenordnung von Fr. 1'800.- (Vergleichsmiete der Gesuchstellerin, Urk. 10/7) ist allerdings kaum zu finden (vgl. ImmoScout24.ch [gerichtsnotorisch]). Indessen wäre solches im ebenfalls nahe gelegenen, allerdings noch zum Kanton Zürich gehörenden ... (3,7 km von O._____) oder auch in ... (6,5 km von O._____) ohne weiteres möglich und dem Gesuchsteller trotz fehlender Steuergünstigkeit denn auch zuzumuten (vgl. ImmoScout24.ch; Urk. 28/2). Es rechtfertigt sich daher, dem Gesuchsteller dieselben Wohnkosten wie der Gesuchsgegnerin von Fr. 1'810.-, welche von dieser im Berufungsverfahren denn auch anerkannt werden, zuzugestehen. Dies hat ohne weiteres auch rückwirkend zu geschehen (analog BGE 109 III 52), weil der Gesuchsteller jedenfalls im zeitlichen Zusammenhang mit der Einleitung des Eheschutzverfahrens am 18. Januar 2012 (Urk. 1) die fragliche zu teure und vor allem auch zu grosse Wohnung per 1. Februar 2012 anmietete (Urk. 6/3). Der Gesuchsteller musste sich bewusst gewesen sein, dass die Wohnung zu teuer (und auch zu gross) für ihn alleine ist. Er gab denn auch an, eine Wohnung für unter Fr. 2'000.- gesucht zu haben (Prot. I S. 16). Vergebliche derartige Suchbemühungen dokumentierte er allerdings nicht.

c) Unter dem Titel "Abzahlung Steuerschulden" setzte die erste Instanz im Bedarf des Gesuchstellers den Betrag von Fr. 2'000.- ein. Sie erwog, die Gesuchstellerin habe anerkannt, dass gemeinsame Steuerschulden für die Jahre 2009 bis 2011 bestünden. Allerdings hätte der Gesuchsteller diese bereits während des Zusammenlebens bezahlen sollen. Bezüglich der Steuern für das Jahr 2009 seien lediglich noch zwei Raten offen, die Steuern für die Jahre 2010 und 2011 seien noch unklar, der Gesuchsteller habe vorab die Rechnungen einzureichen.

Gestützt auf die aktenkundigen Steuererklärungen 2009 und 2010 (Urk. 2/1, 2), den Lohnausweis der G. _____ 2011 (Urk. 6/1) und den Lohnausweis 2011 der Gesuchsgegnerin (Urk. 10/5) sowie in Anwendung des Steuerrechners (Urk. 21/1, 2) gelangte die Vorinstanz zum Schluss, dass die Parteien per Februar 2012 noch Steuerschulden von rund Fr. 25'000.– offen hätten. Umgerechnet auf die zweijährige Trennungszeit ergebe dies ein monatliches Betreffnis von rund Fr. 2'000.–, welches dem Gesuchsteller in seinem Notbedarf einzuberechnen sei. Anzuführen bleibe, dass dieser Betrag in etwa auch aus dem Zahlungsabkommen des Steueramtes der Stadt L. _____ mit dem Gesuchsteller hervorgehe. Aufgrund des Einbruchs des Einkommens des Gesuchstellers erscheine es sodann nachvollziehbar, dass die Steuern für die vergangenen Jahre nicht umgehend hätten bezahlt werden können (Urk. 26 S. 15, 23-25 mit Hinweis auf Urk. 8/1).

Die Gesuchsgegnerin meint, die Steuerschulden seien, soweit sie belegt seien, nicht bzw. zumindest nicht vollständig in den Bedarf des Gesuchstellers aufzunehmen, weil Lehre und Praxis verlangen würden, dass solche Schulden bereits vor der Trennung regelmässig abbezahlt worden seien. Der Gesuchsteller habe aber anlässlich der Parteibefragung anerkannt, dass er noch keine einzige Zahlung geleistet habe. Sodann fehle im angefochtenen Entscheid eine Verpflichtung des Gesuchstellers, jeden Monat Fr. 2'000.– an die Abzahlung der Steuerschulden zu leisten. Eventualiter werde beantragt, dass zumindest eine entsprechende Verpflichtung des Gesuchstellers aufgenommen werde. Die erste Instanz übersehe indessen auch, dass die Abzahlung der Steuerschuld bei monatlichen Raten von Fr. 2'000.– voraussichtlich Ende März 2013 enden werde (Urk. 25 S. 8-10).

Demgegenüber hält der Gesuchsteller dafür, zunächst sei festzuhalten, dass es ihm selbstverständlich gestattet sein müsse, sofern der übrige Bedarf der Parteien gedeckt sei, die Steuerschulden zu bezahlen, vor allem dann, wenn er vom Steueramt ja diesbezüglich ins Recht gefasst werde. Dies müsste überdies auch für andere Schulden gelten. Andernfalls würde man die Ehefrau, welcher ein entsprechender Freibetrag zugewilligt würde, gegenüber den anderen Gläubigern privilegieren. Vorliegend sei ausgewiesen, dass es sich um gemeinsame Steuer-

schulden handle, für welche die Ehefrau genauso haftbar sei wie der Ehemann. Die Abzahlung durch den Ehemann komme daher auch direkt der Ehefrau zugute. Eine einseitige Belastung des Gesuchstellers mit diesen gemeinsamen Steuerschulden wäre auch deshalb stossend, da die Parteien das gemeinsam erzielte Einkommen, auf welchem diese Steuerschulden basierten, auch gemeinsam verbraucht hätten (Urk. 32 S. 8).

Betragsmässig blieb unbestritten und wurde von der Vorinstanz denn auch in nachvollziehbarer Weise dargetan (Urk. 26 S. 24; Urk. 2/2; Urk. 21/1+2), dass noch schätzungsweise Fr. 25'000.– gemeinsame Steuern der Jahre 2009, 2010 und 2011 zu bezahlen sind. Ausgehend von einer rund zweijährigen Trennungsdauer, bis ein Scheidungsanspruch besteht, rechtfertigt es sich, dem Gesuchsteller ab Aufnahme des Getrenntlebens per Februar 2012 einen monatlichen Betrag von Fr. 1'040.– (und nicht Fr. 2'000.–) für Steuerschulden im Bedarf zuzugestehen. Der Gesuchsteller wird sich mit den Steuerbehörden neu einigen müssen. Dass er bisher keine Abzahlungen leistete, ändert nichts, nachdem eine entsprechende Verpflichtung besteht und er von den Steuerbehörden denn sichtlich auch ins Recht gefasst wurde (Urk. 8/1). Der neue Antrag der Gesuchsgegnerin, wonach der Gesuchsteller zu verpflichten sei, jeden Monat Fr. 2'000.– an die Tilgung der Steuerschulden 2009, 2010 und 2011 bis zu ihrer vollständigen Tilgung zu bezahlen (Urk. 25 S. 2, Antragziffer 2, S. 9), erfolgt verspätet. Solches hätte bereits vor Vorinstanz (für den Eventualfall) beantragt werden können und müssen (Urk. 9 S. 8 ff.; Urk. 19 S. 8; Prot. I S. 7). Zudem sind die möglichen Eheschutzmassnahmen im Gesetz abschliessend aufgezählt (numerus clausus; Art. 172 Abs. 3 ZGB; BGE 114 II 18 E. 3). Die Verpflichtung zur Bezahlung von Steuerschulden fällt nicht darunter.

d) Weil der enge Bedarf der Parteien vorliegend gedeckt sei, berechnete der Vorderrichter neben den Steuern und der Abzahlung der Steuerschulden dem Gesuchsteller auch Fr. 700.– für die Abzahlung von Kreditkartenschulden (rund Fr. 17'000.– belegte Schulden bei der E._____ und der D._____, umgerechnet auf die voraussichtliche zweijährige Trennungszeit). Aus den eingereichten Unterlagen bleibe zwar unklar, ob der Gesuchsteller die Kreditkarten- und Kleinkredit-

schulden für Ausgaben benötigt habe, die für den gemeinsamen Haushalt gebraucht worden seien. Die Unterlagen zeigten allerdings auf, dass die Schulden in den Jahren 2010 und/oder 2011 entstanden sein müssten. Vor diesem Hintergrund erscheine die Sachdarstellung des Gesuchstellers, dass er den Kredit bei der D._____ aufgenommen haben, damit die Familie Geld zum Leben habe, als glaubhaft, zumal das gemeinsame Einkommen der Parteien in diesem Zeitraum massgeblich eingebrochen sei. Es erscheine jedenfalls glaubhaft, dass zumindest ein grösserer Teil der Schulden gemeinsame Schulden seien. Schliesslich sei der erweiterte Bedarf der Gesuchsgegnerin nahezu gedeckt, so dass sich eine Einberechnung dieser Schulden selbst dann rechtfertigte, wenn diese allesamt persönliche Schulden des Gesuchstellers wären (Urk. 26 S. 26 f. mit Hinweisen).

Die Gesuchsgegnerin bestreitet nach wie vor, dass es sich bei den Kreditkarten- und Kleinkreditschulden um gemeinsame Schulden beziehungsweise solche, welche den Lebensunterhalt beider Ehegatten betrafen, handle. Sodann hält sie, wie gesehen, an ihrem Editionsantrag betreffend Herausgabe sämtlicher Kreditkartenabrechnungen von 1. Januar 2010 bis 1. Januar 2012 fest. Die Kreditkarte sei ausschliesslich vom Berufungsbeklagten benutzt worden (Urk. 25 S. 2, 10 f.; Urk. 26 S. 27; Urk. 36 und 37). Der Gesuchsteller verweist auf die vorinstanzlichen Überlegungen. Neu reicht er einen Kreditkartenauszug der D._____ betreffend die Zeit vom 1. Januar 2009 bis 31. Dezember 2011 zu den Akten (Urk. 32 S. 4-6, 9; Urk. 34/1).

Dass in den Jahren 2010/2011 Kreditkarten- und Kleinkreditschulden über Fr. 16'700.– entstanden, steht fest (Urk. 26 S. 26; Urk. 2/1, 2; Urk. 10/19; Urk. 6/5, 6). Ebenso, dass das Einkommen des Gesuchstellers in dieser Zeit einbrach (Urk. 2/1, 2; Urk. 6/1). Dass er das Geld für den gemeinsamen Lebensunterhalt brauchte (Prot. I S. 19), erscheint daher mit dem Vorderrichter glaubhaft, zumal die Gesuchsgegnerin nicht (substantiiert) geltend machte, man habe sich während dieser Zeit in der Lebensführung wesentlich einschränken müssen (z.B. Prot. I S. 9). Daran ändert nichts, dass der Lebensstandard selbst unter Einbezug der Kredite vor 2010 höher gewesen sein dürfte (vgl. Urk. 2/1, 2; Urk. 36 S. 2). Schon vor diesem Hintergrund erscheint aber genügend plausibel, dass es sich bei den Schul-

den um solche für den gemeinsamen Lebensunterhalt handelt, weshalb die Schulden, welche auch tatsächlich abbezahlt werden, im erweiterten Bedarf des Gesuchstellers zu berücksichtigen sind. Weitere Unterlagen dazu sind (mit dem Erstrichter) entbehrlich.

Im Berufungsverfahren kommt der Gesuchsteller dem bereits vor Vorinstanz gestellten Editionsbegehren der Gesuchsgegnerin indessen gleichwohl teilweise nach, indem er einen Kreditkartenauszug der D. _____ betreffend die Zeit vom 1. Januar 2009 bis 31. Dezember 2011 einreichen lässt (Urk. 34/1). Dazu konnte sich insbesondere die Gesuchstellerin vor Vorinstanz selbstredend noch nicht äussern, weshalb ihre diesbezüglichen neuen Vorbringen - sowie auch jene des Gesuchstellers selbst - zu hören sind (Art. 317 Abs. 1 ZPO), zumal das Obergericht den Gesuchsteller auch zur Edition hätte auffordern können. Kommt er der Aufforderung hingegen selbst nach, darf er nicht schlechter gestellt werden.

Aufgrund dieser Auszüge steht zunächst fest, dass die Gesuchsgegnerin eine Zusatzkarte benutzen konnte, was sie denn schliesslich auch anerkannte (Urk. 34/1 S. 7 ff.; Urk. 36; Urk. 37). Die diesbezüglichen Ausgaben sind allerdings im Verhältnis zu den über die Hauptkarte getätigten in der Tat gering (Urk. 34/1; Urk. 36 S. 2; Urk. 37). Bei den über die Hauptkarte gemachten Auslagen handelt es sich aber nicht um solche exorbitanter Natur, sondern eher alltägliche Kosten. Insbesondere betreffend die vielen Restaurantbesuche lässt sich überdies nicht sagen, wer jeweils dabei war. Ebenso wenig kann einfach geschlossen werden, dass die mit der Karte bei Migros, Coop und Spar getätigten Einkäufe nur für den Gesuchsteller persönlich und nicht für die ganze Familie bestimmt waren. Das Gegenteil liegt hier nahe. Insgesamt vermag der Auszug die nachvollziehbare erstinstanzliche Schlussfolgerung jedenfalls nicht zu widerlegen. Es bleibt daher bei der Berücksichtigung von Fr. 700.- (Fr. 16'700.- : 24 Monate mutmassliche Trennungsdauer) Kreditkartenschulden im Bedarf des Gesuchstellers. Lediglich am Rande sei schliesslich bemerkt, dass die vorderrichterliche Auffassung, wonach die Natur der Schulden sowieso keine Rolle spiele, weil der erweiterte Bedarf der Gesuchsgegnerin ohnehin nahezu gedeckt sei, so nicht geteilt werden kann, weil hier nicht die einstufige Unterhaltsberechnungsmethode angewandt

wurde und daher auch die Gesuchsgegnerin Anspruch auf Überschussbeteiligung hat, solange solches nicht zu einer verpönten Vermögensbildung führt. Zwar können Schuldentilgungen gegenüber Dritten nach Ermessen des Gerichts bei der Überschussaufteilung berücksichtigt werden (ZK-Bräm/Hasenböhler, N 118A Ziff. 9.1.a zu Art. 163 ZGB). Werden Abzahlungen im Rahmen der Überschussaufteilung indessen in vollem Umfang zu Gunsten des Schuldner-Ehegatten berücksichtigt, hat dies den gleichen Effekt wie die Aufnahme einer entsprechenden Position in dessen Bedarf; ein solches Vorgehen, das eine Schmälerung des Überschussanteils der Gesuchsgegnerin zur Folge hat, ist, wie erwähnt, nur dann sachgerecht, wenn das aufgenommene Darlehen den Interessen beider Ehegatten gedient hat, wovon vorliegend denn auch auszugehen ist.

e) Der Vorderrichter berechnete beim Gesuchsteller, ausgehend von seinem tatsächlichen Einkommen von Fr. 6'810.– und dem Steuertarif der Gemeinde Q._____, einen Betrag von rund Fr. 500.– monatlich für die laufenden Steuern (Urk. 26 S. 14; Urk. 23/1). In Anwendung der eingeschränkten Untersuchungsmaxime (Art. 272 ZPO) rechtfertigt es sich jedoch, dem Gesuchsteller, welchem, wie dargetan, zuzumuten ist, eine günstigere Wohnung im Kanton Zürich zu beziehen (vorstehend lit. a), im Gegenzug auch die hier höheren Steuern in Anrechnung zu bringen. Im summarischen Eheschutzverfahren sind die Steuern pflichtgemäss zu schätzen. Gestützt auf die Berechnungen der ersten Instanz (vgl. Urk. 22/1) ist dem Gesuchsteller daher ein Betrag von Fr. 700.– zu veranschlagen.

f) Zusammengefasst beträgt der erweiterte Bedarf des Gesuchstellers somit Fr. 6'118.– (Fr. 2'368.– unbestrittene Posten zuzüglich Fr. 1'810.– Wohnkosten, Fr. 1'040.– für gemeinsame Steuerschulden und Fr. 700.– betreffend Kreditkartenschulden und Fr. 200.– höhere Steuerbelastung im Kanton Zürich).

4. Bedarf Gesuchsgegnerin

a) Der Erstrichter ging von einem erweiterten Bedarf der Gesuchsgegnerin von Fr. 5'516.– aus (Urk. 26 S. 14 f., 30). Neu (vgl. Urk. 9 S. 4-6; Urk. 19 S. 12 f.; Urk. 26 S. 15, 29) wird ein Betrag von Fr. 50.– unter dem Titel "Gesundheitskosten/Selbstbehalt" geltend gemacht. Der Betrag sei ausgewiesen (Urk. 25 S. 8;

Urk. 28/3). Der Gesuchsgegner hält dies für ein unzulässiges Novum. Zudem werde durch die neu eingereichten Unterlagen keineswegs belegt, dass die Gesundheit der Gesuchsgegnerin in irgendeiner Weise angeschlagen sei, welche regelmässig ärztliche Betreuung verlange. Es würden auch keinerlei derartigen Ausführungen gemacht. Die neu eingereichten Belege (unter anderem Behandlung für Akupunktur) sprächen denn auch eher gegen eine regelmässige und vor allem notwendige Behandlung (Urk. 32 S. 8).

Fallen bei einem Ehegatten regelmässig Franchise und Selbstbehalt an, sind diese im familienrechtlichen Existenzminimum des obhutsberechtigten Ehegatten zusätzlich zur KVG-Prämie zu berücksichtigen (BGE 129 III 242). Dass Franchise und Selbstbehalt effektiv anfallen, ist zu belegen. Ausgenommen die Patientenrechnung vom 24. September 2012 über den Betrag von Fr. 240.– für Akupunkturbehandlungen, betreffen die weiteren drei Rechnungen über die von der Gesuchsgegnerin zu tragenden Gesundheitskosten in der Höhe von Fr. 152.– (Rechnung vom 23. April 2012), Fr. 30.35 (Leistungsabrechnung vom 13. Juni 2012) und Fr. 133.– (Leistungsabrechnung vom 20. Juni 2012; Urk. 28/3) die Zeit vor ihrer letzten vorinstanzlichen Stellungnahme vom 2. Juli 2012 (Urk. 19). Sie hätten daher im Rahmen dieser Stellungnahme vor Vorinstanz geltend gemacht werden können und auch müssen. Im Rahmen der Berufung erfolgt dies verspätet (Art. 317 ZPO). Unabhängig davon wäre indessen der von der Gesuchstellerin pauschal geltend gemachte Betrag von Fr. 50.– Gesundheitskosten/Selbstbehalt mangels hinreichender Substantiierung ihrer gesundheitlichen Gebrechen - es ist namentlich nicht ersichtlich, ob sie weiterhin regelmässiger ärztlicher Behandlung bedarf und diese auch notwendig ist - ohnehin nicht zu berücksichtigen.

b) Sodann macht die Gesuchsgegnerin - ohne solches näher zu begründen - einen Betrag von Fr. 500.– für die laufenden Steuern geltend (Urk. 25 S. 7 ff., 12), während die erste Instanz einen solchen von Fr. 308.– veranschlagte (Urk. 26 S. 14), dies zu Recht (vgl. Urk. 22/1).

c) Resümiert bleibt es somit beim vorinstanzlichen Bedarf der Gesuchsgegnerin von Fr. 5'516.–.

5. Unterhaltsberechnung

Einkommen GS	Fr. 6'710
Einkommen GGin	Fr. 5'867
Gesamteinkommen	Fr. 12'577
Bedarf GS	Fr. 6'118
Bedarf GGin	Fr. 5'516
Gesamtbedarf	Fr. 11'634
Überschuss	Fr. 943
2/3 Überschuss	Fr. 628

Weil die Bedarfspositionen des vorehelichen Sohnes der Gesuchsgegnerin M._____ zu Recht und unangefochtenermassen in deren Bedarf berücksichtigt wurden (vgl. Urk. 26 S. 8 f.; Art. 159 Abs. 3 ZGB und Art. 278 Abs. 2 ZGB: eheliche und stiefelterliche Beistandspflicht) und M._____ noch in Ausbildung ist, rechtfertigt es sich, den Freibetrag der Gesuchsgegnerin zu zwei Dritteln zuzuweisen. Daran ändert nichts, dass die Gesuchsgegnerin selbst (in Kenntnis der Rechtsprechung, dass eine 1/ bis 2/3-Teilung bei Kindern üblich ist) von einer hälftigen Überschussaufteilung ausgeht (Urk. 25 S. 12; Urk. 9 S. 9; Urk. 19 S. 14), zumal sie selbst von einem viel höheren Überschuss ausgeht und die Dispositionsmaxime, wie eingangs erwähnt, nur im Ergebnis nicht verletzt werden darf.

Damit resultiert ein monatlicher Unterhaltsbeitrag des Gesuchstellers an die Gesuchsgegnerin über gerundet Fr. 280.– (Fr. 5'516.– Bedarf Gesuchsgegnerin zuzüglich Fr. 628.– Anteil Überschuss minus Fr. 5'867.– Einkommen Gesuchsgegnerin).

Insofern der Gesuchsteller inskünftig mehr als Fr. 6'710.– verdienen sollte, hätte er die Hälfte davon der Gesuchsgegnerin als persönliche Unterhaltsbeiträge zu bezahlen. Im Übrigen darf angesichts des Verschlechterungsverbots (d.h. die Berufungsklägerin darf nicht schlechter gestellt werden als gemäss erstinstanzlichem Entscheid und muss im für sie ungünstigsten Fall einzig mit dessen Bestätigung durch die Berufungsinstanz rechnen) kein maximaler Unterhaltsbeitrag der Gesuchsgegnerin festgelegt werden, wenngleich solches mit Blick auf eine mögliche verpönte Vermögensbildung vorliegend ab einem Freibetragsanteil der Gesuchstellerin von über Fr. 2'000.– angezeigt wäre.

Dieses schon von der ersten Instanz angewandte Vorgehen betreffend die Mehrverdienstklausel, verbunden mit der nicht angefochtenen Informationspflicht des Gesuchstellers, erweist sich angesichts der vorliegenden Verhältnisse im Hinblick auf die absehbare Einkommenssteigerung des Gesuchstellers als zweckmässig. Die Rüge der Gesuchstellerin, sie habe ziffernmässig bestimmte Anträge gestellt und daher auch Anspruch auf ein ziffernmässig bestimmtes Urteil (Urk. 25 S. 3), geht jedenfalls an der Sache vorbei.

In teilweiser Gutheissung der Berufung ist Dispositivziffer 3 des angefochtenen Urteils entsprechend abzuändern.

IV.

1. Erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Gesuchsgegnerin verlangt mit ihrer Berufung explizit auch eine Neuregelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens (Urk. 25 S. 2, Antragziffer 3, 12).

Der Vorderrichter erwog, die Gesuchsgegnerin habe persönliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 3'600.– bzw. Fr. 4'000.– beantragt, während der Gesuchsteller der Gesuchsgegnerin keinerlei Unterhaltsbeiträge habe bezahlen wollen. Beim vorgesehenen Zieleinkommen von Fr. 10'000.– würde der Unterhaltsbeitrag Fr. 1'150.– monatlich betragen. Weil die Gesuchsgegnerin beim vorgesehenen Einkommen lediglich zu knapp einem Drittel obsiege, in den Monaten Februar und März 2012 aber keinerlei Unterhaltsbeiträge zu entrichten seien und es unklar sei, wann das Zieleinkommen effektiv erzielt werde, erscheine es gerechtfertigt, dass der Gesuchsteller die Gerichtskosten zu einem Viertel und die Gesuchsgegnerin zu drei Vierteln trage (Urk. 26 S. 33).

Weil aktuell ab Februar 2012 lediglich geringfügige persönliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 280.– pro Monat zugesprochen werden können und völlig unklar ist, wann der Gesuchsteller mehr verdienen wird und ihm denn auch kein hypothetisches Einkommen angerechnet wird, ist eigentlich von einem massgeblichen

Unterliegen der Gesuchsgegnerin, welche Unterhaltsbeiträge von Fr. 4'000.– pro Monat verlangte, auszugehen. Mit Blick auf das Verbot der reformatio in peius ist indessen gleichwohl die vorinstanzliche Kostenverlegung (1/4 Gesuchsteller und 3/4 Gesuchsgegnerin; Dispositivziffer 6) zu bestätigen.

Dementsprechend schuldet die Gesuchsgegnerin dem Gesuchsteller eine auf die Hälfte reduzierte Prozessentschädigung. Deren Bezifferung mit Fr. 2'700.– zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer durch die Vorinstanz (Urk. 26 S. 34 f., Dispositivziffer 7) blieb unangefochten und ist daher zu bestätigen.

2. Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens

2.1. Für das zweitinstanzliche Verfahren rechtfertigt sich in Anwendung von § 2 lit. a, c und d sowie § 12 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 und § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 2 lit. b und § 8 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) eine pauschale Entscheidgebühr von Fr. 3'000.–.

Die Prozesskosten werden grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Im Berufungsverfahren waren die persönlichen Unterhaltsbeiträge der Gesuchsgegnerin sowie die erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen strittig, wobei letzteres aufwandsmässig kaum ins Gewicht fällt. Die Gesuchsgegnerin verlangt im Berufungsverfahren seit der Trennung (1. Februar 2012) monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'381.–, ab 1. April 2013 solche von Fr. 2'381.– (Urk. 25 S. 1). Der Gesuchsteller lässt auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Entscheides (mithin gegenwärtig keine bezifferten Unterhaltsbeiträge) antragen (Urk. 32 S. 2).

In Anbetracht des vorliegenden Entscheides und ausgehend von einer zweijährigen Geltungsdauer dieser Regelung unterliegt die Gesuchsgegnerin zu 85 % und der Gesuchsteller zu 15 %. Entsprechend sind die Kosten zu verlegen. Sie sind aus dem Kostenvorschuss der Gesuchsgegnerin (Fr. 3'000.–; Urk. 39) zu beziehen, unter entsprechender Erstattungspflicht des Gesuchstellers.

2.2. Die Parteientschädigung wird gemäss Art. 105 Abs. 2 ZPO vom Gericht nach den Tarifen gemäss Art. 96 ZPO zugesprochen und den Parteien in Anwendung von Art. 106 Abs. 2 ZPO auferlegt.

Die für die Festsetzung der Parteientschädigung massgeblichen Normen finden sich in der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV). Die volle Prozessentschädigung ist in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 3, § 9, § 11 und § 13 AnwGebV auf Fr. 2'000.– festzusetzen und die Gesuchsgegnerin in Anbetracht des Verfahrensausgangs zu verpflichten, dem Gesuchsteller eine (auf 70 % reduzierte) Prozessentschädigung von Fr. 1'400.– zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer (vgl. Urk. 32 S. 2) zu bezahlen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass die Dispositivziffern 1, 2, 4 und 5 des Urteils des Einzelrichters der 5. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich vom 9. Oktober 2012 rechtskräftig sind.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin für sich persönlich ab 1. Februar 2012 Unterhaltsbeiträge von Fr. 280.– zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus, jeweils auf den ersten eines jeden Monats.
Zudem wird er verpflichtet, der Gesuchsgegnerin im Sinne eines Unterhaltsbeitrages die Hälfte seines Fr. 6'710.– übersteigenden monatlichen Nettoeinkommens zu bezahlen.
2. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden zu 1/4 dem Gesuchsteller und zu 3/4 der Gesuchsgegnerin auferlegt.

3. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, dem Gesuchsteller für das erstinstanzliche Verfahren eine auf die Hälfte reduzierte Prozessentschädigung in der Höhe von Fr. 2'916.– zu bezahlen.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchsgegnerin zu 85 % und dem Gesuchsteller zu 15 % auferlegt und mit dem Kostenvorschuss der Gesuchsgegnerin verrechnet. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin den geleisteten Vorschuss im Umfang von 15 % (Fr. 450.–) zu ersetzen.
6. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, dem Gesuchsteller für das Berufungsverfahren eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 1'512.– zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie den Einzelrichter der 5. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

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

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 18. April 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. M. Reuss Valentini

versandt am:
se