

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE140026-O/U

damit vereinigt Geschäfts-Nr. LE140027

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichterin Dr. M. Schaffitz sowie
Gerichtsschreiberin Dr. D. Oser

Beschluss und Urteil vom 14. November 2014

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin, Erstberufungsklägerin und Zweitberufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsgegner, Erstberufungsbeklagter und Zweitberufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz (Unterhalt)**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Winterthur vom 11. April 2014 (EE130146-K)**

Rechtsbegehren:

Es seien eheschutzrichterliche Massnahmen anzuordnen.

**Urteil des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 11. April 2014:**

(Urk. 22 = Urk. 26)

- "1. Es wird festgehalten, dass die Parteien seit Oktober 2011 getrennt leben.
2. Die eheliche Wohnung an der ... [Adresse] in ... wird, inkl. Hausrat und Mobilien, für die Dauer des Getrenntlebens dem Gesuchsgegner zur alleinigen Benützung zugewiesen.
3. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin wie folgt monatliche Unterhaltsbeiträge zu bezahlen:
vom 1. November 2012 bis 31. Oktober 2014 Fr. 3'031.–
ab dann für die weitere Dauer des Getrenntlebens Fr. 2'715.–.
Diese Unterhaltsbeiträge sind zahlbar monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.
4. Die Entscheidgebür wird festgesetzt auf Fr. 3'000.–.
5. Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
6. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
7. (Mitteilungssatz)
8. (Rechtsmittelbelehrung)

Berufungsanträge:

A. Im Berufungsverfahren LE140026

1. Der Gesuchstellerin, Erstberufungsklägerin und Zweitberufungsbeklagten (Urk. 25):

"1. Disp. Ziff. 3 des Urteils vom 11. April 2014 sei aufzuheben und wie folgt zu fassen:

Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin wie folgt monatliche Unterhaltsbeiträge zu bezahlen:

- vom 1. November 2012 bis 31. Oktober 2013 Fr. 3'243.00

- ab 1. November 2013 für die weitere Dauer des Getrenntlebens Fr. 3'998.00

- eventualiter ab 1. April 2015 für die weitere Dauer des Getrenntlebens Fr. 3'728.00

zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.

2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWSt) zulasten des Berufungsbeklagten."

2. Des Gesuchsgegners, Erstberufungsbeklagten und Zweitberufungsklägers (Urk. 33 S. 2):

"1. Die Berufung der Berufungsklägerin sei vollumfänglich abzuweisen; unter entsprechender Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 8% MwSt.) zulasten der Berufungsklägerin."

B. Im Berufungsverfahren: LE140027

1. Des Gesuchsgegners, Erstberufungsbeklagten und Zweitberufungsklägers (Urk. 48/25 S. 2):

"1. In Aufhebung von Dispositiv Ziff. 3 des angefochtenen Entscheides sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin rückwirkend ab 1. November 2013 und bis 3 Monate nach Erlass des Berufungsurteils monatliche Unterhaltsbeiträge von CHF 2'360.00 zu bezahlen und gleichzeitig festzuhalten, dass davon CHF 1'000.00 pro Monat bis zum Datum des Erlass des Urteils bereits bezahlt worden sind.

Im Übrigen sei festzustellen, dass kein Unterhaltsbeitrag geschuldet ist;

Eventualiter

sei der Gesuchsgegner zusätzlich zu verpflichten, der Gesuchstellerin für die Zeit vom 1. November 2012 bis 31. Oktober 2013 monatliche Unterhaltsbeiträge von CHF 800.00 zu bezahlen.

2. In Aufhebung von Ziff. 5 und 6 seien die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens vollumfänglich der Gesuchstellerin aufzuerlegen und es sei die Gesuchstellerin zu verpflichten, dem Gesuchsgegner eine angemessene Prozessentschädigung (zzgl. 8% MwSt.) zu bezahlen;

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 8% MwSt.) zulasten der Berufungsbeklagten."

Sodann stellte er folgenden prozessualen Antrag:

"Es sei der Berufung im Umfang der Berufungsanträge aufschiebende Wirkung zu erteilen."

2. Der Gesuchstellerin, Erstberufungsklägerin und Zweitberufungsbeklagten (Urk. 48/37):

"1. Es seien die Anträge des Gesuchsgegner vollumfänglich abzuweisen, soweit sie nicht ausdrücklich anerkannt werden.

2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zulasten des Gesuchsgegners."

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte

1.1. Die Parteien sind verheiratet und haben zwei gemeinsame volljährige Kinder: C._____ (Jahrgang 1986) und D._____ (Jahrgang 1988). Sie leben seit Oktober 2011 getrennt (Urk. 1, Prot. VI S. 2). Mit Schreiben vom 31. Oktober 2013, eingegangen am 1. November 2013, machte die Gesuchstellerin, Erstberufungsklägerin und Zweitberufungsbeklagte (nachfolgend Gesuchstellerin) das vorliegende Eheschutzverfahren bei der Vorinstanz rechtshängig (Urk. 1). Daraufhin wurden die Parteien zur mündlichen Verhandlung auf den 29. Januar 2014 vorgeladen (Urk. 4). Mit Schreiben vom 19. Dezember 2013 teilte Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ seine Mandatierung durch den Gesuchsgegner, Erstberufungsbeklagten und Zweitberufungskläger (nachfolgend Gesuchsgegner) mit und ersuchte um Verschiebung der Verhandlung. Er wies zudem daraufhin, dass er per Ende Jahr die Scheidungsklage gemäss Art. 114 ZGB einreichen werde (Urk. 6). Die Scheidungsklage des Gesuchsgegners ging am 31. Dezember 2013 bei der Vorinstanz ein (Urk. 1 im Geschäft FE130457, vgl. Urk. 22 S. 2). Der Termin für die Verhand-

lung im Eheschutzverfahren wurde daraufhin zusammen mit der Einigungsverhandlung im Rahmen der Scheidungsklage auf den 21. Februar 2014 festgesetzt (Urk. 9). Nach den Parteivorträgen wurden Vergleichsgespräche geführt, die jedoch zu keiner Einigung führten (Prot. VI S. 3 ff., S. 30). Am 11. April 2014 erliess die Vorinstanz den eingangs wiedergegebenen Entscheid (Urk. 22).

1.2. Dagegen wurde von beiden Seiten fristgerecht Berufung erhoben, wobei die Parteien im Einzelnen jeweils die einleitend aufgeführten Rechtsmittelanträge stellten (Urk. 25; Urk. 48/25). Die Erstberufung der Gesuchstellerin wurde unter der Prozessnummer LE140026 und die Zweitberufung des Gesuchsgegners unter der Prozessnummer LE140027 angelegt.

Mit Verfügungen vom 7. Mai 2014 wurden die Parteien zur Leistung eines Kostenvorschusses von je Fr. 3'000.– verpflichtet, den sie fristgerecht bezahlten (Urk. 30; Urk. 31; Urk. 48/29; Urk. 48/30). Mit Verfügung vom 10. Juni 2014 wurde das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung des Gesuchsgegners abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde (Urk. 48/36). Die Berufungsantworten datieren vom 23. Juni 2014 (Urk. 33; Urk. 48/37). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-24).

Es folgten weitere (unaufgeforderte) Eingaben der Parteien unter dem Datum vom 11. Juli 2014 (Urk. 36), 23. Juli 2014 (Urk. 48/41), 18. September 2014 (Urk. 40) und 2. Oktober 2014 (Urk. 44). Sämtliche Eingaben wurden der Gegenseite jeweils zur Kenntnisnahme zugestellt.

2. Vorbemerkungen

Die Einlegung der Berufung hemmt den Eintritt der Rechtskraft nur im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Nicht angefochten wurden die Dispositivziffern 1 (Bevilligung Getrenntleben), 2 (Zuweisung der Wohnung) und 4 (Gerichtsgebühr) des Urteils des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 11. April 2014. Sie sind somit rechtskräftig geworden, was vorzumerken ist.

Gegenstand des Berufungsverfahrens sind die Festlegung des Ehegattenunterhalts, die Anrechenbarkeit von bisher geleisteten Unterhaltsbeiträgen und die vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung. Im Berufungsverfahren neu vorgebrachte Tatsachen und Beweismittel können sodann grundsätzlich nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Auf die Parteivorbringen ist im Folgenden insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist.

3. Verfahrensvereinigung

Im vorliegenden Berufungsverfahren wie auch im Berufungsverfahren LE140027 stehen sich dieselben Parteien in derselben Rechtssache gegenüber. Da sich zudem die Themen beider Verfahren grösstenteils überschneiden, ist das Berufungsverfahren LE140027 mit dem vorliegenden Verfahren zu vereinigen, unter der vorliegenden Prozessnummer LE140026 weiterzuführen und als dadurch erledigt abzuschreiben. Die Akten des Verfahrens LE140027 sind als Urk. 48/25-42 zu den Akten des vorliegenden Verfahrens zu nehmen.

4. Sachliche Zuständigkeit des Eheschutz(berufungs)gerichtes trotz hängigen Scheidungsverfahrens

4.1. Nach der Praxis des Bundesgerichts wird ein Eheschutzverfahren durch Anhängigmachung des Scheidungsprozesses nicht einfach gegenstandslos. Das Eheschutzgericht bleibt zuständig für Massnahmen bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit der Scheidung, selbst wenn es darüber erst nach diesem Zeitpunkt entscheiden kann (BGE 101 II 1 S. 2 f.; BGE 129 III 60; BGE 138 III 646). Für die Zeit davor trifft das Eheschutzgericht sämtliche Massnahmen zur Regelung des Getrenntlebens, für die Zeit danach ist hierfür das Scheidungsgericht zuständig. Das Eheschutzgericht ist dabei zwar nur für die Zeit bis zur Rechtshängigkeit der Scheidungsklage zuständig, doch wirkt seine Entscheidung darüber hinaus, bis der Scheidungsrichter etwas anderes verfügt hat. Dasselbe gilt für das Rechtsmittelverfahren (vgl. ZR 101 Nr. 25). Somit ist die Kammer zur Beurteilung der Berufung gegen den erstinstanzlichen Eheschutzentscheid vom 11. April 2014

zuständig, wobei sie ihrem Entscheid aber nur die faktischen Gegebenheiten bis zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit der Scheidung am 31. Dezember 2013 zu Grunde legt.

4.2. Damit können Tatsachen, die sich erst nach der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens ereignet haben bzw. erst in einem Zeitpunkt danach wirksam werden, nicht mehr in die materielle Beurteilung einfließen und daher auch nicht mit der Berufung gegen den Eheschutzentscheid vorgebracht werden. Sie müssen in einem Abänderungsverfahren beim dafür zuständigen Massnahmenrichter im Scheidungsverfahren geltend gemacht werden (BGE 129 III 60 E. 3 und 4.2; BGE 138 III 646 E. 3.3.2 = Pra 4/2013 Nr. 34 S. 284; BGer 5A_455/2012 vom 5. Dezember 2012, E. 2.1).

5. Einkommen Gesuchstellerin

5.1. Während das Einkommen des Gesuchsgegners von Fr. 8'000.– unbestritten ist (Urk. 22 S. 14), erwog die Vorinstanz zu demjenigen der Gesuchstellerin zusammengefasst Folgendes: Die Gesuchstellerin habe nach einer Bürolehre in ihrem angestammten Beruf bis zur Heirat im Jahre 1985 gearbeitet und sich anschliessend der Kinderbetreuung und der Haushaltsführung gewidmet. Ab 2001, als sie 42 Jahre und das jüngste Kind 13 Jahre alt gewesen sei, habe sie als Kleinkindbetreuerin mit einem Pensum von 20 % bis 30 % zu arbeiten begonnen (mit Hinweis auf Urk. 17/3). Diese Zuverdienstehe hätten die Parteien noch zehn Jahre geführt, bis sie sich im Jahre 2011 getrennt hätten. Unbestritten sei, dass die Gesuchstellerin wie bereits in den letzten Jahren einer Erwerbstätigkeit nachgehen müsse. Umstritten sei hingegen der Umfang sowie ob, und in welcher Höhe ein hypothetisches Einkommen anzunehmen sei, und diesfalls, welche Umstellungsfrist angemessen sei. Die Gesuchstellerin sei inzwischen 55 Jahre alt und verfüge über keine entsprechende Ausbildung, insbesondere nicht über die anerkannte Ausbildung zur Fachfrau Betreuung. Aufgrund dieser erschwerenden Umstände sei es unwahrscheinlich, dass sie ein 100 % Pensum erreichen könne. Da sich beide Parteien für eine Zuverdienstehe entschieden hätten, schein es auch nicht angemessen, der Gesuchstellerin eine 100%-Stelle anzurechnen,

sondern es sei von einer Teilzeiterwerbstätigkeit von insgesamt rund 70 % - 80 % auszugehen, weswegen die Gesuchstellerin ihr heute rund 30 % Pensum erhöhen müsse. Sollte sie keine weitere Stelle als Kinderbetreuerin finden, müsse sie sich in einem anderen Berufsumfeld, z.B. als Reinigungskraft umsehen. Den höchsten Lohn habe die Gesuchstellerin in den Monaten Januar bis März 2013 erzielt, als sie bei der Familie E._____ und in der Kindertagesstätte F._____ gearbeitet habe. Sie habe damals monatlich netto Fr. 2'986.- verdient (mit Hinweis auf Urk. 11/2 und Urk. 11/4). Anschliessend habe sie jedoch zuerst der Familie E._____ gekündigt. In der Folge habe ihr die Kindertagesstätte F._____ gekündigt. Die Erzielung eines Einkommens in der Höhe von netto rund Fr. 3'000.- erscheine somit realistisch. Für die Umstellung und Stellensuche sei ihr eine Übergangsfrist von ungefähr einem halben Jahr zu gewähren. Ab 1. November 2014 sei der Gesuchstellerin somit ein hypothetisches Monatseinkommen in der Höhe von Fr. 3'000.- netto anzurechnen (Urk. 22 S. 8 ff.).

5.2. Wie gesehen, wurde am 31. Dezember 2013 das Scheidungsverfahren der Parteien rechtshängig im Sinne von Art. 62 Abs. 1 ZPO. Weil das Ehe-schutz(berufungsgericht) nur bis zur Rechtshängigkeit der Scheidungsklage zuständig ist und ihm die sachliche Zuständigkeit für Anordnungen fehlt, die einzig in die Zukunft wirken, ist das (hypothetische) Einkommen der Gesuchstellerin ab 1. Januar 2014 nicht mehr zu klären. Vielmehr ist die Abstufung ihrer persönlichen Unterhaltsbeiträge ersatzlos aufzuheben, weil sie über den 1. Januar 2014 hinaus mit der Annahme eines hypothetischen Einkommens (ab 1. November 2014) begründet wurde. Folglich sind auch die von der Gesuchstellerin neu eingereichte Kündigung der Stelle bei der Familie G._____ auf Ende Juli 2014 (Urk. 38/3), die ihr seit April 2014 ausbezahlten Arbeitslosentaggelder (Urk. 38/1-2) und die Mitteilung der Gesuchstellerin von neuen Stellen bei der Familie H._____ (Urk. 42/1) sowie bei der Stadt ... (Urk. 46/1-2) unbeachtlich. Ebenso wenig braucht auf die Kritik beider Parteien an der Annahme bzw. der Höhe des hypothetischen Einkommens der Gesuchstellerin näher eingegangen zu werden.

5.3. An dieser Stelle ist die Gesuchstellerin jedoch darauf hinzuweisen, dass sie trotz ihres Alters im Hinblick auf die neuere Bundesgerichtsrechtsprechung ei-

nen erheblichen Ausbau ihrer Erwerbstätigkeit und damit ihrer Eigenversorgungskapazität ins Auge fassen muss, zumal sie bereits seit 2001 – wenn auch nur mit einem Kleinstpensum – wieder erwerbstätig ist und somit in einer sogenannten Zuverdienste lebt (vgl. statt vieler BGer 5A_206/2010 vom 21. Juni 2010, E. 5.3.; Schwenger, in: FamKommentar Scheidung, 2011, N. 53 zu Art. 125 ZGB).

5.4. Zu prüfen bleiben die rückwirkend ab 1. November 2012 beantragten Unterhaltsbeiträge. Die Vorinstanz erwog dazu, dass die Gesuchstellerin keine Arbeitslosenentschädigung beantragt habe, obschon ihr die Kita F._____ per 31. Juli 2013 gekündigt habe. Indes sei ein arbeitsloser Ehegatte verpflichtet, sich um die ihm mindestens möglicherweise zustehenden Leistungen der Sozialversicherung zu bemühen. Es sei zu prüfen, ob der Gesuchstellerin die nicht eingeforderten Arbeitslosenentschädigungen rückwirkend angerechnet werden könnten. Da es dabei nicht um die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens aus einer möglichen und zumutbaren Arbeitstätigkeit gehe, sondern um Arbeitslosenentschädigungen, deren Geltendmachung sie versäumt habe, dürften ihr diese, sofern sie darauf Anrecht gehabt hätte, angerechnet werden (Urk. 22 S. 12 ff. mit Hinweis auf BGer 5A_795/2008 vom 2. März 2010 E. 4.5.4).

In der Folge berechnete die Vorinstanz – ausgehend von den Einkommen der letzten zwölf Monate vor dem 1. August 2013 – einen versicherten Lohn von Fr. 1'956.– (80 % von Fr. 2'717.–, abzüglich Sozialversicherungsbeiträge von circa 10 %). Sodann stellte die Vorinstanz für die Berechnung des massgeblichen Eigeneinkommens auf folgende Zahlen ab:

1. November bis 31. Dezember 2012 monatlich netto Fr. 2'497.– (Familie E._____ und Kita F._____), 1. Januar bis 31. Juli 2013 durchschnittlich Fr. 2'503.– (Familie E._____ und Kita F._____), August 2013 Fr. 1'956.– (Arbeitslosenentschädigung), September 2013 Fr. 2'341.– (Sanitas [Zwischenverdienst] und Arbeitslosenentschädigung), 1. Oktober bis 18. November 2013 wiederum Fr. 1'956.– (Arbeitslosenentschädigung), 19. November 2013 bis 31. Oktober 2014 Fr. 2'149.– (Familie G._____ [Zwischenverdienst] und Arbeitslosenentschädigung). Für die Berechnung der Unterhaltsbeiträge erscheine es daher als sachge-

recht, für die Zeit ab 1. November 2012 von einem durchschnittlichen Einkommen, inklusive Arbeitslosenentschädigung, von monatlich netto Fr. 2'268.– auszugehen.

5.5. Während der Gesuchsgegner sich der Berechnung der Vorinstanz anschliesst (Urk. 33 S. 13 f.), will die Gesuchstellerin sich dieses Ersatzeinkommen von Fr. 2'268.– längstens bis zum Einreichen des Eheschutzbegehrens anrechnen lassen. Ab dem 1. November 2013 hätte die Vorinstanz ihr hingegen für die Zukunft eine Übergangsfrist ansetzen müssen. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung (mit Hinweis auf BGE 128 III 4 E. a S. 6) dürfe bei der Beurteilung der fortwährenden Leistungsfähigkeit des unterhaltsberechtigten Ehegatten für eine längere, in der Zukunft liegenden Periode selbst bei Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit in Schädigungsabsicht ein hypothetisches Einkommen nur angerechnet werden, wenn die Verminderung der Leistungskraft rückgängig gemacht werden könne. Gerade dies sei vorliegend nicht möglich, da selbst bei umgehender Anmeldung beim RAV keine Arbeitslosenentschädigung mehr bezahlt würde. Der bei der Familie G._____ erzielte Verdienst von Fr. 1'200.– sei nämlich in etwa gleich hoch wie die Arbeitslosenentschädigung, welche die Gesuchstellerin gestützt auf den versicherten Verdienst, bemessen nach dem Durchschnittslohn der letzten 12 Monate, aktuell erhalte. Da vorliegend die fortwährende Leistungsfähigkeit zu beurteilen sei, müsse von den tatsächlichen Verhältnissen ausgegangen werden, es sei denn, die Gesuchstellerin könne und müsse daher mehr verdienen. Diesfalls wäre jedoch eine angemessene Übergangsfrist einzuräumen (mit Hinweis auf BGer 5A_795/2008 vom 2. März 2010 E. 4.5.2.). Ab dem 1. November 2013 sei nur von den tatsächlich erzielten Einkünften von monatlich Fr. 1'200.– auszugehen (Urk. 25 S. 8 f.).

5.6. Richtig ist, dass eine rückwirkende Auszahlung von Arbeitslosentaggeldern ausgeschlossen ist. Denn nach Art. 8 Abs. 1 AVIG ist als Voraussetzung für die Arbeitslosenentschädigung unter anderem erforderlich, dass der Versicherte ganz oder teilweise arbeitslos ist (lit. a). Der Arbeitsuchende gilt aber erst dann als ganz oder teilweise arbeitslos, wenn er sich beim Arbeitsamt seines Wohnorts zur Arbeitsvermittlung angemeldet hat (Art. 10 Abs. 3 AVIG).

5.7. Zutreffend ist auch, dass dem unterhaltspflichtigen bzw. -berechtigten Ehegatten eine angemessene Frist zur Umstellung einzuräumen ist, wenn im Rahmen einer Anrechnung eines hypothetischen Einkommens die Pflicht zur Aufnahme oder Ausweitung der Erwerbstätigkeit grundsätzlich bejaht wird; er muss hinreichend Zeit dafür haben, die rechtlichen Vorgaben in die Wirklichkeit umzusetzen (BGE 114 II 13 E. 5 S. 17). Diese Überlegung kann aber nicht für die vorliegende Konstellation gelten, in der die bereits zum Zeitpunkt des Eheschutzgesuchs anwaltlich vertretene Partei (Urk. 1) freiwillig auf Arbeitslosenentschädigung verzichtete, da sich sonst dieses Versäumnis ungerechtfertigterweise zu Lasten des Ehemannes auswirken würde. Insbesondere musste es der Gesuchstellerin – da der Gesuchsgegner beim ... arbeitet – klar sein, dass sie als gekündigte Arbeitnehmerin Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hatte und sich dafür beim RAV melden musste. Auch erklärt die Gesuchstellerin nicht, weshalb sie sich nach Annahme des vergleichsweisen tiefen Pensums von 30 % bei der Familie G._____ als Zwischenverdienst nicht um Arbeitslosenentschädigung bemühte. Hat sie auf dieses Ersatzeinkommen freiwillig verzichtet, so muss sie die Folgen dieses Verzichtes selbst tragen und hat keinen Anspruch auf rückwirkende Unterhaltsbeiträge in diesem Umfang.

5.8. Eine angemessene Übergangsfrist drängt sich ausserdem nur in den Fällen auf, in denen sich die Gesuchstellerin auf veränderte Verhältnisse einzustellen bräuchte. Diese hat sie weder dargelegt noch sind sie sonst ersichtlich, weshalb ihr die Vorinstanz zu Recht auch ab 1. November 2013 Fr. 2'268.– als Eigeneinkommen im Sinne von Art. 163 ZGB angerechnet hat. Dabei ist lediglich im Sinne einer Referenzgrösse darauf hinzuweisen, dass sich diese vorinstanzliche Annahme aufgrund der im Berufungsverfahren von der Gesuchstellerin eingereichten Unterlagen – entgegen ihrer Behauptung – als sachgerecht erwiesen hat, nahm doch die Arbeitslosenkasse für die Rahmenfrist vom 22. April 2014 bis 21. April 2016 einen versicherten Verdienst von Fr. 2'341.– an (Urk. 38/1 [Abrechnung Monat April 2014]).

5.9. Der Gesuchsgegner hatte vor Vorinstanz beantragt, es sei der Gesuchstellerin ein Vermögensertrag aus ihrer Ferienwohnung im Tessin anzurechnen.

Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass es sich bei dem in der Steuererklärung 2012 ausgewiesenen Ertrag einer Ferienwohnung im Tessin nur um den steuerlich ausgewiesenen Eigenmietwert handle (mit Hinweis auf Urk. 3/2). Die Ferienwohnung stehe nicht im Alleineigentum der Gesuchstellerin und sei noch nie vermietet worden (mit Hinweis auf Prot. VI S. 21 und Urk. 17/6). Es falle somit kein Liegenschaftsertrag an, der dem Einkommen der Gesuchstellerin hinzuzurechnen sei (Urk. 22 S. 10).

5.10. Der Gesuchsgegner beanstandet diese Feststellung als aktenwidrig: Die Gesuchstellerin habe ausgeführt, der Grund, weshalb ein Vermögensertrag für die Ferienwohnung in der Steuererklärung 2012 aufgeführt werde, sei der, dass sie im Jahre 2012 einmal vermietet worden sei. Die weitere Behauptung der Gesuchstellerin, wonach nach 2012 die Wohnung nicht mehr vermietet werde, habe er bestritten (mit Hinweis auf Prot. VI S. 28). Deshalb sei der in den Steuererklärungen 2011 und 2012 angegebene Drittelertrag aus dem Ferienhaus von Fr. 2'840.– (mit Hinweis auf Urk. 3/1 und 3/2), das heisst Fr. 236.– pro Monat zum Erwerbseinkommen der Gesuchstellerin zu addieren. Die anderslautende Bestätigung des Bruders der Gesuchstellerin (Urk. 17/6) sei eine Gefälligkeitsbestätigung. Zudem stimmten die vom Bruder angegebenen Zahlen nicht mit den Ertragszahlen der Gesuchstellerin überein (Urk. 48/25 S. 7).

Die Gesuchstellerin hält dem entgegen, es sei dem Gesuchsgegner bestens bekannt, dass die Wohnung, die ihr und ihren beiden Geschwister zu je einem Drittel gehöre, nicht kommerziell vermietet, sondern fast ausschliesslich von der Familie genutzt werde (Urk. 48/37 S. 9).

5.11. Den beiden von der Gesuchstellerin eingereichten Steuererklärungen 2011 und 2012 kann entnommen werden, dass sie für die Ferienwohnung unter der Rubrik "Miet- und Pachtzinseinnahmen/Mietwert" einen Betrag von Fr. 2'842.– angab, wovon sie Fr. 569.– für Unterhalts- und Verwaltungskosten in Abzug brachte, so dass ein verbleibender Ertrag von Fr. 2'273.– resultierte (Urk. 3/1 S. 2 und S. 8; Urk. 3/2 S. 2 und S. 8). Richtig ist, dass der vom Bruder der Gesuchstellerin angegebene Betrag von Fr. 2'388.– (Urk. 17/6) leicht davon abweicht, was

aber nicht ins Gewicht fällt. Zu vernachlässigen ist ebenso, dass der Bruder in einer privaten E-Mail vom 26. Februar 2014 an die Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin erklärt hat, dass die Wohnung nie vermietet worden sei, während der Gesuchsgegner behauptet, die Gesuchstellerin habe an der Hauptverhandlung eingeräumt, dass die Wohnung im Jahr 2012 einmal fremdvermietet worden sei. Während der Gesuchsgegner jedoch keine objektiven Anhaltspunkte für seine Behauptung von regelmässigen Mieterträgen vorbringt, unterstützt Urk. 17/6 S. 4 das Vorbringen der Gesuchstellerin, wonach es sich um einen Eigenmietwert handelt. Darin teilte das Zürcher Steueramt dem Bruder am 1. Oktober 2013 mit, dass sie für die Steuerperiode 2012 hinsichtlich die Tessiner Wohnung einen Betrag von Fr. 2'388.– festsetze. Dabei handelte es sich um den Eigenmietwert ("Nettomietwert"), der um einen Pauschalabzug für Unterhalts- und Verwaltungskosten bereinigt war. Demnach ist anzunehmen, dass es sich bei dem in den Steuererklärungen der Gesuchstellerin (Urk. 3/1 und Urk. 3/2) aufgeführten Liegenschaftenertrag von Fr. 2'273.– ebenso um den Eigenmietwert handelt, d.h. um einen rein steuerlich massgebenden Wert. Es ist der Gesuchstellerin somit kein Vermögensertrag aus der Ferienwohnung anzurechnen.

6. Bedarf

6.1. Wohnkosten der Gesuchstellerin

6.1.1. Die Vorinstanz stellte für die Wohnkosten der Gesuchstellerin auf den belegten Mietzins für eine 2-Zimmerwohnung von Fr. 1'458.– ab und berücksichtigte beim Gesuchsgegner Wohnkosten von Fr. 1'077.– (Urk. 22 S. 16 mit Hinweis auf Urk. 3/6 und Urk. 3/7).

6.1.2. Die Gesuchstellerin verlangt unter Hinweis auf den ehelichen Lebensstandard die Berücksichtigung von Wohnkosten in der Höhe von Fr. 1'800.– zuzüglich Fr. 100.– (Nebenkosten) sowie für Privathaftpflicht- und Hausratversicherung gerichtssübliche Fr. 30.– (Urk. 25 S. 9).

6.1.3. Der allgemeine Hinweis auf den Lebensstandard dringt schon deshalb nicht durch, weil der Gesuchsgegner derzeit zu Dritt in einem 6-Zimmer-Haus

wohnt. Es stehen ihm damit rechnerisch gesehen auch nur zwei Zimmer zur Verfügung, wobei er Küche und Bad zu teilen hat. Zwar wohnt er mit seinen zwei volljährigen nicht mehr unterstützungsberechtigten Kindern zusammen, weswegen ihm grundsätzlich nur der hälftige Wohnkostenanteil anzurechnen wäre. Ermessensweise hat jedoch die Vorinstanz angesichts der bereits tiefen Wohnkosten und des Umstandes, dass die Kinder keinen Beitrag an die anfallenden Kosten leisten, die Wohnkosten nicht gekürzt (Urk. 22 S. 16). Vor dem Hintergrund, dass dem Gesuchsgegner nur moderate Wohnkosten von Fr. 1'077.– angerechnet wurden und der Gesuchstellerin ein bedeutend höherer Mietzins zugestanden wurde, bleibt es in Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes beim vorinstanzlichen Vorgehen. Der von der Gesuchstellerin beantragte Betrag von Fr. 30.– (Hausrat- und Haftpflichtversicherung) ist nur in der Höhe von Fr. 7.– belegt, weshalb ihr zu Recht nur dieser angerechnet wurde.

6.2. Fahrkosten der Gesuchstellerin

6.2.1. Die Vorinstanz entschied, das Auto der Gesuchstellerin weise keinen Kompetenzcharakter auf, da sie in ... wohne und arbeite. Es sei nicht davon auszugehen, dass die Gesuchstellerin für diese Arbeitsstelle ein Auto benötige, sondern es ergebe sich im Gegenteil aus dem Arbeitsvertrag, dass der Weg zum Kindergarten wenn möglich zu Fuss zurück gelegt werden soll (mit Hinweis auf Urk. 11/5 S. 2). Es seien ihr nur die Auslagen für ein entsprechendes Abonnement des öffentlichen Verkehrs anzurechnen. Die ihr dabei entstehenden Kosten dürften – wie beim Gesuchsgegner – bei maximal Fr. 100.– liegen (Urk. 22 S. 17 f.).

6.2.2. Mit ihrer Berufungsschrift legt die Gesuchstellerin eine vom 18. April 2014 datierte Bestätigung der Familie G._____ ins Recht, wonach sie im Rahmen ihrer Tätigkeit als Kinderbetreuerin ausdrücklich auf ein Auto angewiesen sei (Urk. 29/4). Die Gesuchstellerin bringt keine stichhaltigen Gründe vor, weswegen es ihr nicht schon vor Vorinstanz möglich gewesen wäre, eine entsprechende Bestätigung beizubringen (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Es handelt sich somit um ein unechtes Novum, dass nicht mehr berücksichtigt werden kann. Das Vorbringen, wo-

nach sie bereits für die Bewerbungen darauf angewiesen sei bzw. generell in Privathaushalten ein Auto vorausgesetzt sei, bleibt eine reine Parteibehauptung (Urk. 25 S. 10). Damit hat die Gesuchstellerin die Kosten für das nicht als Kompetenzstück zu behandelnde Fahrzeug aus ihrem Freibetrag zu bestreiten.

6.3. Bedarf der Parteien

Zusammenfassend bleibt es beim von der Vorinstanz berechneten Bedarf, ausser dass die von ihr vorgenommene Anpassung der Position "auswärtige Verpflegung" aufgrund des ab 1. November 2014 angenommenen hypothetischen Einkommens der Gesuchstellerin ersatzlos dahinfällt (vgl. E. 4.2. und 5.2.). Unberücksichtigt bleibt die Mitteilung des Gesuchgegners, wonach er ab dem 18. Juni 2014 einen tieferen Hypothekarzins bezahlen müsse, nämlich nur Fr. 450.- anstatt Fr. 517.20 (Urk. 33 S. 15 f.; Urk. 34/1, vgl. E. 4.2.).

	Gesuchstellerin	Gesuchsgegner
1) Grundbetrag	Fr. 1'200.-	Fr. 1'100.-
2) Wohnkosten, inkl. Nebenkosten	Fr. 1'458.-	Fr. 1'077.-
3) Elektrisch/Gas	Fr. 0.-	Fr. 0.-
4) Krankenkasse (KVG)	Fr. 321.-	Fr. 224.-
5) Telefon/Internet/Radio/TV	Fr. 200.-	Fr. 200.-
6) Hausrat-/Haftpflichtversicherung	Fr. 7.-	Fr. 40.-
7) Fahrkosten	Fr. 100.-	Fr. 104.-
8) auswärtige Verpflegung	Fr. 0.-	Fr. 210.-
9) Gesundheitskosten	Fr. 0.-	Fr. 0.-
10) Steuern	Fr. 0.-	Fr. 0.-
Total	Fr. 3'286.-	Fr. 2'955.-
Gesamtbedarf der Parteien	Fr. <u>6'241.-</u>	

7. Berechnung der Unterhaltsbeiträge

7.1. Dem obigen Gesamtbedarf der Parteien von Fr. 6'241.– steht das Gesamteinkommen von Fr. 10'268.– gegenüber. Die Vorinstanz teilte den Überschuss in der Höhe von Fr. 4'027.– hälftig. Daraus resultierte folgende Unterhaltsberechnung:

Bedarf Gesuchstellerin	Fr.	3'286.–
Anteil Freibetrag	Fr.	2'013.–
<i>abzüglich eigenes Einkommen</i>	- Fr.	<u>2'268.–</u>
Unterhaltsanspruch	Fr.	3'031.–

7.2. Der Gesuchsgegner rügt, die Gesuchstellerin könne durch die Halbierung des Überschusses Ersparnisse tätigen, da der eheliche Lebensstandard sehr bescheiden gewesen sei, ansonsten sich die Gesuchstellerin nicht mit einem Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'800.– einverstanden erklärt hätte. Selbst unter Berücksichtigung ihres geltend gemachten Bedarfs von Fr. 5'054.– bleibe ein Sparanteil von Fr. 245.– (Urk. 48/25 S. 11 f.; Prot. VI S. 5).

7.3. Die Gesuchstellerin machte vorinstanzlich geltend, dass die Parteien einen guten Lebensstandard im Trennungszeitpunkt gepflegt hätten, zumal die beiden erwachsenen Kinder damals aufgrund ihrer abgeschlossenen Erstausbildung nicht mehr auf finanzielle Unterstützung angewiesen gewesen seien. Dies zeige auch die Bedarfsberechnung des Gesuchsgegners (Prot. VI S. 18). So habe zum ehelichen Lebensstandard ein Auto gehört, was auch der Gesuchsgegner an der Hauptverhandlung einräumte (Prot. VI S. 29). Ihre in der Berufung vorgebrachte Behauptung, wonach die Parteien sich regelmässig viermal pro Jahr Ferien geleistet hätten (Skiferien in Österreich, Städtereisen im Frühjahr, Sommerferien im Tessin und etwa Herbstferien in Portugal), ist hingegen aufgrund des Novenverbots unbeachtlich. Weiter weist die Gesuchstellerin darauf hin, dass in ihrem geltend gemachten Bedarf von Fr. 5'054.– keine zusätzlichen Kosten (wie etwa auswärtige Verpflegung bei Antritt eines zusätzlichen Teilzeiterwerbs, Ferien oder Hobbys etc.), die über den Überschuss zu decken seien, enthalten seien (Urk. 48/37 S. 17 f.).

7.4. Nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz ist in der Regel ein Freibetrag unter den Ehegatten hälftig aufzuteilen. Gerade bei einem durchschnittlichen Einkommen wie hier von rund Fr. 10'000.– führt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die hälftige Teilung meist zu einem sachgerechten Ergebnis (BGer 5A_908/2011, E. 4a vom 8. März 2012 mit w. H. etwa auf BGE 134 III 577 E. 3 S. 579; BGE 137 III 102 E. 4.2.1.1 S. 106 f.). Damit wird erreicht, dass jeder Ehegatte seine über das familienrechtliche Existenzminimum hinausgehenden Bedürfnisse im gleichen Umfang befriedigt (vgl. Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Aufl. 2010, S. 67 f., Rz. 02.52). Ohne besondere Gründe darf davon nicht abgewichen werden (zu den typischen Ausnahmefällen vgl. Hausheer/Spycher, a.a.O., Rz. 02.52).

7.5. Beim obigen Bedarf der Ehegatten handelt es sich um ein familienrechtliches Existenzminimum. Folglich ist beim zugesprochenen Unterhaltsbeitrag von Fr. 3'031.– weder von einem nennenswerten Überschuss noch von einer güterrechtlichen Umverteilung auszugehen. Das Gegenteil wurde vom Gesuchsgegner nicht glaubhaft gemacht, zumal er für sich selber einen gebührenden Bedarf von Fr. 6'545.– geltend gemacht hat (vgl. Urk. 15 [unter Abzug von insgesamt Fr. 1'174.– für die beiden Kinder]). Vielmehr ist anzunehmen, dass damit die trennungsbedingten Mehrkosten (Wohnung, Kommunikation, Autokosten, etc.) gedeckt sein werden, so dass die eheliche Lebenshaltung der Gesuchstellerin nicht überschritten wird bzw. keine nennenswerte Sparquote resultiert.

7.6. Der Gesuchsgegner macht sodann geltend, die Halbierung sei schon aus familiären Gründen nicht gerechtfertigt, da er die volljährigen Kinder mit dem Einverständnis der Gesuchstellerin finanziell unterstütze. Da die Tochter ab Spätsommer 2014 erneut studieren werde, müsse er sie weitergehend unterstützen als er es bislang mit der Bezahlung ihrer Krankenkassenprämie, ihres Fahrzeuges und weiterer Auslagen sowie mit unentgeltlicher Kost bereits tue. Dieses Einverständnis wird von der Gesuchstellerin bestritten (Urk. 48/37 S. 18; Prot. VI S. 23). Zudem geht der Unterhaltsanspruch der Ehegattin – wie der Gesuchsgegner zu Recht selber festhält (Urk. 48/25 S. 12) – dem Unterhaltsanspruch der volljährigen Kinder vor (BGE 132 III 209 E. 2.3 = Pra 96 (2007) Nr. 6 S. 33 f.). Es rechtfertigt

sich vorliegend auch aus diesem Grund nicht, von der hälftigen Teilung des Freibetrages abzuweichen.

7.7. Der Gesuchsgegner wendet weiter ein, die Vorinstanz habe die Dispositionsmaxime verletzt, da sie der Gesuchstellerin einen Unterhaltsbeitrag zugesprochen habe, der höher als der von ihr geltend gemachte Bedarf von Fr. 5'054.– liege. Dieser bilde die Obergrenze für den Unterhaltsanspruch (Urk. 48/25 S. 12 mit Hinweis auf Urk. 12 S. 5).

7.8. Dieser Einwand geht ins Leere: Der Dispositionsgrundsatz bedeutet, dass das Gericht an die Anträge der Parteien gebunden ist und sich sein Entscheid innerhalb dieses Spielraums zu bewegen hat (Glasl, in: DIKE-Komm-ZPO, 2011, N 11 zu Art. 58 [ne ultra petita]). Die Gesuchstellerin selber beantragte einen Ehegattenunterhaltsbeitrag von Fr. 4'078.90, wobei sie von einem Bedarf von Fr. 5'053.90 und einem Freibetrag/Überschuss von Fr. 225.– ausging (Urk. 12 S. 9). Eine Verletzung der Dispositionsmaxime im Sinne einer quantitativen Überschreitung des Klageantrages liegt nicht vor.

7.9. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz ist der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin ab 1. November 2012 für die Dauer des Getrenntlebens einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 3'031.– zu bezahlen. Diese Unterhaltsbeiträge sind zahlbar monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.

8. Aussergerichtliche Unterhaltsvereinbarung

8.1. Der Gesuchsgegner macht geltend, die Parteien hätten sich über die Unterhaltsbeiträge mündlich geeinigt. Sie hätten beim Auszug der Gesuchstellerin aus der ehelichen Liegenschaft verbindlich vereinbart, dass der Gesuchsgegner ihr für die Dauer der Trennung einen monatlichen Betrag von Fr. 1'800.– bezahle. Mangels Informationen seitens der Gesuchstellerin über ihre Erwerbstätigkeit habe der Gesuchsgegner den Unterhaltsbeitrag per 1. Februar 2012 auf Fr. 1'000.– reduziert. Er habe angenommen, dass die Gesuchstellerin inzwischen mehr verdiene. Diese Unterhaltsbeiträge habe die Gesuchstellerin sinngemäss akzeptiert.

Sie habe sich bis im Spätsommer 2013 mit den Unterhaltsbeiträgen von monatlich Fr. 1'000.– zufrieden gezeigt (Urk. 48/25 S. 8 ff.; Prot. VI S. 4 f.).

8.2. Die Gesuchstellerin bestritt dieses Vorbringen bereits vor Vorinstanz: Ende 2011 sei es noch nicht um eine eigentliche Trennung, sondern nur um eine Auszeit gegangen, was der Gesuchsgegner bestätigt habe (mit Hinweis auf Prot. VI S. 4). Es habe sich um eine provisorische Abmachung und nicht um eine verbindliche Vereinbarung gehandelt, man habe vielmehr im Gespräch bleiben wollen. Sie habe erst die Hilfe des Gerichts in Anspruch genommen, nachdem der Gesuchsgegner nach ihrem Stellenverlust Ende Juli 2013 nicht mehr bereit gewesen sei, seine Unterhaltszahlungen von Fr. 1'000.– auf die ursprünglich bezahlten Fr. 1'800.– zu erhöhen (Urk. 48/37 S. 10 ff.; Prot. VI S. 17).

8.3. Die Vorinstanz erwog, die Ehegatten könnten sich im Rahmen einer Unterhaltsvereinbarung mündlich oder schriftlich einigen. Beweispflichtig für das Vorliegen einer aussergerichtlichen Vereinbarung sei derjenige Ehegatte, der sich darauf berufe, um eine Rückwirkung der Unterhaltsbeiträge zu verhindern (Art. 8 ZGB). Es sei festzuhalten, dass das blosses Untätigbleiben für sich alleine noch keine verbindliche Unterhaltsvereinbarung bewirken könne. Auch der Umstand, dass monatliche Zahlungen erfolgt seien, spreche für sich alleine noch nicht für das Bestehen einer dahingehenden Trennungsvereinbarung. Da eine Einigung auch durch konkludentes Verhalten möglich sei, könne sie aber dann vorliegen, wenn Unterhaltsbeiträge regelmässig und unwidersprochen entgegengenommen würden und der verpflichtete Ehegatte nach Treu und Glauben davon ausgehen könne, seiner Unterhaltspflicht damit nachgekommen zu sein bzw. dass der berechnete Ehegatte auf eine allfällige Differenzzahlung auf Zusehen hin verzichte. Abgesehen davon, dass nicht feststehe, dass die Gesuchstellerin sich nicht zur Wehr gesetzt und die Unterhaltsbeiträge unwidersprochen entgegengenommen habe, habe der Gesuchsgegner nur während kurzer Zeit Fr. 1'800.– an ihren Unterhalt (ab Trennung im Oktober 2011 bis Ende 2011 bzw. anfangs 2012) bezahlt und diesen dann auf Fr. 1'000.– reduziert. Der Gesuchsgegner habe aber bei einem Unterhaltsbeitrag von lediglich Fr. 1'000.– nicht nach Treu und Glauben davon ausgehen können, dass er damit seiner Unterhaltspflicht nachgekommen sei.

Es sei der Gesuchstellerin folglich ein rückwirkender Unterhaltsbeitrag ab 1. November 2012 zuzusprechen (Urk. 22 S. 11 f.).

8.4. Der Gesuchsgegner rügt, die Gesuchstellerin habe in ihrem vorbereiteten Plädoyer zur Hauptverhandlung zuerst ausgeführt, es sei den Parteien anfänglich gelungen, das Getrenntleben aussergerichtlich zu regeln. Replicando habe die Gesuchstellerin wider besseren Wissens bestritten, dass es eine verbindliche Vereinbarung zwischen den Parteien gegeben habe (mit Hinweis auf Prot. VI S. 17 Abs. 2). Das Gericht habe das Verfahren ohne Durchführung einer persönlichen Befragung für spruchreif gehalten, obschon die Gesuchstellerin, die ihre eigene Befragung offeriert habe, diese Vereinbarung bestätigt hätte. Jedenfalls sei diese Spontanreaktion der Parteivertreterin der Gesuchstellerin völlig unglaubwürdig (Urk. 48/25 S. 8).

8.5. Entgegen der Ansicht des Gesuchsgegners war die kritisierte Korrektur der Parteivertreterin im Behauptungsstadium zulässig. Will der Gesuchsgegner die Gesuchstellerin auf die Fr. 1'800.– bzw. Fr. 1'000.– behaften, hat er die Parteivereinbarung bzw. den konkludenten Verzicht der Gesuchstellerin auf einen Teilbetrag ihres Unterhaltsanspruches genügend glaubhaft zu machen. Dies gelingt ihm mangels Substantiierung nicht, können doch diese Zahlungen objektiv auch als Akonto-Zahlung an den im Grundsatz unbestrittenen Unterhaltsanspruch verstanden werden. Somit hat die Vorinstanz zu Recht keine verbindliche Vereinbarung der Parteien über die Höhe des Unterhaltes angenommen, die einer rückwirkenden Neufestsetzung der Unterhaltsbeiträge durch das Gericht entgegenstehen würde.

9. Anrechnung geleisteter Zahlungen

9.1. Die Vorinstanz trat auf das Begehren des Gesuchsgegners, wonach festzustellen sei, dass der Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'000.– regelmässig monatlich bezahlt worden sei, mit folgender Begründung nicht ein: Das Eheschutzgericht habe nicht darüber zu entscheiden, ob, in welchem Umfang und für welchen Zeitraum bereits Unterhaltsbeiträge geleistet worden seien. Diese Fragen seien

Gegenstand eines allfälligen Vollstreckungsverfahrens (Urk. 22 S. 19 f. mit Hinweis auf Six, a.a.O., N. 2.183).

9.2. Der Gesuchsgegner wendet ein, es sei Sache des Eheschutzrichters, vor Erlass seines Urteils behauptete Zahlungen in seinem Entscheid zu berücksichtigen (mit Hinweis auf ZR 107/2008 S. 224 f.). Zu Unrecht habe die Vorinstanz ihn ins Vollstreckungsverfahren verwiesen unter Hinweis auf das erstinstanzlich beliebte Handbuch von Jann Six zum Eheschutz, in der allerdings überholten Fassung. Entsprechend seien die Zahlungen von monatlich Fr. 1'000.– bezüglich der Vergangenheit bis zur Klageeinleitung (bloss eventualiter) und – nachdem er sich verpflichtete, bis zum Erlass des Urteils monatlich den vereinbarten Betrag von Fr. 1'000.– zu bezahlen – auch für die Periode ab der Klageeinleitung bis zum Erlass des Urteils direkt vom ermittelten Unterhaltsanspruch abzuziehen (Urk. 48/25 S. 13).

Die Gesuchstellerin ihrerseits ist mit der Anrechnung der vom Gesuchsgegner geleisteten Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 1'000.– einverstanden (Urk. 48/37 S. 19).

9.3. 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; ZR 107/2008 S. 224 f.). Das Eheschutzgericht darf den Unterhaltsschuldner nicht zur Zahlung einer zur Zeit der Festsetzung der Unterhaltsbeiträge bereits erfüllten Schuld verpflichten, da ein allfälliger Anspruch des Unterhaltsgläubigers im Umfang der bereits erfolgten Leistung untergegangen ist. Der Vollstreckungsrichter hat davon auszugehen, dass die gerichtlich bezifferte Verpflichtung zur Zeit ihrer Festsetzung bestanden hat und dass dabei sämtliche Einwendungen gegen diese Verpflichtung berücksichtigt und bereinigt worden sind. Somit hat er Behauptungen betreffend die Tilgung einer auf einem vollstreckbaren gerichtlichen Urteil beruhenden Forderung nur soweit zu beachten, als die Schuld *seit Erlass des Urteils*

getilgt worden ist (Art. 81 Abs. 1 SchKG). Vor Erlass des Urteils behauptete Tilgungen hat demgegenüber der Sachrichter zu berücksichtigen (ZR 107 Nr. 60, Erw. II.2.4; BGE 135 III 315 E. 2.5; BGE 138 583 E. 6.1.1 S. 585). Dieser Auffassung hat sich auch Jann Six in der 2014 erschienenen 2. Auflage seines Buches "Eheschutz, ein Handbuch für die Praxis" angeschlossen (S. 159, Rz. 2.182).

9.4. Entsprechend ist davon Vormerk zu nehmen, dass der Gesuchsgegner in der Zeit vom 1. November 2012 bis zum Erlass des vorliegenden Entscheides monatlich je Fr. 1'000.– bezahlt hat, welche von seiner Unterhaltspflicht in Abzug zu bringen sind. In diesem Umfang ist die Unterhaltsverpflichtung des Gesuchsgegners durch Tilgung untergegangen.

10. Kosten- und Entschädigungsfolgen

10.1. Für das Berufungsverfahren richtet sich die Höhe der Gerichtsgebühr nach § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit §§ 2, 5 Abs. 1, 6 Abs. 2 lit. b und 8 Abs. 1 GebV OG. Unter Berücksichtigung des Zeitaufwands des Gerichts, der Schwierigkeit des Falles und des Umstands, dass vorliegend zwei Verfahren materiell zu entscheiden waren, erscheint eine Entscheidgebühr von Fr. 6'000.– als angemessen.

10.2. Umstritten waren vorliegend die Unterhaltsbeiträge sowie die vorinstanzliche Kostenverteilung. Für die Kosten- und Entschädigungsfolge ist demnach auf das Obsiegen bzw. Unterliegen der Parteien abzustellen (Art. 106 Abs. 2 ZPO): Geht man davon aus, dass die vorliegend getroffene Regelung der Unterhaltsbeiträge ab 1. November 2012 für maximal drei Jahre Geltung beanspruchen wird, so werden der Gesuchstellerin nunmehr Unterhaltsbeiträge von Fr. 109'116.– (36 x Fr. 3'031.–) zugesprochen. Die Gesuchstellerin verlangte deren Erhöhung auf Fr. 134'868.– (12 x Fr. 3'243.– [Fr. 38'916.–] plus 24 x Fr. 3'998.– [Fr. 95'952.–]). Demgegenüber beantragte der Gesuchsgegner deren Senkung auf Fr. 35'400.– (15 x Fr. 2'360.–). In der Berufung umstritten waren Fr. 99'468.–. Folglich unterliegt der Gesuchsgegner zu 3/4. Es sind ihm 3/4 der Gerichtskosten und der Gesuchstellerin 1/4 aufzuerlegen. Die Gerichtskosten sind mit den von den Gesuchstellern in den Verfahren LE140026 und LE140027 ge-

leisteten Kostenvorschüssen zu verrechnen. Der Gesuchsgegner ist zu verpflichten, der Gesuchstellerin Fr. 1'500.– zu ersetzen (Art. 111 Abs. 1 und 2 ZPO).

10.3. Ausgehend von der Auferlegung der Gerichtskosten ist der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin eine auf die Hälfte reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 105 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 106 Abs. 2 ZPO). Die volle Prozessentschädigung ist inklusive Mehrwertsteuer auf Fr. 6'480.– (Fr. 6'000.– zuzüglich 8 % MwSt.) festzusetzen (§ 5 Abs. 1, § 6 Abs. 3, § 9, § 11 und § 13 AnwGebV). Damit hat der Gesuchsgegner die Gesuchstellerin mit Fr. 3'240.– zu entschädigen.

10.4. Gemäss dem im Berufungsverfahren zu fällenden Entscheid müsste auch die vorinstanzliche Kostenverteilung angepasst werden. Diese würde zu Ungunsten des rechtsmittelführenden Gesuchsgegners ausfallen. Aufgrund des Verschlechterungsverbot (Verbot der reformatio in peius) bleibt es jedoch bei der Kostenregelung der Vorinstanz, da die Gesuchstellerin diese in ihrer Berufung nicht angefochten hat (vgl. BGE 129 III 417 E. 2.1.1 S. 419).

Es wird beschlossen:

1. Das Berufungsverfahren LE140027 wird mit dem vorliegenden Berufungsverfahren LE140026 vereinigt, unter diesem Verfahren weitergeführt und als dadurch erledigt abgeschrieben.
2. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositiv-Ziffern 1 - 2 und 4 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Winterthur vom 11. April 2014 in Rechtskraft erwachsen sind.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin ab 1. November 2012 für die Dauer des Getrenntlebens einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 3'031.– zu bezahlen, zahlbar im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats.

Es wird vorgemerkt, dass der Gesuchsgegner davon Fr. 1'000.– pro Monat bis zum Datum des Erlasses des zweitinstanzlichen Urteils bereits bezahlt hat.

2. Die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung (Disp. Ziff. 5-6) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr des vereinigten Berufungsverfahrens wird auf Fr. 6'000.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das vereinigte Berufungsverfahren werden der Gesuchstellerin zu 1/4 und dem Gesuchsgegner zu 3/4 auferlegt. Sie werden mit den im Geschäft-Nr. LE140026 und im Geschäft-Nr. LE140027 geleisteten Kostenvorschüssen verrechnet. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin Fr. 1'500.– zu ersetzen.
5. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das vereinigte Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'240.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an das Bezirksgericht Winterthur, Einzelgericht im summarischen Verfahren, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.
7. 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 über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 90 und Art. 98 BGG.

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

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, den 14. November 2014

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. D. Oser

versandt am:
se