

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE130013-O/U

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Dr. G. Pfister und
Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. J. Freiburghaus

Beschluss und Urteil vom 7. Juni 2013

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz (Unterhaltsbeiträge)**

Berufung gegen eine Verfügung und ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 18. Januar 2013 (EE120052-G)

Rechtsbegehren und Anträge:

A. Rechtsbegehren:

I. Der Gesuchstellerin (act. 1):

" 1. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass die Parteien seit dem 1. Juli 2011 getrennt leben;

2. Es seien die Kinder C._____, geboren tt.mm.2004, D._____, geboren tt.mm.2006, und E._____, geboren tt.mm.2007, unter die Obhut der Klägerin zu stellen;
3. Dem Beklagten sei ein gerichtsbliches Besuchs- und Ferienrecht einzuräumen;
4. Es seien angemessene, monatliche Unterhaltsbeiträge an die Klägerin und die Kinder rückwirkend ab dem 1. Juni 2011 festzulegen;
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten."

II. Des Gesuchsgegners (act. 10):

- " 1. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass die Parteien seit dem 1. Juli 2011 getrennt leben.
2. Es seien die Kinder C._____, geb. tt.mm.2004, D._____, geb. tt.mm.2006, und E._____, geb. tt.mm.2007, für die weitere Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut des Gesuchsgegners zu stellen.
3. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass die Parteien das Besuchsrecht nach Absprache regeln. Für den Streitfall sei der Gesuchstellerin folgendes Besuchsrecht einzuräumen:
 - an jedem Wochenende einer geraden Kalenderwoche von Freitagnachmittag nach Schulschluss bis Montagmorgen vor Schulbeginn, wobei die Gesuchstellerin zu verpflichten sei, die Kinder am Montagmorgen zur Schule bzw. in den Kindergarten zu bringen;
 - wöchentlich jeweils am Dienstagabend ab 19 Uhr bis Mittwochmorgen vor Schulbeginn, wobei die Gesuchstellerin zu verpflichten sei, die Kinder zur Schule bzw. in den Kindergarten zu bringen;
 - in den ungeraden Kalenderwochen von Freitagabend, 19 Uhr, bis Samstagmorgen, 12 Uhr;
 - in Jahren mit gerader Jahreszahl über Ostern (Gründonnerstag nach Schulschluss bis Ostermontagabend) und während der Weihnachtsfeiertage in der zweiten Woche der Weihnachtsschulferien sowie in Jahren mit ungerader Jahreszahl über Pfingsten (Freitagabend vor Pfingsten bis Pfingstmontagabend);
 - während 7 Wochen Ferien nach Absprache pro Kalenderjahr in den Schulferien.

- 3.1. Eventualiter, sofern die Obhut über die gemeinsamen Kinder der Gesuchstellerin zugeteilt würde, sei dem Gesuchsgegner ein Besuchsrecht im Umfang gemäss Antrag Ziffer 3. zuzusprechen, wobei das Besuchsrecht über Weihnachten auf die erste Schulferien[woche?] festgelegt [werden] soll und ein Ferienrecht von nur 4 statt 7 Wochen pro Jahr für den Streitfall festgelegt werden soll.
4. Es sei der Gesuchstellerin persönlich für den Fall der Zuweisung der Obhut über die Kinder an den Gesuchsgegner ein monatlicher Unterhaltsbeitrag von maximal CHF 2'600.00 zuzusprechen, zahlbar bis längstens Ende Dezember 2012.

Der Gesuchsgegner behält sich vor, den Antrag gemäss Art. 85 Abs. 2 ZPO und Art. 227 Abs. 3 ZGB [recte: ZPO] nach Auskunftserteilung durch die Gesuchstellerin in der persönlichen Befragung zu ihrem Einkommen bzw. spätestens nach Abschluss des Beweisverfahrens zu ändern.
5. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass der Gesuchsgegner bei Zuteilung der Obhut über die Kinder an ihn, auf die Zahlung von Kinderunterhaltsbeiträgen durch die Gesuchstellerin verzichtet.
- 5.1. Eventualiter, falls die Obhut über die gemeinsamen Kinder der Gesuchstellerin zugeteilt wird, sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von CHF 6'000.00 zu bezahlen, wovon CHF 1'200.00 pro Kind und 2'400.00 für die Gesuchstellerin persönlich, zahlbar rückwirkend ab 1. Juli 2012 für die weitere Dauer des Getrenntlebens.

Es sei diesfalls davon Vormerk zu nehmen, dass der Gesuchsteller [recte: Gesuchsgegner] sich verpflichtet, zusätzlich zum Barunterhaltsbeitrag an die Kinder die Kosten für die Krankenkasse und Unfallversicherung der Kinder sowie alle Kosten der Hobbies der Kinder direkt zu bezahlen.
6. Es sei der Gesuchsgegner für berechtigt zu erklären, die seit 1. Juli 2012 akonto an die Gesuchstellerin und die Kinder geleisteten Unterhaltszahlungen sowie die direkt von ihm an Dritte für die Kinder geleisteten Zahlungen für Unfallversicherung und Hobbykosten C. _____ (Jahresbeitrag Hockey 2012/2013, Sommer-Hockeylager, Materialkästlimiete) von den vom Gericht festzulegenden Unterhaltsbeiträgen in Abzug bzw. in Anrechnung zu bringen.
7. Es seien die Anträge der Gesuchstellerin gemäss den Ziffern 1 bis 5 der schriftlichen Eingabe vom 19. Juni 2012 vollumfänglich abzuweisen, soweit sie den eigenen Anträgen des Gesuchsgegners widersprechen bzw. darüber hinausgehen.
8. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MWST zu Lasten der Gesuchstellerin."

B. Prozessuale Anträge:

I. Der Gesuchstellerin (act. 1):

"Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin einen Prozesskostenvorschuss für die Anwalts- und Gerichtskosten von einstweilen CHF 7000.-- zu bezahlen."

II. Des Gesuchsgegners (act. 10):

" Der Gesuchsgegner beantragt die Abweisung des Antrages auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses für Anwalts- und Gerichtskosten im Umfang von CHF 7'000.00;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MWST zulasten der Gesuchstellerin."

Verfügung und Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 18. Januar 2013:

1. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Parteien das Getrenntleben auf unbestimmte Zeit vereinbart haben und seit dem 1. Juli 2011 getrennt leben.
2. Die Kinder der Parteien, C._____, geboren tt.mm.2004, D._____, geboren tt.mm.2006, und E._____, geboren tt.mm.2007, werden für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Gesuchstellerin gestellt.
3. Die Teilvereinbarung der Parteien vom 24. September 2012 wird – was die restlichen Kinderbelange anbetrifft – genehmigt.
4. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für sich persönlich monatliche Unterhaltsbeiträge von CHF 6'630.– zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus, je auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals per 1. Juli 2012.
5. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin an den Unterhalt der drei Kinder der Parteien monatliche Beiträge von je CHF 1'500.-- zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus, je auf den Ersten eines jeden Monats,

erstmals per 1. Juli 2012, zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Familien- oder Ausbildungszulagen.

6. Die restlichen Begehren und Anträge der Parteien werden abgewiesen.
7. Dem Gesuchsgegner läuft eine Frist von 7 Tagen ab Zustellung dieses Entscheids, um sich dem Einzelgericht gegenüber darüber auszusprechen, ob seine in seiner Stellungnahme vom 23. Juli 2011 [recte: 2012] (act. 10, S. 40) zum Erwerbseinkommen der Gesuchstellerin gemachten Äusserungen als Selbstanzeige hinsichtlich eines Steuerdelikts aufzufassen sind. Bei Säumnis wird das Verfahren insofern ohne die versäumte Eingabe weitergeführt (Art. 147 Abs. 2 ZPO)
8. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf CHF 10'000.–.
9. Die Gerichtskosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
10. Die Gerichtskosten werden – soweit ausreichend – mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss von CHF 6'000.– verrechnet, sie sind der Gesuchstellerin vom Gesuchsgegner jedoch im Betrag von CHF 3'000.– zu ersetzen.
11. Die Parteientschädigungen werden wettgeschlagen.
12. (Mitteilungssatz)
13. (Rechtsmittelbelehrung)

Berufungsanträge:

des Gesuchsgegners (Urk. 41 S. 2 f.):

- "1. Es sei Dispositiv-Ziffer 4 des angefochtenen Entscheides aufzuheben und es sei der Berufungskläger und Gesuchsgegner zu verpflichten, der Berufungsbeklagten und Gesuchstellerin für sich persönlich monatliche Unterhaltsbeiträge von CHF 5'578.00 zu bezahlen, zahlbar mo-

natlich im Voraus, je auf den Ersten jeden Monats, erstmals per 1. Juli 2012.

2. Es sei Dispositiv-Ziffer 5 des angefochtenen Entscheides aufzuheben und es sei der Berufungskläger und Gesuchsgegner zu verpflichten, der Berufungsbeklagten an den Unterhalt der drei gemeinsamen Kinder monatliche Beträge von je CHF 1'200.– zu bezahlen, monatlich im Voraus, je auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals per 1. Juli 2012, zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Familien- oder Ausbildungszulagen.
3. Es sei Dispositiv-Ziffer 6 des angefochtenen Entscheides insoweit aufzuheben als damit der Antrag des Berufungsklägers und Gesuchsgegners Ziffer 6 gemäss Stellungnahme vom 23. Juli 2012 (Urk. I/10) bzw. Ziffer 6 der Novenstellungnahme vom 14. Januar 2013 (Urk. I/36) abgewiesen wurde und es sei der Berufungskläger und Gesuchsgegner für berechtigt zu erklären, die seit 1. Juli 2012 akonto Unterhalt an die Berufungsbeklagte und Gesuchstellerin und die Kinder geleisteten Unterhaltszahlungen sowie die folgenden, direkt von ihm an Dritte für die Zeit ab 1. Juli 2012 bereits an Dritte für die Kinder geleisteten Zahlungen von total CHF 10'289.30 für Unfallversicherung, Hobbykosten C. _____ und D. _____ und Krankenkassenprämien (für 2013) gemäss folgender detaillierter Aufzählung von den vom Gericht festzulegenden Unterhaltsbeiträgen ab 1. Juli 2012 in Abzug bzw. in Anrechnung zu bringen:
 - Unfallversicherung ... für C. _____ (Periode 1.6.12 – 31.5.13) im Betrag von CHF 243.55;
 - Unfallversicherung ... für D. _____ (Periode 1.2.13 – 31.1.14) im Betrag von CHF 177.40;
 - Unfallversicherung ... für E. _____ (Periode 1.12.12 – 30.11.13) im Betrag von CHF 243.55;
 - Jahresbeitrag Eishockey 2012/2013 für C. _____ im Betrag von CHF 655.00;
 - Hockeylager in ... Sommer 2012 im Betrag von CHF 546.00;
 - Miete Materialkästli C. _____ für Eishockey im Betrag von CHF 80.00;
 - Beitrag Eishockey-Herbstlager 2012 im Betrag von CHF 600.00;
 - Jahresbeitrag Fussballclub C. _____ 2012/2013 im Betrag von CHF 250.00;
 - Kosten Malkurse D. _____ (3 Rechnungen 1.9./5.11./3.12.12) im Betrag von total CHF 820.00
 - F. _____ Krankenkasse (Grundversicherung ambulant Zusatz) für C. _____, D. _____ und E. _____ (1.1.13 – 31.12.13) im Betrag von total CHF 6'673.80.

4. Es sei Dispositiv-Ziffer 7 der Verfügung vom 18. Januar 2012 [recte: 2013] ersatzlos aufzuheben.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MWST zulasten der Berufungsbeklagten und Gesuchstellerin."

der Gesuchstellerin (Urk. 48 S. 2):

"Es sei die Berufung abzuweisen;

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MwSt. von 8 % zulasten des Gesuchstellers und Berufungsklägers."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien standen seit dem 21. Juni 2012 vor Vorinstanz in einem Eheschutzverfahren (Urk. 1). Anlässlich der Vergleichsverhandlung vom 24. September 2012 schlossen die Parteien eine Teilvereinbarung über die Obhutszuteilung und das Besuchsrecht (Urk. 15). Mit Entscheid vom 18. Januar 2013 genehmigte die Vorinstanz die vorgenannte Teilvereinbarung der Parteien und fällte über die strittig gebliebenen Nebenfolgen des Getrenntlebens einen Entscheid (Urk. 42).

2. Hiergegen erhob der Gesuchsgegner und Berufungskläger (nachfolgend Gesuchsgegner) mit Eingabe vom 8. Februar 2013 (Urk. 41) innert Frist Berufung, wobei er oben angeführte Anträge stellte. Nachdem der Gesuchsgegner den ihm auferlegten Kostenvorschuss innert Frist geleistet hatte (vgl. Urk. 46), wurde der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (nachfolgend Gesuchstellerin) mit Verfügung vom 4. März 2013 Frist zur Beantwortung der Berufung angesetzt (Urk. 47), welche diese mit Eingabe vom 18. März 2013 innert Frist erstattete, wobei sie auf Abweisung der Berufung unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Gesuchsgegners schloss (Urk. 48). Die Berufungsantwort wurde

dem Gesuchsgegner mit Verfügung vom 21. März 2013 zur Kenntnisnahme zugestellt (vgl. Urk. 52).

3. Die Dispositiv-Ziffern 1, 2, 3 und 8-11 des vorinstanzlichen Entscheides blieben unangefochten, weshalb diese in Rechtskraft erwachsen sind, wovon Vorwerk zu nehmen ist.

II.

A. Vorbemerkungen

1. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bilden im Wesentlichen die Kinder- und Ehegattenunterhaltsbeiträge. In diesem Zusammenhang ist zudem der Umfang bereits bezahlter Unterhaltsbeiträge strittig.

2. Gemäss Art. 272 ZPO gilt in eherechtlichen Summarverfahren der Untersuchungsgrundsatz. Dies bedeutet, dass das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt und nicht an die Parteivorbringen gebunden ist. Betreffend die Bindung an die Parteianträge gilt für die Belange der Ehegatten untereinander die Dispositionsmaxime (Stefanie Pfänder Baumann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 272 N 2 f., Art. 58 Abs. 1 ZPO). In Kinderbelangen und somit auch hinsichtlich des Kindesunterhaltes gelten demgegenüber die Official- und die Untersuchungsmaxime (Art. 296 Abs. 1 ZPO). Da sowohl die Frage des Einkommens der Parteien wie auch diejenige des Bedarfs die gesamte Unterhaltsbemessung und damit auch die Kinderunterhaltsbeiträge betreffen, sind auf diese Fragen vorliegend grundsätzlich die Official- und die Untersuchungsmaxime anzuwenden.

3. 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 den Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterste-

hen, 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 eine solche analoge Anwendung abgelehnt und festgehalten, dass einzig Art. 317 Abs. 1 ZPO massgeblich sei (BGE 138 III 626 f. E 2.2). Auch in den Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen, ist deshalb Art. 317 Abs. 1 ZPO zu beachten. Dies gilt auch bei Verfahren in Kinderbelangen, in denen gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO der Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen ist. Unechte Noven können daher grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden, es sei denn, eine Partei rüge, die Vorinstanz habe eine bestimmte Tatsache in Verletzung der Untersuchungsmaxime nicht beachtet (F. Hohl, Procédure civile, Tome II, Deuxième Edition, Rz. 2414 f.). Solche unechten Noven sind im Sinne von Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO ohne Verzug, d.h. mit der Berufungsbegründung bzw. der Berufungsantwort vorzubringen. Nach Berufungsbegründung und -antwort können nur noch echte Noven vorgebracht werden. Nach Abschluss der Parteivorträge können keine neuen Behauptungen mehr aufgestellt werden. Dies gilt auch für Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen (BGE 138 III 788 E 4.2; F. Hohl, a.a.O., Rz 1172).

4. Auf die Parteivorbringen ist im Folgenden insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist.

B. Unterhaltsbeiträge

1. Im vorliegenden Berufungsverfahren ist wie erwähnt im Wesentlichen die Höhe der Ehegatten- und Kinderunterhaltsbeiträge ab 1. Juli 2012 strittig (vgl. Urk. 41 S. 2 und Urk. 48 S. 2). Dabei ist der Bedarf des Gesuchsgegners (Erw. 2) sowie dessen Einkommen (Erw. 3) umstritten.

2. Bedarf Gesuchsgegner

2.1. Hinsichtlich der Bedarfsrechnung des Gesuchsgegners ist einzig die Position "Wohnkosten" umstritten. Die übrigen Positionen sind unangefochten und plausibel.

2.2. Der Gesuchsgegner hat vor Vorinstanz Mietzinskosten von Fr. 3'400.– und Nebenkosten von Fr. 500.– geltend gemacht, welche er auch belegt hat (Urk. 12/2). Er lebt in der ehemals ehelichen Liegenschaft, aus welcher er nach der Trennung bis zum Bezugstermin der neuen Wohnung der Gesuchstellerin vorübergehend ausgezogen war (Urk. 41 S. 6).

Die Vorinstanz berücksichtigte im Bedarf des Gesuchsgegners Wohnkosten von Fr. 2'300.– pro Monat. Sie begründete dies damit, dass sich die vom Gesuchsgegner geltend gemachten Wohnkosten – insbesondere vor dem Hintergrund der Zuweisung der Obhut über die Kinder an die Gesuchstellerin – als unangemessen erweisen würden. Nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz rechtfertige sich die Anrechnung von Wohnkosten in der Höhe von Fr. 2'300.–. Allfällige Mehrkosten seien aus dem Freibetrag zu begleichen (Urk. 42 S. 12).

2.3. Der Gesuchsgegner beantragt berufsungsweise die Berücksichtigung von Wohnkosten von insgesamt Fr. 3'400.–. Er macht geltend, dass die Vorgehensweise der Vorinstanz die Dispositionsmaxime verletze, nachdem die Parteien in der aussergerichtlichen Vereinbarung vom 20. Juni 2011 vereinbart hätten, dass der Gesuchsgegner in der ehelichen Wohnung verbleiben könne. Die Höhe der Mieten beider Wohnungen seien den Parteien damals bekannt gewesen (Urk. 12/3). Von einer unangemessenen Verteilung der Mietkosten könne unter Berücksichtigung der Gesamtumstände keine Rede sein. Die Gesuchstellerin habe weder im Eheschutzbegehren noch in ihrer Novenstellungnahme geltend gemacht, dass der Gesuchsgegner aus der ehelichen Wohnung ausziehen müsse. Indem im Bedarf des Gesuchsgegners lediglich Wohnkosten von Fr. 2'300.– berücksichtigt worden seien, werde er gezwungen, in eine günstigere Wohnung zu ziehen oder seinen Freibetrag für die Miete zu verwenden, was eine krasse Ungleichbehandlung der Parteien darstelle. Solange die Kosten beider Haushalte mit dem Familieneinkommen gedeckt werden könnten, könne ein Ehegatte nicht gezwungen werden, die eheliche Wohnung zu verlassen (Urk. 41 S. 7 ff.).

Im Eventualstandpunkt macht der Gesuchsgegner geltend, dass die rückwirkende Reduktion der Miete ab 1. Juli 2012 aufgehoben werden müsse, sollte die Nichtberücksichtigung der vollen Wohnkosten im Bedarf des Gesuchsgegners zulässig sein. Die Anrechnung eines hypothetisch tieferen Mietzinses sei – in Analogie zur

Anrechnung eines hypothetischen Einkommens – für die Vergangenheit nicht zulässig. Die Vorinstanz hätte dem Gesuchsgegner ab Urteilszeitpunkt eine angemessene Übergangsfrist einräumen müssen, damit er sich hätte entscheiden können, ob er umziehen oder die Einschränkung seines Freibetrags akzeptieren möchte (Urk. 41 S. 9 f.).

2.4. Die Gesuchstellerin stellt sich auf den Standpunkt, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung der Ehegatten verletzt würde, wenn einem alleinstehenden Familienvater, welcher die Kinder jedes zweite Wochenende bei sich zu Besuch habe, in der Bedarfsberechnung ein höherer Mietzins zugestanden würde als einer Mutter mit drei Kindern. Sowohl beim Mietzins ihrer Wohnung von Fr. 2'300.– als auch bei demjenigen des Gesuchsgegners von Fr. 3'400.– handle es sich um eine Vorzugsmiete. Dass die Vorinstanz unter diesen Umständen beiden Parteien denselben Mietzins angerechnet habe, komme dem Gesuchsgegner sogar noch zugute, wäre es doch gerechtfertigt gewesen, dem Gesuchsgegner einen tieferen Mietzins als ihr anzurechnen (Urk. 48 S. 4 ff.).

2.5. Bei finanziell sehr guten Verhältnissen ist grundsätzlich auf die tatsächlichen Wohnkosten abzustellen, da beide Parteien Anspruch auf Weiterführung des bisherigen Lebensstandards haben. Läuft die vollumfängliche Berücksichtigung der Wohnkosten allerdings auf eine Erhöhung der Lebenshaltung hinaus, weil der gleiche Raum für weniger Personen in Anspruch genommen wird, ist dies mit einem Abzug bei den Wohnkosten zu berücksichtigen (Urteil des Bundesgerichts 5P.138/2001 vom 10. Juli 2001 E. 2b).

2.6. a) Zunächst ist festzuhalten, dass das Vorbringen des Gesuchsgegners, wonach die Berücksichtigung von Wohnkosten in der Höhe von lediglich Fr. 2'300.– im Bedarf des Gesuchsgegners die Dispositionsmaxime verletzte, fehlt. Wie in Erw. II.A.2. festgehalten wurde, betrifft die Bedarfsberechnung der Parteien auch die Kinderunterhaltsbeiträge, weshalb darauf grundsätzlich die Offizial- und die Untersuchungsmaxime anzuwenden ist. Ohnehin kann eine Verletzung der Dispositionsmaxime nicht mit einer vor Anrufung des Eheschutzgerichts geschlossenen aussergerichtlichen Vereinbarung begründet werden, nachdem

mit Einreichung des Eheschutzgesuches die private Vereinbarung der Parteien dahingefallen ist.

b) Die Parteien haben vor Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes zu fünf in der ehelichen Wohnung gelebt. Wenn der Gesuchsgegner die eheliche Wohnung nunmehr für sich allein beansprucht, resultiert daraus eine Erhöhung der Lebenshaltung, weil der gleiche Raum nur noch von einer Person und nicht mehr von fünf Personen in Anspruch genommen wird. Deshalb kann der Gesuchsgegner nicht die gesamten Wohnkosten für die eheliche Liegenschaft für sich beanspruchen. Unter Berücksichtigung dieses Umstandes erscheinen die vom Gesuchsgegner geltend gemachten Wohnkosten von Fr. 3'400.– als übersetzt. Indem die Vorinstanz die dem Gesuchsgegner anzurechnenden Wohnkosten auf Fr. 2'300.– gesenkt hat, hat sie dem unter den Ehegatten herrschenden Gleichbehandlungsgrundsatz Rechnung getragen.

c) Erscheinen die effektiven Wohnkosten übersetzt, so ist der in der Bedarfsberechnung eines Ehegatten zu berücksichtigende Betrag auf den nächsten Kündigungstermin hin auf ein Normalmass herabzusetzen (BGE 129 III 625; BGE 116 III 15 E. 2d). Keine Umstellungsfrist ist einem Ehegatten einzuräumen, wenn er nach Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes eine offensichtlich zu teure Wohnung mietet (Six, Eheschutz, Ein Handbuch für die Praxis, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 70).

Vorliegend ist der Gesuchsgegner nach der Trennung nicht in eine teure Wohnung gezogen, sondern er ist in der ehelichen Liegenschaft verblieben, weshalb nach dem soeben Ausgeführten nicht von einer Umstellungsfrist abzusehen ist. Zwar resultiert – wie nachfolgend zu zeigen sein wird – bei der Bedarfsberechnung ein Freibetrag, mit welchem der Gesuchsgegner die gesamten tatsächlichen Wohnkosten von Fr. 3'400.– begleichen könnte, doch rechtfertigt dies noch nicht die sofortige Anrechnung von tieferen Wohnkosten. Aus dem Mietvertrag betreffend die eheliche Wohnung gehen weder die Kündigungsfristen noch die Kündigungstermine hervor, weshalb auf die gesetzliche Regelung abzustellen ist. Gemäss Art. 266c OR können die Parteien mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten auf einen ortsüblichen Termin (Ende März, Ende Juni, Ende September) kün-

digen. Entsprechend ist dem Gesuchsgegner eine (Kündigungs-)Frist zur Senkung der überhöhten Mietzinskosten bis Ende September 2013 einzuräumen.

2.7. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass dem Gesuchsgegner bis Ende September 2013 Wohnkosten von Fr. 3'400.– und ab 1. Oktober 2013 solche von Fr. 2'300.– anzurechnen sind. Nachdem die übrigen Bedarfspositionen – wie erwähnt – unbestritten geblieben sind, ist seitens des Gesuchsgegners bis 30. September 2013 von einem erweiterten Notbedarf von Fr. 7'152.– und ab 1. Oktober 2013 von einem solchen von Fr. 6'052.– auszugehen.

3. Einkommen Gesuchsgegner

3.1. Die Vorinstanz rechnete dem Gesuchsgegner gestützt auf die Zusammenstellung der Überweisungen der "G. _____ AG" (nachfolgend "G. _____"), bei welcher der Gesuchsgegner auf Mandatsbasis tätig ist, ein Bruttoeinkommen von monatlich Fr. 22'032.– an (Urk. 20/4). Die Entschädigung aus dem Mandatsvertrag hat er unbestrittenermassen zunächst über seine frühere Einzelfirma AA. _____ und hernach über die im Februar 2012 gegründete H. _____ GmbH vereinnahmt. Vom Bruttoertrag von Fr. 22'032.– brachte die Vorinstanz gestützt auf die Erfolgsrechnung der Einzelfirma AA. _____ des Jahres 2011 (Urk. 12/4) folgende Aufwandpositionen in Abzug:

Bruttoeinnahmen		CHF 22'032.--
MWST	./.	CHF 1'353.--
AHV	./.	CHF 1'672.--
Telefon	./.	CHF 103.--
Post, Büromaterial, Beiträge	./.	CHF 30.--
Treuhand	./.	CHF 269.--
Reisespesen	./.	CHF 3.--
Berufsbekleidung	./.	CHF 202.--
Repräsentation, Kundengeschenke	./.	CHF 246.--
Verzugszinsen	./.	<u>CHF 12.--</u>
Total (netto)		CHF 18'142.--

3.2. Mit Eingabe vom 5. November 2012 hat der Gesuchsgegner vor Vorinstanz zusätzliche Unterlagen (Urk. 25/1-7) eingereicht, mit welchen er diverse sein Einkommen schmälernde Ausgaben geltend gemacht hat. Der Gesuchsgegner rügt in seiner Berufung, dass die Vorinstanz diese Unterlagen nicht berücksichtigt habe, was eine Verletzung des unbeschränkten Novenrechts gemäss Art. 229 Abs. 3 ZPO darstellen würde (Urk. 41 S. 11).

3.3. Die Vorinstanz hat diesbezüglich zwar erwogen, dass die Einführung von neuem Prozessstoff gestützt auf den in Art. 272 ZPO statuierten Untersuchungsgrundsatz zwar jederzeit möglich sei, nach Auffassung der Vorinstanz kann dies indes nicht der Fall sein, da ansonsten die Säumnisfolgen von Art. 219 i.V.m. Art. 234 ZPO zu Makulatur verkämen und das auf lediglich zwei Vorträgen basierende summarische Verfahren zur Farce würde (Urk. 42 S. 22). Trotzdem hat die Vorinstanz mit Verfügung vom 19. November 2012 die fragliche Eingabe samt Belegen der Gegenpartei zur Stellungnahme zugestellt und sich mit den einzelnen zusätzlich geltend gemachten Aufwandpositionen in der Urteilsbegründung eingehend auseinandergesetzt, jedoch allesamt als nicht abzugsfähig erachtet. Damit kann der Vorinstanz – entgegen dem gesuchsgegnerischen Vorbringen (vgl. Urk. 41 S. 11) – keine Verletzung von Art. 229 Abs. 3 ZPO vorgeworfen werden. Auf die mit Eingabe vom 5. November 2012 geltend gemachten Aufwandpositionen ist im Folgenden im Einzelnen einzugehen.

3.4. a) Versicherungskosten für zwei Fahrzeuge

Die Vorinstanz erachtete die geltend gemachten Versicherungskosten aus folgenden Gründen als nicht abzugsfähig: Der Gesuchsgegner habe einerseits lediglich einen "Antrag Motorradversicherung" der "I._____" vom 26. Oktober 2012 (Urk. 25/1) eingereicht. Andererseits sei der Gesuchsgegner eine Erklärung dafür schuldig geblieben, weshalb in der Erfolgsrechnung der Einzelfirma AA._____ keine Versicherungsprämien für den Geschäftswagen aufgeführt seien und solche nun neu anfallen sollen bzw. um was für eine *Versicherungsänderung* es sich handeln soll (Urk. 42 S. 23).

Der Gesuchsgegner macht berufungsweise geltend, es sei gerichtsnotorisch, dass für den Betrieb eines Fahrzeugs Versicherungskosten anfallen würden. Aus dem Mandatsvertrag mit der G._____ (Urk. 20/1) gehe hervor, dass er die Versicherungskosten selbst zu tragen habe. Offenbar seien in der Erfolgsrechnung 2011 die Versicherungskosten vergessen worden (Urk. 41 S.17).

Nachdem auch mit der Berufungsbegründung kein abgeschlossener Versicherungsvertrag eingereicht wurde, ist zweifelhaft, ob der fragliche Antrag betreffend Versicherungsänderung überhaupt zum Abschluss gelangt ist. Dass zuvor bereits ein Versicherungsvertrag bestanden hat, wurde nicht glaubhaft gemacht, wäre doch zu erwarten gewesen, dass in diesem Fall der ursprüngliche Vertrag vom Gesuchsgegner eingereicht worden wäre. Vor diesem Hintergrund ist auch das Vorbringen, wonach die Versicherungskosten in der Erfolgsrechnung 2011 vergessen worden seien, wenig glaubhaft. Dem Gesuchsgegner gelingt es damit nicht, glaubhaft zu machen, dass ihm in der Vergangenheit Autoversicherungskosten angefallen sind oder solche neu anfallen. Entsprechend erweist sich diese Position als nicht abzugsfähig.

b) Versicherungskosten BVG

Die Vorinstanz führte hinsichtlich der vom Gesuchsgegner geltend gemachten BVG-Versicherungskosten aus, dass diese nicht zum bisherigen Lebensstandard der Parteien gehören würden, nachdem aus dem Schreiben der J._____ vom 10. Juli 2012 betreffend BVG-Anschluss der H._____ GmbH (Urk. 25/2) hervorgehe, dass für den Gesuchsgegner erstmals per 1. Februar 2012 monatlich Fr. 983.10 (Arbeitnehmer und Arbeitgeber) als Aufwand bei der H._____ GmbH angefallen seien (Urk. 24 S. 2).

Der Gesuchsgegner macht berufungsweise geltend, dass es vor der Gründung der H._____ GmbH im Februar 2012 schwierig und aufwändig gewesen wäre, eine BVG-Versicherung abzuschliessen. Ausserdem wäre dies aufgrund der vorerst auf ein Jahr befristeten Mandatsdauer nicht sinnvoll gewesen. Vor dem Hintergrund, dass der Gesuchsgegner während der Ehedauer – mit Ausnahme der Zeit der Arbeitslosigkeit – immer über eine berufliche Vorsorge verfügt habe,

gehöre die BVG-Versicherung entgegen den Ausführungen der Vorinstanz zum ehelichen Standard (Urk. 41 S. 19 f.).

Die Gesuchstellerin stellt sich auf den Standpunkt, dass der Gesuchsgegner die BVG-Versicherung nur mit der Motivation abgeschlossen habe, im Laufe des Eheschutzverfahrens seine Bedarfspositionen aufzustocken (Urk. 48 S. 10).

Die H._____ GmbH wurde im Februar 2012 gegründet und am 13. Februar 2012 ins Handelsregister eingetragen (Urk. 12/5). Vor dem Hintergrund, dass das Auftragsverhältnis des Gesuchsgegners mit der G._____ zunächst bis 30. April 2012 befristet war, ist es nachvollziehbar, dass er vorerst darauf verzichtet hatte, sich einer BVG-Versicherung anzuschliessen. Da der Gesuchsgegner in der Vergangenheit bis auf die Phase seiner Arbeitslosigkeit unbestrittenermassen immer über eine berufliche Vorsorge verfügt hat, sind die BVG-Versicherungskosten von Fr. 983.10 als zum ehelichen Standard gehörend zu qualifizieren, weshalb dem Gesuchsgegner nicht vorgeworfen werden kann, er habe seine Aufwandpositionen nur im Hinblick auf das Eheschutzverfahren erhöht. Die BVG-Versicherungskosten sind deshalb vom Bruttoeinkommen in Abzug zu bringen.

c) Leasingkosten

Mit Bezug auf die vom Gesuchsgegner geltend gemachten Leasingkosten in der Höhe von monatlich Fr. 480.– führte die Vorinstanz aus, dass in den Gutschriftsanzeigen für die Monate Juli 2011 bis April 2012 betreffend das dem Gesuchsgegner von der G._____ überwiesene Honorar Abzüge (Urk. 20/4) für die Leasingkosten, welche der er gemäss der Anpassung "Car Allowance" vom 16. August 2011 zur Hälfte selbst zu tragen habe, zu finden seien. Hingegen würden sich in den Gutschriftsanzeigen der Monate Juli und August 2012 keine Abzüge mehr finden. Daraus könne geschlossen werden, dass die entsprechenden Leasingkosten entweder nicht mehr angefallen seien oder ab diesem Zeitpunkt gänzlich von der G._____ übernommen worden seien (Urk. 42 S. 24).

Der Gesuchsgegner stellt sich auf den Standpunkt, dass der Einwand der Vorinstanz falsch sei. In den Akten seien keine Hinweise zu finden, dass die Auf-

traggeberin die Leasingkosten seit Juli 2012 ganz übernehmen würde. Hingegen gehe aus den eingereichten Belegen (Urk. 20/4) hervor, dass die Leasingkosten dem Gesuchsgegner teilweise auch im Nachhinein und teilweise auch für zwei Monate belastet worden seien (z.B. im Oktober 2011 für Juli und August 2011) (Urk. 41 S. 17).

Dass die Leasingkosten teilweise erst im Nachhinein in Abzug gebracht worden sind – wie dies vom Gesuchsgegner behauptet wird – geht aus den Akten hervor. Der Gesuchsgegner ist allerdings mit diesem Vorbringen seiner Glaubhaftmachungspflicht hinsichtlich der behaupteten Leasingkosten noch nicht nachgekommen. Er wäre vielmehr gehalten gewesen, die entsprechenden Belege, aus welchen sich die seit Juli 2012 angeblich angefallenen Leasingkosten ergeben, einzureichen. Vor diesem Hintergrund drängt sich tatsächlich der Schluss auf, dass die Leasingkosten seit Juli 2012 nicht mehr vom Gesuchsgegner zu tragen waren, weshalb diese Kosten nicht abzugsfähig sind.

d) Kosten Krankentaggeldversicherung

Schliesslich wollte der Gesuchsgegner die geltend gemachten Kosten der Krankentaggeld- und Unfallversicherung in der Höhe von Fr. 101.80 pro Monat von seinem Bruttoeinkommen in Abzug bringen. Der Gesuchsgegner legte als Beleg dafür zunächst mit Eingabe vom 5. November 2012 (Urk. 24) eine von ihm am 2. April 2012 unterzeichnete Offerte der "I. _____" ins Recht (Urk. 25/4). Mit der Stellungnahme vom 14. Januar 2013 zu den in der Vernehmlassung der Gesuchstellerin vom 13. Dezember 2012 eingereichten Noven (Urk. 36) wies der Gesuchsgegner sodann die Police der K. _____ betreffend die Krankentaggeld- und Unfallversicherung vor (Urk. 37/5 und 37/6) und führte aus, dass er zuvor versehentlich die Offerte der "I. _____" eingereicht habe (Urk. 36 S. 27). Die Vorinstanz begründete die Nichtabziehbarkeit der Versicherungskosten einerseits damit, dass es kaum Sinn und Zweck des Untersuchungsgrundsatzes sein könne, längst bekannte Tatsachen – die Policen datieren von April 2012 – in jedem Verfahrensstadium in den Prozess einzuführen. Die Berücksichtigung von solchen Behauptungen würde einen erneuten Schriftenwechsel bedingen, welcher zu einer weiteren Verzögerung des Verfahrens führen würde. Andererseits könne es nicht an-

gehen, dass der Gesuchsgegner im Hinblick auf das Eheschutzverfahren seine Versicherungskosten zu Lasten der Gegenpartei erhöhe (Urk. 42 S. 25 f.).

Der Gesuchsgegner macht berufsungsweise geltend, dass aufgrund des für das Eheschutzverfahren in Art. 272 ZPO statuierten Untersuchungsgrundsatzes die mit Eingabe vom 14. Januar 2013 eingereichten Policen der Krankentaggeld- und Unfallversicherung zu berücksichtigen seien (Urk. 41 S. 20 f.).

Die Gesuchstellerin stellt sich auch hinsichtlich dieser Kosten auf den Standpunkt, dass diese einerseits nicht zum Lebensstandard des Gesuchsgegners gehören würden, weshalb sie nicht abzugsfähig seien, und dass die Vorinstanz andererseits die Einreichung der entsprechenden Belege zu Recht als verspätet erachtet habe (Urk. 48 S. 10).

Gemäss Art. 229 Abs. 3 ZPO hat das Gericht in Verfahren, in welchen das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären hat, neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung zu berücksichtigen. Der Gesuchsgegner wurde mit Verfügung vom 14. Dezember 2012 (Urk. 31) zu einer weiteren Novenstellungnahme aufgefordert, welche er am 14. Januar 2013 eingereicht hat. Damit ist ohne grosse Weiterungen klar, dass eine Urteilsberatung nicht vor dem 14. Januar 2013 stattgefunden haben kann, musste die Vorinstanz doch die Novenstellungnahme abwarten. Damit ist ebenfalls klar, dass sämtliche Vorbringen und Beweismittel, die bis und mit dem 14. Januar 2013 erhoben oder eingereicht wurden, in Nachachtung von Art. 229 Abs. 3 ZPO zu berücksichtigen sind. Korrekterweise hätte die gesuchsgegnerische Stellungnahme daher der Gesuchstellerin noch zur Stellungnahme unterbreitet werden müssen. Dies wurde unterlassen und damit das rechtliche Gehör der Gesuchstellerin verletzt. Da im Berufungsverfahren volle Kognition herrscht und sich die Gesuchstellerin umfassend zu der Position geäussert hat, ist diese Gehörsverletzung als geheilt anzusehen. Die geltend gemachten Versicherungskosten sind belegt (Urk. 37/5 und 37/6). Es fällt zwar auf, dass die fragliche Versicherung erst rund neun Monate nach Abschluss des Mandatsvertrags abgeschlossen wurde. Doch hat der Gesuchsgegner Anspruch auf einen angemessenen Versicherungsschutz, weshalb ihm nicht der Vorwurf gemacht werden kann, er habe sein Einkommen im Hinblick auf das

vorliegende Eheschutzverfahren reduziert – auch wenn diese Versicherung erst im Verlauf des Eheschutzverfahrens abgeschlossen wurde. Die Krankentaggeld- und Unfallversicherungskosten sind nach dem Gesagten vom Bruttoeinkommen des Gesuchsgegners in Abzug zu bringen.

3.5. Zusammenfassend ist aufgrund obgenannter Ausführungen sowie basierend auf der Erfolgsrechnung 2011 des Gesuchsgegners (Urk. 12/4) von folgendem monatlichen Nettobetrag, welcher dem Gesuchsgegner aus dem Mandat "G._____" zufliesst, auszugehen:

Bruttoeinnahmen		CHF 22'032.--
MWST	./.	CHF 1'353.--
AHV	./.	CHF 1'672.--
Telefon	./.	CHF 103.--
Post, Büromaterial, Beiträge	./.	CHF 30.--
Treuhand	./.	CHF 269.--
Reisespesen	./.	CHF 3.--
Berufsbekleidung	./.	CHF 202.--
Repräsentation, Kundengeschenke	./.	CHF 246.--
Verzugszinsen	./.	CHF 12.--
BVG-Beiträge	./.	CHF 983.--
Krankentaggeld- und Unfallversicherung	./.	<u>CHF 215.--</u>
Total (netto)		CHF 16'944.--

Der dem Gesuchsgegner von der Vorinstanz angerechnete Vermögensertrag in der Höhe von Fr. 894.– wurde nicht beanstandet. Gesamthaft ist von einem monatlichen Einkommen des Gesuchsgegners von Fr. 17'838.– (Fr. 16'944.– + Fr. 894.–) auszugehen.

4. Unterhaltsberechnung

Damit ergibt sich folgende neue Unterhaltsberechnung:

1. Juli 2012 bis 30. September 2013

Notbedarf Parteien	Gesuchstellerin:	7'540.--
	Gesuchsgegner:	7'152.--
Total:		14'692.--
Einkommen Parteien:	Gesuchstellerin:	108.--
	Gesuchsgegner:	17'838.--
Total:		17'946.--
Überschuss		3'254.--

Ab. 1. Oktober 2013

Notbedarf Parteien	Gesuchstellerin:	7'540.--
	Gesuchsgegner:	6'052.--
Total:		13'592.--
Einkommen Parteien:	Gesuchstellerin:	108.--
	Gesuchsgegner:	17'838.--
Total:		17'946.--
Überschuss		4'354.--

Der Freibetrag ist anteilmässig auf die Parteien aufzuteilen, wobei es sich angesichts der Zuteilung der Obhut über die drei Kinder an die Gesuchstellerin rechtfertigt, ihr zwei Drittel des Freibetrags zuzuschlagen:

1. Juli 2012 bis 30. September 2013

Notbedarf Gesuchstellerin	CHF 7'540.--
---------------------------	--------------

2/3 Überschuss	CHF 2'169.--
./ . Einkommen Gesuchstellerin	./ . CHF 108.--
Unterhaltsanspruch Gesuchstellerin (gerundet)	CHF 9'600.--

Ab. 1. Oktober 2013

Notbedarf Gesuchstellerin	CHF 7'540.--
2/3 Überschuss	CHF 2'903.--
./ . Einkommen Gesuchstellerin	./ . CHF 108.--
Unterhaltsanspruch Gesuchstellerin (gerundet)	CHF 10'330.--

Aufgrund obgenannter Ausführungen resultiert somit ein Unterhaltsanspruch der Gesuchstellerin und der drei Kinder in der Zeit vom 1. Juli 2012 bis 30. September 2013 von Fr. 9'600.– und ab 1. Oktober 2013 von Fr. 10'330.– pro Monat. Es rechtfertigt sich, der Gesuchstellerin persönlich für die Zeit vom 1. Juli 2012 bis 30. September 2013 Fr. 5'100.– und ab 1. Oktober 2013 Fr. 5'830.– und jedem Kind je Fr. 1'500.– zuzusprechen. Die Unterhaltsbeiträge sind unbestrittenermassen rückwirkend per 1. Juli 2012 geschuldet.

5. Anrechnung der vom Gesuchsgegner geleisteten Zahlungen

5.1. Der Gesuchsgegner beantragte in seiner Stellungnahme vom 23. Juli 2011 (recte: 2012) zum Eheschutzbegehren, er sei für berechtigt zu erklären, "die seit 1. Juli 2012 akonto an die Gesuchstellerin und die Kinder geleisteten Unterhaltszahlungen sowie die direkt von ihm an Dritte für die Kinder geleisteten Zahlungen für Unfallversicherung und Hobbykosten C. _____ (Jahresbeitrag Hockey 2012/2013, Sommer-Hockeylager, Materialkästlimiete) von den vom Gericht fest-

zulegenden Unterhaltsbeiträgen in Abzug bzw. in Anrechnung zu bringen" (Urk. 10 S. 3 Ziff. 6). Die Vorinstanz erachtete diesen ursprünglichen Antrag zu Recht als ungenügend substantiiert.

5.2. Im Rahmen der Stellungnahme vom 14. Januar 2013 zu den Noven in der gesuchstellerischen Vernehmlassung erfolgte eine "Nachsubstantiierung" des ursprünglichen Antrags (vgl. Urk. 36 Ziff. 6). Der Gesuchsgegner listete die von ihm an Dritte geleisteten Zahlungen einzeln auf und reichte die entsprechenden Rechnungen ein (vgl. Urk. 37/7). Wie vorstehend ausgeführt (Ziff. II./B./3.4.d), waren die vom Gesuchsgegner mit vorgenannter Stellungnahme neu eingereichten Beweismittel noch zu berücksichtigen, nachdem aufgrund der im Eheschutzverfahren geltenden Untersuchungsmaxime gemäss Art. 229 Abs. 3 ZPO neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung zu berücksichtigen sind und – wie ausgeführt wurde (vgl. Ziff. II./B./3.4.d) – eine Urteilsberatung nicht vor dem 14. Januar 2013 stattgefunden haben konnte.

5.3. Bei einer rückwirkenden Verpflichtung zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen sind tatsächlich bereits erbrachte Unterhaltsleistungen zu berücksichtigen bzw. anzurechnen (Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. II, 1. Abt., 2. Teilbd., 2. Auflage, Bern 1999, N 23 zu Art. 173 ZGB; ZK-Bräm/Hasenböhler, N 150 zu Art. 163 ZGB). Folglich müssen in Erfüllung der Unterhaltspflicht schon geleistete Beträge bei der Festsetzung der konkreten Beitragshöhe, zu deren Leistung der Schuldner im Dispositiv verpflichtet wird, zu einer betragsmässigen Reduktion des grundsätzlichen Unterhaltsanspruchs führen. Im Gegensatz zur vorinstanzlichen Ansicht ist im Eheschutzverfahren nämlich nicht einzig der Anspruch auf Unterhalt und dessen grundsätzliches Ausmass zu beurteilen und zu definieren. Vielmehr ist diesbezüglich zu entscheiden, ob und welche Unterhaltsbeiträge der Verpflichtete der Berechtigten zu bezahlen hat. Die Berechnung des grundsätzlichen Unterhaltsanspruchs ist dazu zwar notwendige Voraussetzung, beinhaltet aber nicht bereits den Entscheid. Mit diesem ist nicht festzustellen, auf welchen Unterhalt der Berechtigte Anspruch hat, sondern der Verpflichtete wird zur Leistung bestimmter Zahlungen verpflichtet. Dabei darf der Verpflichtete nicht zu Zahlungen verpflichtet werden, die er be-

reits geleistet hat. Im Umfang dieser Leistung ist nämlich die entsprechende Verpflichtung untergegangen (ZR 107 Nr. 60).

Nach dem Gesagten hat die Vorinstanz den gesuchsgegnerischen Antrag gemäss Ziff. 6 seines Rechtsbegehrens zu Unrecht nicht geschützt.

5.4. a) In der Berufungsschrift macht der Gesuchsgegner nun geltend, in der Zeit von Juli 2012 bis Ende Januar 2013 im Zusammenhang mit seiner Unterhaltspflicht Akontozahlungen von insgesamt Fr. 72'000.– geleistet zu haben (Urk. 41 S. 25) und reicht als Beleg dafür die entsprechenden Belastungsanzeigen seines Kontos ins Recht (Urk. 43/2). Aus diesen gehen die vom Gesuchsgegner behaupteten Akontozahlungen hervor (Urk. 43/2). Die Gesuchstellerin macht lediglich geltend, dass aufgrund der in der Höhe stark variierenden Beträge (Fr. 4'700.– am 2. Juli 2012, Fr. 2'300.– am 2. Oktober 2012, Fr. 27'000.– am 2. Oktober 2012, Fr. 19'000.– am 27. November 2011, je Fr. 9'500.– am 28. Dezember 2012 und 29. Januar 2013) nicht nachvollziehbar sei, wie sich diese zusammensetzten (Urk. 48 S. 13). Dieses Vorbringen ist jedoch irrelevant, nachdem die Gesuchstellerin nicht bestritten hat, die fraglichen Zahlungen erhalten zu haben, und die Gesuchstellerin nicht geltend macht, dass diese Zahlungen keine Unterhaltszahlungen darstellen. Entsprechend ist davon Vormerk zu nehmen, dass der Gesuchsgegner in der Zeit vom 1. Juli 2012 bis 31. Januar 2013 Unterhaltszahlungen im Umfang von Fr. 72'000.– geleistet hat, welche von seiner Unterhaltspflicht in Abzug zu bringen sind. In diesem Umfang ist die Unterhaltspflichtung des Gesuchsgegners durch Tilgung untergegangen.

b) Mit Bezug auf die vom Gesuchsgegner geltend gemachten Direktzahlungen, welche dieser im Rahmen seiner Unterhaltspflicht berücksichtigt haben will, ist Folgendes festzuhalten: Aus den vom Gesuchsgegner eingereichten Belegen (Urk. 37/7) gehen Kosten für die Unfallversicherung und die Hobbies der Kinder im Umfang von Fr. 10'289.30 hervor. Dass die entsprechenden Rechnungen vom Gesuchsgegner beglichen wurden, wurde von der Gesuchstellerin nicht bestritten. Die Gesuchstellerin stellt sich jedoch auf den Standpunkt, dass der Gesuchsgegner die entsprechenden Zahlungen freiwillig geleistet habe, weshalb die Direktzahlungen von seiner Unterhaltspflicht nicht in Abzug gebracht

werden könnten (Urk. 48 S. 13). Entgegen der Gesuchstellerin gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass es sich bei den fraglichen Zahlungen um freiwillige Zahlungen handelt. Weiter ist mit Bezug auf die Unfallversicherungs- und Hobbykosten festzuhalten, dass die Gesuchstellerin im Rahmen ihrer vor Vorinstanz vorgetragenen Bedarfsberechnung die Berücksichtigung dieser Auslagen in ihrem Bedarf geltend gemacht hat. Damit betreffen diese Auslagen den Bedarf der Gesuchstellerin und der Kinder, auch wenn sie im Rahmen der zweistufigen Bedarfsberechnung keine Berücksichtigung fanden. Bei den Direktzahlungen handelt es sich demnach um Familienauslagen, welche der Gesuchsgegner in Erfüllung der Unterhaltspflicht direkt erfüllt hat. Mit Bezug auf die Höhe der zu berücksichtigenden Direktzahlungen bleibt einzig festzuhalten, dass der Gesuchsgegner die Unfallversicherungskosten von C._____ für die Periode vom 1. Juni 2012 bis 31. Mai 2013 von seiner Unterhaltspflicht in Abzug bringen möchte. Der Monat Juni 2012 lag jedoch noch vor dem Beginn der gerichtlichen Unterhaltsverpflichtung. Entsprechend sind die für den Monat Juni 2012 bezahlten Unfallversicherungsprämien von Fr. 20.30 (Fr. 243.55 : 12) nicht abzugsfähig. Die übrigen Zahlungen in der Höhe von Fr. 10'269.– sind dem Gesuchsgegner als bereits geleistete Unterhaltsbeiträge anzurechnen. In diesem Umfang ist die Unterhaltsverpflichtung des Gesuchsgegners durch Tilgung untergegangen.

6. Antrag um Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 7 der vorinstanzlichen Verfügung

6.1. In Dispositiv-Ziffer 7 des vorinstanzlichen Entscheids wurde dem Gesuchsgegner eine siebentätige Frist angesetzt, um sich gegenüber der Vorinstanz darüber auszusprechen, ob seine in der Stellungnahme vom 23. Juli 2011 [recte: 2012] zum Erwerbseinkommen der Gesuchstellerin gemachten Äusserungen als Selbstanzeige hinsichtlich eines Steuerdeliktes aufzufassen seien (Urk. 42 S. 41).

6.2. Mit Eingabe vom 5. Februar 2013 hat der Gesuchsgegner bei der Vorinstanz dazu eine Stellungnahme eingereicht. Entsprechend war der Gesuchsgegner durch diese Fristansetzung im Zeitpunkt der Berufungserhebung gar nicht mehr beschwert, weshalb der Antrag als gegenstandslos geworden abzuschreiben ist.

III.

1. Unter Berücksichtigung des tatsächlichen Streitinteresses der Parteien, des Zeitaufwandes des Gerichts und der Schwierigkeit des Falles erscheint vorliegend eine Gerichtsgebühr von Fr. 5'500.– angemessen (§§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 2 lit. b, 8 Abs. 1 und 12 GebV OG).

2.1. Im Berufungsverfahren umstritten waren die Unterhaltsleistungen des Gesuchsgegners an die Gesuchstellerin und an die drei Kinder, wobei in diesem Zusammenhang – wie erwähnt – auch strittig war, in welchem Umfang der Gesuchsgegner seiner Unterhaltspflicht bereits nachgekommen ist. Es rechtfertigt sich, die Höhe der Unterhaltsverpflichtung bei den Kosten mit 3/4 und die Frage, in welchem Umfang der Gesuchsgegner seiner Unterhaltspflicht bereits nachgekommen ist, mit 1/4 zu gewichten. Der Berufungsantrag Ziff. 7 hat mangels Relevanz bei den Kosten- und Entschädigungsfolgen unberücksichtigt zu bleiben.

2.2. Mit Bezug auf die Unterhaltsbeiträge beantragte der Gesuchsgegner die Reduktion der Unterhaltsverpflichtung um rund Fr. 1'950.–, während die Gesuchstellerin die Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheids beantragte. Ausgehend von einer Gültigkeitsdauer der vorliegenden Eheschutzmassnahme von zwei Jahren seit Aufnahme des Getrenntlebens ist der Gesuchsgegner damit bereit, Unterhaltsbeiträge von rund Fr. 220'000.– zu bezahlen, während die Gesuchstellerin – wie ausgeführt – die Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheides beantragt und damit insgesamt Kinder- und Ehegattenunterhaltsbeiträge von rund Fr. 267'000.–verlangt. Wie erwähnt, beträgt die Unterhaltspflicht des Gesuchsgegners nach erfolgter Korrektur des vorinstanzlichen Entscheids rund Fr. 237'000.–.

2.3. Damit obsiegt der Gesuchsgegner mit Bezug auf die Höhe der geschuldeten Unterhaltsbeiträge zu knapp 2/3. Zudem wird seinem Antrag, die von ihm geleisteten Unterhaltszahlungen und Direktzahlungen von seiner Unterhaltspflichtung in Abzug zu bringen, fast vollumfänglich entsprochen.

3. Gesamthaft betrachtet ist damit von einem Obsiegen des Gesuchsgegners im vorliegenden Berufungsverfahren zu rund 3/4 auszugehen. Der Gesuchstellerin sind daher 3/4 und dem Gesuchsgegner 1/4 der zweitinstanzlichen Verfahrenskosten aufzuerlegen und die Gesuchstellerin ist zu verpflichten, dem Gesuchsgegner eine auf die Hälfte reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen. Diese ist in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 3, § 9, § 11 und § 13 der Anw-GebV auf Fr. 2'000.– (inkl. 8% MWSt.) festzusetzen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositivziffern 1, 2, 3 und 8-11 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 18. Januar 2013 in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Auf den Berufungsantrag gemäss Ziffer 4 wird nicht eingetreten.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

und erkannt:

1. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin persönlich monatliche Unterhaltsbeiträge wie folgt zu bezahlen:
 - Fr. 5'100.– vom 1. Juli 2012 bis 30. September 2013 und
 - Fr. 5'830.– ab 1. Oktober 2013 für die weitere Dauer des Getrenntlebens, zahlbar monatlich im Voraus, je auf den Ersten eines jeden Monats.
2. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin an den Unterhalt der drei Kinder der Parteien monatliche Unterhaltsbeiträge von je Fr. 1'500.– zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus, je auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals per 1. Juli 2012, zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Familien- und Ausbildungszulagen.

3. Es wird festgestellt, dass der Gesuchsgegner seiner Unterhaltspflicht gemäss Dispositiv-Ziffer 1 und 2 bereits im Umfang von Fr. 82'269.– (Zahlung berücksichtigt bis 31. Januar 2013) nachgekommen ist.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'500.– festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchstellerin zu 3/4 und dem Gesuchsgegner zu 1/4 auferlegt.
Sie werden vom Vorschuss des Gesuchsgegners bezogen, sind ihm aber zu 3/4 (= Fr. 4'125.–) von der Gesuchstellerin zu ersetzen.
6. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner für das Berufungsverfahren eine auf die Hälfte reduzierte Parteientschädigung von Fr. 2'000.– zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Meilen, je gegen Empfangsschein.

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

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

Dies ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 7. Juni 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. J. Freiburghaus

versandt am: js