

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr. LP110006-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin  
Dr. M. Schaffitz und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie  
die Gerichtsschreiberin lic. iur. P. Kunz Bucheli

## **Beschluss vom 12. Juni 2012**

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Kläger, Erstrekurrent und Zweitrekursgegner

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Beklagte, Erstrekursgegnerin und Zweitrekurrentin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Eheschutz (persönliche Unterhaltsbeiträge, Zeitpunkt Unterhaltsbeiträge, Prozesskostenbeitrag)**

**Rekurs gegen eine Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 21. Juli 2010 (EE090001)**

**Rückweisung; Zirkulationsbeschluss des Kassationsgerichts vom  
13. April 2011 (vormaliges Verfahren: LP100052)**

**Erwägungen:**

1. Prozessgeschichte

1.1. Mit Eingabe vom 16. Dezember 2008 machte der Kläger ein Eheschutzbegehren an der Vorinstanz anhängig (Urk. 3/9/1). Anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung vom 18. März 2010 schlossen die Parteien eine Vereinbarung über vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Eheschutzverfahrens (VI-Prot. S. 19). Mit Verfügung vom 24. März 2010 merkte die Vorinstanz die Vereinbarung der Parteien über die Folgen des Getrenntlebens vor, wonach sich der Kläger verpflichtet, der Beklagten für die Dauer des Verfahrens einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 5'400.– (inkl. Krankenkasse) zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus, erstmals auf den 1. April 2010 (Urk. 3/9/54). Die Verfügung vom 24. März 2010 wurde ohne Begründung versandt und blieb unangefochten. Mit nachfolgend zitierter Verfügung vom 21. Juli 2010 wurde das erstinstanzliche Eheschutzverfahren beendet:

- "1. Das Editionsbegehren der Beklagten (Edition der Bilanzen und Erfolgsrechnungen der C.\_\_\_\_\_ AG der letzten drei Jahre) wird abgewiesen.
2. Die Parteien werden gestützt auf Art. 175 ZGB zur Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes berechtigt erklärt. Es wird vorgemerkt, dass die Parteien bereits auf unbestimmte Zeit getrennt leben.
3. Der Kläger wird verpflichtet der Beklagten für sich persönlich monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 6'700.00 zu bezahlen, zahlbar im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals ab Rechtskraft der vorliegenden Verfügung.
4. Zwischen den Parteien wird per 5. November 2009 die Gütertrennung angeordnet.
5. Der Kläger wird verpflichtet der Beklagten einen Prozesskostenbeitrag von Fr. 5'000.00 zu bezahlen.
6. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 4'000.00.

7. Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
8. Den Parteien werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
9. (Mitteilung).
10. (Rechtsmittelbelehrung mit Hinweis auf Fristenlauf während der Gerichtsferien)."

Die Verfügung vom 21. Juli 2010 wurde dem Kläger am 23. Juli 2010 und der Beklagten am 26. Juli 2010 zugestellt (Urk. 3/9/74/1-2).

1.2. Mit Eingabe vom 2. August 2010 (Poststempel gleichen Datums) erhob der Kläger rechtzeitig Rekurs gegen die erstinstanzliche Verfügung vom 21. Juli 2010 und stellte folgende Anträge (LP100052):

- "1. Es sei der in Dispositiv-Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung festgelegte persönliche Unterhaltsbeitrag an die Beklagte von CHF 6'700.00 auf CHF 5'400.00 pro Monat (inkl. Krankenkassenprämien) zu reduzieren.
2. Es sei Dispositiv-Ziffer 5 der angefochtenen Verfügung ersatzlos aufzuheben.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MWSt zulasten der Beklagten und Rekursgegnerin."

Die Vorinstanz verzichtete am 12. August 2010 auf Vernehmlassung (Urk. 3/10). Die Beklagte erstattete mit Eingabe vom 9. September 2010 rechtzeitig die Rekursantwort und beantragte die Abweisung des Rekurses des Klägers, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu seinen Lasten. Zudem stellte sie den Antrag, der Kläger sei zu verpflichten, der Beklagten für das Rekursverfahren einen Prozesskostenbeitrag von Fr. 6'000.– zu bezahlen (Urk. 3/12 S. 2 und 12). Der Kläger beantragte mit Eingabe vom 25. Oktober 2010, es sei auf den Antrag um Prozesskostenbeitrag nicht einzutreten, eventualiter sei er abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten (Urk. 3/17).

1.3. Mit Eingabe vom 3. August 2010 (Poststempel gleichen Datums) erhob die Beklagte rechtzeitig selbständig Rekurs und stellte folgende Anträge (LP100053):

- "1. Es sei in Abänderung von Ziff. 3 des Dispositivs, 3. Teilsatz, der Kläger/Rekursgegner zu verpflichten, die monatlichen im Voraus zu zahlenden Unterhaltsbeiträge in der Höhe von CHF 6'700.00, erstmals ab 1. Januar 2010 zu bezahlen.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers/Rekursgegners."

Die Vorinstanz verzichtete in diesem Rekursverfahren am 12. August 2010 auf Vernehmlassung (Urk. 3/20/7). Der Kläger erstattete mit Eingabe vom 9. September 2010 rechtzeitig Rekursantwort und beantragte die vollumfängliche Abweisung des Rekurses der Beklagten, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten der Beklagten (Urk. 3/20/10).

1.4. Mit Erstbeschluss vom 30. November 2010 vereinigte die Kammer die beiden Rekursverfahren LP100052 und LP100053 (Urk. 3/21 S. 20f.). Weiter entschied sie mit Zweitbeschluss gleichen Datums wie folgt über die von beiden Parteien angefochtene Unterhaltsregelung und den von der Beklagten verlangten Prozesskostenvorschuss:

- "1. In Abweisung des Rekurses der Beklagten (Geschäfts-Nr. LP100053) und teilweiser Gutheissung des Rekurses des Klägers (Geschäfts-Nr. LP100052) wird die Dispositiv-Ziffer 3 der Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Horgen vom 21. Juli 2010 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:
  - "3. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für sie persönlich monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 6'375.– zu bezahlen, zahlbar im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals ab Rechtskraft des vorliegenden Beschlusses."

Im Übrigen wird der Rekurs des Klägers abgewiesen und die angefochtene Verfügung, insbesondere deren Dispositiv-Ziffer 5, bestätigt.

2. Der Antrag der Beklagten um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages in der Höhe von Fr. 6'000.– für das vereinigte Rekursverfahren wird abgewiesen."

1.5. Gegen diesen Beschluss der Kammer vom 30. November 2010 erhob die Beklagte kantonale Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht des Kantons Zürich. Dieses hiess die Beschwerde gut, hob den Beschluss der Kammer auf und wies die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Kammer zurück (Urk. 1 S. 10, Dispositiv-Ziffer 1).

a) Die Rückweisung durch das Kassationsgericht hat den Prozess – soweit es um die aufgehobenen Dispositivziffern geht – in die Lage zurückversetzt, in der er sich vor Erlass des aufgehobenen Entscheids befunden hat (Guldener, Schwei-

zerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979, S. 527; Walder, Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1983, § 39 N 68).

Auf den 1. Januar 2011 ist die neue schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft getreten. Indes gilt gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO für Verfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Da die Aufhebung des Beschlusses der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 30. November 2010 das Verfahren diesbezüglich in den Stand zur Zeit vor der Entscheidung zurückversetzt hat, sind für das Verfahren vor Obergericht weiterhin die bisherigen Bestimmungen des kantonalen Prozessrechts (ZPO/ZH und GVG/ZH) anzuwenden.

b) Die Kammer ist an die dem Rückweisungsbeschluss zugrunde liegende Rechtsauffassung gebunden, dies sowohl hinsichtlich des anzuwendenden materiellen Rechts wie bezüglich einer Ergänzung und Wiederholung des Verfahrens, nicht aber hinsichtlich der tatsächlichen Feststellungen (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 4 zu § 291 ZPO).

c) Was den Erstbeschluss der Kammer vom 30. November 2010 anbelangt, mit welchem die beiden ursprünglichen Rekursverfahren LP100052 und LP100053 vereinigt worden sind, so ist festzuhalten, dass das Kassationsgericht mit seinem Zirkulationsbeschluss vom 13. April 2011 den "Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 30. November 2010" aufhebt (Urk. 1 S. 10, Dispositiv-Ziffer 1), wobei damit ausschliesslich der Zweitbeschluss der Kammer, in welchem materiell über die Rekurse der Parteien entschieden worden war, gemeint sein kann. Insofern ist der Erstbeschluss der Kammer vom 30. November 2010 betreffend Vereinigung der beiden Rekursverfahren in Rechtskraft erwachsen, und über diese muss nicht mehr erneut entschieden werden.

1.6. Das Kassationsgericht begründet die Rückweisung mit einer Verletzung wesentlicher Verfahrensgrundsätze im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO/ZH, indem die Kammer mit der Festsetzung der Unterhaltspflicht des Klägers ab Rechtskraft des

(Rechtsmittel-)Entscheid den Charakter der Vorläufigkeit vorsorglicher Massnahmen verkannt und der Beklagten das Recht auf einen Entscheid über die Höhe der Unterhaltsbeiträge für die Dauer des laufenden Eheschutzverfahrens verweigert habe (Urk. 1 S. 9).

## 2. Vorbemerkungen

2.1. Zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen ist auf die zutreffenden erstinstanzlichen Ausführungen zur summarischen Natur des Eheschutzverfahrens sowie des Beweismasses der Glaubhaftmachung zu verweisen (Urk. 3/3 S. 4f.; § 161 GVG/ZH). Zur Glaubhaftmachung einer behaupteten Tatsache genügt es, wenn aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die fraglichen Tatsachen besteht - der Richter braucht von der Richtigkeit nicht restlos überzeugt zu sein (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 5 zu § 110 und N 8 zu § 148 ZPO, BGE 118 II 376). Dabei hat der Ansprecher die Grundlagen des Anspruches glaubhaft zu machen (vgl. Kass.-Nr. 2002/204 Beschluss vom 16. Dezember 2002 i.S. G.-G. S. 8 f.).

2.2. Ebenso kann auf die zutreffenden erstinstanzlichen Ausführungen zur bezüglich der Ehegattenunterhaltsbeiträge geltenden Verhandlungs- und Dispositionsmaxime verwiesen werden (Urk. 3/3 S. 5 Ziff. 2.3; § 161 GVG/ZH).

2.3. Gemäss § 278 in Verbindung mit § 267 und § 115 ZPO/ZH sind Noven im Rekursverfahren (nur) bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen zulässig. Im summarischen Verfahren ist dies namentlich dann der Fall, wenn neue Behauptungen durch neu eingereichte Urkunden sofort glaubhaft gemacht werden können (RB 1996 Nr. 104). Es genügt damit bereits, wenn das Gericht aufgrund der neu eingereichten Urkunden den Eindruck erhält, es bestehe eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit der damit untermauerten neuen Behauptung (Kass.-Nr. 2000/316 vom 24. Dezember 2000 S. 12). Insofern die Parteien im Rekursverfahren neu Urkunden einreichen und damit bereits vor der Vorinstanz oder neu im Rekursverfahren erhobene Behauptungen glaubhaft machen, sind sowohl die Urkunden als auch die Behauptungen zuzulassen. Urkunden, welche sich bereits in den vorinstanzlichen Akten finden - beispielsweise die Polizeiverfügung

vom 19. Juni 2007 (Urk. 3/5/2-3 und Urk. 3/9/3/3 und Urk. 3/9/3/13) - stellen entgegen der Behauptung der Beklagten (vgl. Urk. 3/12 S. 4) kein Novum dar und sind fraglos zuzulassen. Die neu eingereichte Lohnabrechnung des Klägers belegt sofort seine Behauptung, dass er mit seinem Einkommen aus der Anstellung bei der C. \_\_\_\_\_ AG im Januar 2009 drei Kinderzulagen von je Fr. 250.– erhielt und diese in seinem steuerbaren Einkommen enthalten waren (Urk. 3/5/5). Dementsprechend ist die neu eingereichte Lohnabrechnung im Rekursverfahren zuzulassen.

2.4. Auf die Vorbringen der Parteien ist im Folgenden nur insoweit einzugehen, als dies für die Rechtsfindung erforderlich ist.

### 3. Beginn der Unterhaltspflicht

3.1. Die Vorinstanz verpflichtete den Kläger, der Beklagten für sie persönlich monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 6'700.– zu bezahlen, zahlbar im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals ab Rechtskraft der Eheschutzverfügung vom 21. Juli 2010 (Urk. 3/3 S. 17). Da sich die Parteien im Rahmen eines Vergleichs betreffend vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Verfahrens auf einen Unterhaltsbeitrag geeinigt hätten, entstehe die Unterhaltspflicht des Klägers erstmals mit Rechtskraft der erstinstanzlichen Verfügung (Urk. 3/3 S. 13).

3.2. Die Beklagte macht im Rekursverfahren geltend, sie habe anlässlich der Eheschutzverhandlung vom 18. März 2010 die Ausrichtung von Unterhaltszahlungen im Sinne vorsorglicher Massnahmen während der Dauer des Eheschutzverfahrens beantragt. Die Vereinbarung betreffend vorsorgliche Massnahmen sei als Minimallösung für die weitere Dauer des Eheschutzverfahrens vorgesehen gewesen, damit sie nicht völlig mittellos dagestanden habe. Nach Vorliegen des Lohnausweises hätten beide Parteien die Unterhaltsbeiträge beziffert. Der Kläger habe in seiner Eingabe festgehalten, er sei zu verpflichten, der Beklagten ab 1. April 2010 für die weitere Dauer des Getrenntlebens monatliche Unterhaltsbeiträge von maximal Fr. 5'366.– inkl. Krankenkasse zu bezahlen. Die Beklagte habe weiterhin Unterhaltsbeiträge ab 1. Januar 2010 verlangt. Es seien also beide Par-

teien davon ausgegangen, dass die Vereinbarung lediglich eine vorläufige, respektive einstweilige Regelung darstelle, damit die Beklagte während der Dauer des Verfahrens nicht in eine Notlage gerate (Urk. 3/20/2 S. 3ff.).

Der Kläger bestreitet, dass die Beklagte anlässlich der Hauptverhandlung betreffend Eheschutz vom 18. März 2010 einen Antrag um Erlass vorsorglicher Massnahmen für die Dauer des Verfahrens gestellt habe. Die Frage der Unterhaltsregelung während der Dauer des Eheschutzverfahrens sei vielmehr erst im Verlauf der Vergleichsgespräche aufgekommen. Die Beklagte habe in den Vergleichsgesprächen erwähnt, sie müsse wohl einen Antrag um Erlass vorsorglicher Massnahmen stellen, falls sich keine Einigung ergebe. Um eine Ausdehnung des Verfahrens zu vermeiden, habe der Kläger darin eingewilligt, seine bisherigen Zahlungen im Umfang von rund Fr. 5'400.– (inkl. Krankenkasse) weiterhin aufrecht zu erhalten. Der Kläger bestreitet, dass die Beklagte die Vereinbarung der Unterhaltszahlungen als vorläufige Minimallösung für die Dauer des Verfahrens verstanden habe. Es sei nicht möglich, nachträglich darüber hinaus gehende Zahlungen zu verlangen. Die Beklagte hätte die Vereinbarung anfechten können, was sie nicht getan habe. Der Kläger habe mit seinem Festhalten an den Anträgen und damit an seiner Unterhaltspflicht ab 1. April 2010 nicht die vorsorglichen Massnahmen in Frage gestellt. Ihm sei immer klar gewesen, dass er Unterhaltsbeiträge von Fr. 5'400.– pro Monat ab 1. April 2010 leisten müsse. In diesem Umfang habe er seine Zahlungspflicht anerkannt. Auch die Beklagte sei nun an die Vereinbarung über die vorsorglichen Massnahmen gebunden (Urk. 3/20/10 S. 3ff.).

3.3. Während eines Eheschutzverfahrens können vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Verfahrens im Sinne von § 110 ZPO/ZH getroffen werden (ZR 79 (1980) Nr. 112). Vorliegend betreffen sowohl das Massnahmebegehren wie auch das Hauptbegehren teilweise persönliche Unterhaltsbeiträge des Klägers an die Beklagte ab 1. Januar 2010 bzw. ab 1. April 2010 bis zur Rechtskraft des Eheschutzentscheides. Der Wortlaut bzw. die der Vereinbarung durch die Parteien beigemessene Bedeutung bestimmt deren Geltung. Die Vereinbarung lautet wie folgt (VI-Prot. S. 19):

- "1. Der Kläger verpflichtet sich, für die Dauer des Verfahrens der Beklagten für sich persönlich einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 5'400.00 (inkl. Krankenkasse) zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals auf den 1. April 2010;
2. Die Kosten werden dem Endentscheid vorbehalten."

Ein Antrag um Erlass vorsorglicher Massnahmen lässt sich weder den erstinstanzlichen Plädoyernotizen (Urk. 3/9/52) noch dem Protokoll der Verhandlung vom 18. März 2010 entnehmen. Dieses enthält lediglich die Notiz, die Parteien hätten im Rahmen der Vergleichsgespräche unter Mitwirkung des Gerichts die zitierte Vereinbarung bezüglich vorsorglicher Massnahmen geschlossen (VI-Prot. S. 19). Dementsprechend kann vorliegend nicht der Wortlaut eines entsprechenden Antrages zur Auslegung der Vereinbarung herangezogen werden.

Der Kläger beantragte mit Eingabe vom 31. Mai 2010, also nach Abschluss der Vereinbarung betreffend vorsorgliche Massnahmen, er sei zu verpflichten, der Beklagten ab 1. April 2010 für die weitere Dauer des Getrenntlebens monatliche Unterhaltsbeiträge von maximal Fr. 5'366.– inkl. Krankenkassenkosten zu bezahlen (Urk. 3/9/68 S. 5). Er führte sodann in derselben Eingabe aus, er habe seit der Verhandlung im März 2010 monatlich Fr. 5'000.– zuzüglich Krankenkasse, gerundet Fr. 5'400.– bezahlt. Diese Zahlungen seien selbstverständlich an die Unterhaltspflicht anzurechnen (Urk. 3/9/68 S. 17).

3.4. Die Darlegung des Klägers, die Beklagte habe die Verfügung vom 24. März 2010 nicht angefochten, weswegen sie nun nicht mehr auf die Vereinbarung zurückkommen könne, gehen an der Sache vorbei. Die Beklagte will gemäss ihren Anträgen nicht auf die Vereinbarung zurückkommen, sondern erachtet ihre Interpretation durch die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung vom 21. Juli 2010 für falsch. Dazu steht ihr das Rechtsmittel des Rekurses zur Verfügung. Die Vorinstanz belehrte in der Verfügung vom 24. März 2010 betreffend die Vormerknahme der Vereinbarung über die vorsorglichen Massnahmen die Begründungsfrist und erklärte, falls eine Begründung verlangt werde, laufe den Parteien die Frist zur Erhebung des Rekurses ab Zustellung des begründeten Entscheids. Indes behielt sie die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen dem Endent-

scheid vor (Urk. 3/9/54). Den anwaltlich vertretenen Parteien musste klar sein, dass gegen einen prozessleitenden Entscheid betreffend vorsorgliche Massnahmen in einem summarischen Verfahren das Rechtsmittel des Rekurses nicht zur Verfügung steht (§ 272 ZPO/ZH). Richtigerweise verlangte in der Folge keine der Parteien die Begründung der Verfügung vom 24. März 2010 oder erhob dagegen Rekurs (§ 159 GVG/ZH, § 272 ZPO/ZH).

3.5. Gemäss der für die Kammer bindenden Auffassung des Kassationsgerichts hatte die Beklagte zumindest sinngemäss einen Antrag auf Erlass vorsorglicher Massnahmen gestellt. Die Vereinbarung der Parteien vom 18. März 2010 ist also als eine solche betreffend vorsorglicher Massnahmen zu verstehen und die Verfügung der Vorderrichterin vom 24. März 2010 ebenso als Massnahmeentscheid. Das Kassationsgericht erwog, dass vorsorgliche Massnahmen gemäss § 110 Abs. 3 ZPO/ZH mit der Rechtskraft des Endentscheids dahinfallen, sofern das Gericht nichts Anderes anordne. Das bedeute, dass über die definitive Höhe der vom Kläger an die Beklagte zu leistenden Unterhaltsbeiträge auch für die Dauer des Eheschutzverfahrens im Erledigungsentscheid zu befinden sei, sofern ein entsprechender Antrag vorliege. Die im Scheidungsurteil festgesetzten Unterhaltsbeiträge beträfen der Natur der Ehescheidung entsprechend Unterhaltsbeiträge nach Auflösung der Ehe und damit auch nach grundsätzlichem Dahinfallen der ehelichen Beistandspflicht, weshalb die Regelung der Unterhaltsbeiträge während des Ehescheidungsverfahrens und damit während noch bestehender Ehe nicht mit dem Endentscheid, sondern mit einem gesonderten Massnahmeentscheid gemäss Art. 137 ZGB getroffen werden müsse. Im Eheschutzverfahren seien die Unterhaltsbeiträge für die Dauer des Getrenntlebens sowohl vor als auch nach dem Erledigungsentscheid während bestehender Ehe festzusetzen. Der Entscheid über die Unterhaltsbeiträge für die Zeit des Getrenntlebens vor dem Erledigungsentscheid könne allenfalls durch Verweis auf die Erwägungen des vorangegangenen Massnahmeentscheids und Bestätigung der in jenem festgesetzten Höhe erfolgen. Dies würde - so dass Kassationsgericht weiter - im vorliegenden Fall offensichtlich nicht genügen, weil die Verfügung der Vorderrichterin vom 24. März 2010 lediglich eine Vormerknahme der Vereinbarung der Parteien betreffend vorsorgliche Massnahmen, jedoch keine inhaltlichen Erwägungen zur

Höhe der Unterhaltsbeiträge enthalte, welche im nachfolgenden Verfahren streitig gewesen sei (Urk. 1 S. 8f.).

3.6. Gestützt auf diese Erwägungen ist davon auszugehen, dass die von den Parteien für die Dauer des Eheschutzverfahrens vereinbarten Unterhaltsbeiträge mit dem Endentscheid über die Höhe der Unterhaltsbeiträge dahinfielen. Nachdem die Beklagte im Beschwerdeverfahren ihren Antrag betreffend die Festsetzung der Unterhaltsbeiträge ab 1. Januar 2010 fallen liess und lediglich noch Unterhaltsbeiträge ab 1. April 2010 forderte (Urk. 2/1), und sich der Kläger im erstinstanzlichen Verfahren dahingehend geäußert hat, dass die Unterhaltsbeiträge ab 1. April 2010 festzusetzen seien, sind die Unterhaltsbeiträge ab diesem Zeitpunkt festzulegen.

#### 4. Höhe der Unterhaltsbeiträge

4.1. Die Vorinstanz berechnete die Höhe des Unterhaltsbeitrages der Beklagten mittels einer sogenannt einstufigen Berechnungsmethode anhand folgender Bedarfswahlen (Urk. 3/3 S. 12):

Betrag zur freien Verfügung	Fr.	2'606.00
Miete	Fr.	2'350.00
Nebenkosten	Fr.	292.00
Krankenkasse	Fr.	366.00
Franchise / Selbstbehalt	Fr.	192.00
Hausrat- und Haftpflichtversicherung	Fr.	30.00
Radio / TV/ Telefon	Fr.	150.00
Öffentlicher Verkehr	Fr.	80.00
Steuern (geschätzt)	Fr.	635.00
<b>Total (gerundet)</b>	<b>Fr.</b>	<b><u>6'700.00</u></b>

Das Einkommen des Klägers ermittelte sie mit Fr. 22'000.– pro Monat. Der Beklagten rechnete sie keine Einkünfte an, namentlich auch kein hypothetisches Einkommen (Urk. 3 S. 9 und S. 12).

4.2. Der Kläger rügt in dem von ihm angestregten Rekursverfahren (Urk. 3/2 S. 3-18), die Parteien hätten spätestens per Dezember 2008 getrennt gelebt,

weswegen zur Ermittlung des Lebensstandards während des Zusammenlebens nicht auf die darauf folgende Zeit abgestellt werden dürfe. Die Vorinstanz habe auf falsche Grundlagen abgestellt, indem sie von Zahlungen, welche der Kläger nach der Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes leistete, ausging. Es sei an der Beklagten, den letzten gemeinsam gelebten Standard glaubhaft zu machen. Dabei sei trotz sehr guten finanziellen Verhältnissen der Parteien nicht einfach auf einen gehobenen Lebensstandard zu schliessen. Indem die Vorinstanz dies getan habe, habe sie die Beweislast in unzulässiger Art und Weise umgekehrt.

Das eheliche Zusammenleben habe wegen Klinikaufenthalten der Beklagten lediglich vom tt. Mai 2007 bis tt. Oktober 2008 gedauert und sei zusätzlich von der drei Monate dauernden Wegweisung der Beklagten zufolge angeordneter Gewaltschutzmassnahmen unterbrochen worden. Der übermässige Alkoholkonsum der Beklagten habe gemeinsame Unternehmungen der Parteien verhindert. Von einem gemeinsamen "lustigen" Leben könne keine Rede sein.

Der Kläger habe der Beklagten von 2008 bis Ende 2009 jeweils Fr. 2'500.– pro Monat überwiesen und zusätzlich die Krankenkassenrechnungen und die Rechnungen im Zusammenhang mit der Liegenschaft ... bezahlt. Dementsprechend dürfe entgegen der vorinstanzlichen Berechnung nicht ein Betrag zur freien Verfügung von Fr. 2'606.– zuzüglich weiterer Kosten angerechnet werden. Der Betrag sei eben nicht zur freien Verfügung, sondern zur Deckung verschiedener laufender Kosten, exklusive die Krankenkassenrechnungen und die Rechnungen der Liegenschaft ..., bezahlt worden. Die Franchise- und Selbstbehaltskosten habe die Beklagte aus dem Betrag von Fr. 2'500.– pro Monat selber tragen müssen, dasselbe gelte für die Hausrat- und Haftpflichtversicherung, den öffentlichen Verkehr, Radio/TV/Telefon und die Steuern. Die Parteien hätten übrigens gar nie eine gemeinsame Steuererklärung eingereicht. Die Mietkosten der Beklagten von Fr. 2'350.– zuzüglich Nebenkosten von Fr. 292.– pro Monat seien ihr nur bis zum 31. Dezember 2010 anzurechnen. Hernach solle sie sich eine Wohnung für Fr. 1'500.– pro Monat suchen. Der Bedarf der Beklagten betrage derzeit maximal Fr. 4'888.– inklusive der viel zu hohen Miete. Mit einem Unterhaltsbeitrag von Fr. 5'400.–, verfüge sie über einen monatlichen Überschuss von Fr. 512.– und mit

einer günstigeren Wohnung dann über Fr. 1'645.–. Dies übersteige den Betrag, welchen die Beklagte während des Zusammenlebens je zur Verfügung gehabt habe.

Die Vorinstanz habe überdies das Einkommen des Klägers zu hoch eingesetzt, denn sie habe vergessen, die drei Kinderzulagen für seine Kinder aus erster Ehe von seinem Lohn abzuziehen. Nach Abzug der Kinderzulagen resultiere ein - allenfalls schwankendes - Nettoeinkommen von Fr. 21'250.– pro Monat. Der Bedarf des Klägers belaufe sich inklusive Unterhaltsbeiträge an die erste Ehefrau und die sich noch in Ausbildung befindenden Kinder D. \_\_\_\_\_ und E. \_\_\_\_\_ auf Fr. 15'919.45. Würde man die Unterhaltsbeiträge vorliegend mit Fr. 6'700.– festlegen, verbliebe dem Kläger lediglich ein Betrag von Fr. 14'500.– pro Monat, womit er seinen Bedarf nicht decken könne.

4.3. Während bestehender Ehe hat jeder Ehegatte gemäss Art. 163 ZGB Anspruch auf den gebührenden Unterhalt, weshalb der Eheschutzrichter im Rahmen der Festsetzung des ehelichen Unterhaltes soweit möglich dafür zu sorgen hat, dass beide Ehegatten genügende Mittel zur Verfügung haben, um den vor der Trennung gelebten Lebensstandard weiterzuführen. Liegen besonders gute finanzielle Verhältnisse vor, kann der den neuen Unterhaltsbedürfnissen anzupassende Unterhalt einstufig durch Addition der einzelnen Budgetpositionen ermittelt werden, die auch nach Auflösung des gemeinsamen Haushalts den bisherigen Lebensstandard sicherzustellen vermögen (einstufige Berechnungsmethode). Dieses Vorgehen wählte die Vorinstanz nachvollziehbarerweise vorliegend. Dies ist beizubehalten, aber auch zu prüfen, ob der Kläger seinen Bedarf decken kann.

4.4. Das massgebende eheliche Zusammenleben begann mit der Heirat der Parteien am tt. Mai 2007. Es wurde bereits am 19. Juni 2007 durch ein Betretverbot gegenüber der Beklagten und dessen Verlängerung bis zum 19. September 2007 sowie von mehreren Klinikaufenthalten der Beklagten unterbrochen. Der Kläger zog nach seinen Angaben vor der Vorinstanz per tt. Oktober 2008 (Urk. 3/9/37) aus der ehelichen Wohnung aus. Damit hat der Kläger entgegen der Darlegung der Beklagten im Rekursverfahren (Urk. 3/12 S. 4) bereits vor der Vorinstanz behauptet, das eheliche Zusammenleben habe am tt. Oktober 2008 geendet. Die

Behauptung stellt folglich im Rekursverfahren kein Novum dar. Die Beklagte erklärt hinsichtlich des Zeitpunkts der Trennung, es habe ein ewiges Hin und Her geherrscht und könne frühestens ab Dezember 2008 von einem Auszug des Klägers ausgegangen werden (VI-Prot. S. 5). Im Dezember 2008 bezeichnete der Kläger erstmals eine Zahlung auf ein von der Beklagten mitbenutztes Konto bei der F.\_\_\_\_\_ als "Unterhaltsbeitrag". Er führte zudem in der Steuererklärung 2008 eine Adresse in G.\_\_\_\_\_ als Wohnadresse und gab an, getrennt zu leben (Urk. 3/9/47/1). Da der Kläger zudem mit Eingabe vom 16. Dezember 2008 das Eheschutzverfahren anhängig machte und um die Regelung des Getrenntlebens ersuchte (Urk. 9/1) und die Beklagte den Trennungszeitpunkt frühestens ab Dezember 2008 bezeichnet, ist vom Getrenntleben der Parteien ab Dezember 2008 auszugehen. Daran vermag ein gewisser Kontakt untereinander auch im Jahr 2009 nichts zu ändern.

Das eheliche Zusammenleben ab tt. Mai 2007 bis 19. Juni 2007 ist wegen der kurzen Zeit nicht als Referenz zur Ermittlung des gemeinsam (ehelich) gelebten Lebensstandard geeignet. Vielmehr ist die Zeit von Oktober 2007 bis Ende des Jahres 2008 heranzuziehen. Hernach wurde das Zusammenleben glaubhafterweise beendet. Die Beklagte machte vor der Vorinstanz eine einstufige Bedarfsberechnung geltend. Sie stützte sich zur Darlegung ihres angemessenen Bedarfes, insbesondere des geltend gemachten erhöhten Grundbetrages, im Wesentlichen auf Kontenbelege (vgl. Urk. 3/9/52 S. 7). In den Monaten März 2008 bis Juni 2008 überwies der Beklagte danach jeweils einen Betrag von Fr. 3'500.– auf das von der Beklagten damals im Sinne eines Haushaltskontos verwendete F.\_\_\_\_\_ Privatkonto Nr. ... auf den Namen des Klägers lautend. Von diesem Konto wurden in jener Zeit auch Zahlungen an das Jugendsekretariat des Bezirkes Horgen (Fr. 8'118.90), die H.\_\_\_\_\_ Versicherungsgesellschaft, Dr. med. vet. I.\_\_\_\_\_, die J.\_\_\_\_\_ SA in K.\_\_\_\_\_ (Weinhandlung), die L.\_\_\_\_\_, die M.\_\_\_\_\_ AG, die Brunnen genossenschaft in N.\_\_\_\_\_ (Wasserzins), die Stadt G.\_\_\_\_\_ etc. geleistet. Folglich wurden zumindest teilweise Kosten beider Eheleute abgedeckt. Damit darf der Betrag von Fr. 3'500.– nicht ausschliesslich der Beklagten zugedacht werden.

Aus dem Aufenthalt der Beklagten in der Frauenklinik in O.\_\_\_\_\_ im Oktober 2009 (Urk. 3/9/28) lässt sich schliessen, dass sie am 19. Oktober 2009 den Bancomatbezug bei der P.\_\_\_\_\_ in O.\_\_\_\_\_ mit der Karten Nr. ... tätigte und die genannte Maestro Karte in ihrem Besitz war. Es sind ihr sämtliche Zahlungen mit dieser Maestro Karte und der Barbezug vom 10. Juni 2008 in Q.\_\_\_\_\_ zuzurechnen, zumal die Beklagte sämtliche Überweisungen auf das Konto für sich in Anspruch nehmen möchte und der Kläger nicht behauptete, selber Barbezüge und Zahlungen mit der Karte ab diesem Konto getätigt zu haben. Die Zahlungen mit genannter Maestro Karte sowie der Barbezug ergeben in der Zeit vom 1. Januar bis 11. August 2008 (7 1/3 Monate) eine Summe von Fr. 17'304.-, also rund Fr. 2'360.- pro Monat. Dementsprechend erscheint glaubhaft, dass die Beklagte durchschnittlich rund Fr. 2'360.- pro Monat vom genannten F.\_\_\_\_\_ -Privatkonto beziehen konnte, während der Kläger die eingehenden Rechnungen des Ehepaares mittels E-Banking-Aufträgen mitunter über eines seiner weiteren Konten bezahlte. Der Beklagten ist ein Betrag zur freien Verfügung in glaubhafter Höhe von rund Fr. 2'360.- pro Monat in den Bedarf anzurechnen.

Die Mietkosten sind ihr in tatsächlicher Höhe von Fr. 2'350.- pro Monat ab 1. Januar 2010 bis auf Weiteres in den Bedarf einzurechnen. Der Kläger unterzeichnete den Mietvertrag der Beklagten mit, womit die Beklagte die Wohnung nach Angaben des Klägers überhaupt erst mieten konnte (Urk. 3/9/50 S. 8). Der Kläger half damit der Beklagten durch seine Unterschrift bei der Miete der Wohnung und kann nun nicht wieder den Auszug der Klägerin fordern, zumal Wohnkosten in dieser Grössenordnung mit den finanziellen Verhältnissen der Parteien vereinbar erscheinen. Auch die erstinstanzlich berücksichtigten Nebenkosten von Fr. 292.- pro Monat sind unter Verweis auf die zutreffenden erstinstanzlichen Erwägungen in den angemessenen Bedarf der Beklagten einzurechnen (vgl. Urk. 3/3 S. 10f.; § 161 GVG/ZH). Er konnte sodann angesichts der ihm bekannten, seit längerer Zeit schwierigen gesundheitlichen Situation der Beklagten kaum von einer erheblichen Nutzung eines Geschäftsraumes durch sie ausgehen.

Wird wie vorliegend von den Verhältnissen im Jahr 2008 ausgegangen und darauf basierend ein Betrag von Fr. 2'360.- zur freien Verfügung berücksichtigt, sind der

Beklagten daneben ihre damals nicht mit dem Betrag getragenen Kosten für Hausrat- und Haftpflichtversicherung sowie Radio/TV/Telefon zusätzlich im Bedarf zu berücksichtigen. Diese Kosten musste die Beklagte damals nicht tragen, da sie ihr gar nicht entstanden bzw. im Falle der Steuern in der massgebenden Zeit nicht zu bezahlen waren. Dies gilt auch hinsichtlich der seitens des Klägers gerügten Anrechnung von Franchise/Selbstbehalt, da Rückzahlungen des Regionalspitals Q. \_\_\_\_\_ auf das Privatkonto bei der F. \_\_\_\_\_ flossen und via eines E-Banking-Auftrags am 28. Mai 2008 eine Zahlung an die Privatklinik R. \_\_\_\_\_ in S. \_\_\_\_\_ erfolgte. Demnach erscheint glaubhaft, dass die Franchise- und Selbstbehaltskosten vom Privatkonto des Klägers bei der F. \_\_\_\_\_ getragen und nicht mittels der von der Beklagten verwendeten Maestro Karte oder eines Bargeldbezuges bezahlt wurden. Die Kosten sind der Beklagten damit zusätzlich im Bedarf anzurechnen. Die Höhe der angerechneten Beträge für Franchise/Selbstbehalt, Hausrat- und Haftpflichtversicherung, öffentlichen Verkehr und Radio/TV/Telefon rügt der Kläger nicht. Bis auf den Betrag für den öffentlichen Verkehr sind die genannten Positionen in der erstinstanzlich angerechneten Höhe zu belassen. Die Kosten für den öffentlichen Verkehr hatte die Beklagte dagegen bereits früher und zahlte sie glaubhafterweise mit den von ihr abgehobenen Beträgen vom F. \_\_\_\_\_-Privatkonto des Klägers. Den Kontoauszügen Januar - August 2008 lässt sich jedenfalls nichts Gegenteiliges entnehmen. Es gelingt ihr nicht, glaubhaft zu machen, dass sie die Kosten des öffentlichen Verkehrs bis anhin neben den Zahlungen mit der Maestro Karte und den Barbezügen mit den vom Kläger zur Verfügung gestellten Mitteln bezahlte. Dementsprechend hat die Beklagte der Handhabung während des ehelichen Zusammenlebens entsprechend ihre Kosten des öffentlichen Verkehrs mit ihrem Betrag zur freien Verfügung zu decken.

Hinsichtlich der Höhe der Steuern rügt der Kläger einzig, deren Berechnung beruhe auf zu hohen Unterhaltszahlungen, da die Vorinstanz von einem zu hohen Bedarf der Beklagten ausgehe. Aufgrund der bisherigen Erwägungen zeichnet sich jedoch lediglich eine geringe Reduktion der Unterhaltsbeiträge ab, weswegen der erstinstanzlich geschätzte Betrag für Steuern mit Fr. 635.- im Bedarf der Beklagten einzurechnen ist. Schliesslich betragen bereits die Staats- und Gemeindesteuern in T. \_\_\_\_\_ 2010 - ausgehend von steuerbaren Einkünften der Beklagten

von rund Fr. 70'000.– (nach Abzügen) - rund Fr. 600.– pro Monat (vgl. <http://www.steuernamt.zh.ch>).

Der erstinstanzlich berechnete Bedarf der Beklagten ist zufolge des leicht tieferen Betrages zur freien Verfügung um Fr. 246.– sowie dem Wegfall der zusätzlichen Position "öffentlicher Verkehr" von Fr. 80.– auf rund **Fr. 6'375.–** zu reduzieren.

4.5. Die Unterhaltsbeiträge dürfen in der berechneten Höhe - auch im Falle der einstufigen Berechnungsweise - nur festgesetzt werden, wenn auch der angemessene Bedarf des Klägers gedeckt ist. Der Kläger machte vor Vorinstanz für sich einen Bedarf von Fr. 15'919.45 geltend (Urk. 3/9/50 S. 9). Darin enthalten sind Staats- und Gemeindesteuern von Fr. 1'393.55 und Bundessteuern von Fr. 1'633.25. Letztere beruhen auf einer Steuerrechnung für das Jahr 2006, als der Kläger noch keine Unterhaltsbeiträge an seine Kinder und seine erste Frau von seinen Einkünften abziehen konnte und ein Einkommen von Fr. 248'100.– versteuerte (Urk. 3/9/51/6). In der Steuererklärung 2008 deklarierte der Kläger - nach Abzug von Unterhaltsbeiträgen von Fr. 61'502.– an seine Ex-Frau sowie Fr. 18'588.– Kinderunterhaltsbeiträgen - ein steuerbares Einkommen von Fr. 145'537.– (Staats- und Gemeindesteuern) bzw. Fr. 148'637.– (Bundessteuern). Gemäss Steuerberechnungsprogramm des kantonalen Steueramtes ist für das Jahr 2008 für den Kläger (röm. katholisch, Gemeinde G. \_\_\_\_\_; steuerbares Vermögen Fr. 1'123'544.–) mit Staats- und Gemeindesteuern von Fr. 1'840.– und Bundessteuern von Fr. 658.– pro Monat zu rechnen. Unter Einbezug der Abzüge von Unterhaltsbeiträgen an die Beklagte ist künftig mit steuerbaren Einkünften von rund Fr. 70'000.– (Grundtarif) zu rechnen. Es resultieren Staats- und Gemeindesteuern von schätzungsweise rund Fr. 930.– pro Monat und Bundessteuern von Fr. 95.– pro Monat, also insgesamt Steueraufwendungen von rund Fr. 1'025.– pro Monat. Bereits diese Korrektur der Bedarfsberechnung des Klägers führt zu einer Reduktion seines Bedarfes um Fr. 2'001.80 auf rund Fr. 13'918.–. Diesen Bedarf kann der Kläger mit einem durchschnittlichen Einkommen von Fr. 21'250.– pro Monat (vorinstanzlich berechnetes Einkommen von Fr. 22'000.– abzüglich Kinderzulagen), wie er es im Rekursverfahren darlegt, nach Zahlung der Unterhaltsbeiträge an die Beklagte von Fr. 6'375.– pro Monat,

bestens decken. Ihm verbleiben über den eigenhändig berechneten und hinsichtlich der Steuerkosten korrigierten Bedarf (inkl. Grundbetrag von Fr. 1'250.–) hinaus Fr. 957.– pro Monat.

Es bleibt zusammenfassend festzuhalten, dass die einstufige Bedarfsberechnung zur Ermittlung des Unterhaltsbeitrages dem Kläger weiterhin eine angemessene Lebenshaltung ermöglicht. Entgegen seinen Rügen im Rekurs kann er seinen angemessenen Bedarf weiterhin decken.

#### 5. Prozesskostenbeitrag erstinstanzliches Verfahren

Das Kassationsgericht hob mit seinem Zirkulationsbeschluss vom 13. April 2011 zu Unrecht den gesamten Zweitbeschluss der Kammer vom 30. November 2010 auf, obwohl die Beklagte mit ihrer Nichtigkeitsbeschwerde ausdrücklich lediglich die Aufhebung der Dispositiv-Ziffern 1, 4 und 5 des (Zweit-) Beschlusses vom 30. November 2010 verlangt hatte (Urk. 2/1 S. 2). Demgemäss ist nochmals formell über den Prozesskostenbeitrag des Klägers an die Beklagte für das erstinstanzliche Verfahren zu entscheiden, wobei es aber bei den Erwägungen des Beschlusses vom 30. November 2010 bleibt. Diese lauten wie folgt (Urk. 3/21 S. 16ff.):

"5.1. Die Vorinstanz erachtete die Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages an die Beklagte in der Höhe von Fr. 5'000.– als angemessen (Urk. 3 S. 15). Der Kläger rügt diesbezüglich im Rekursverfahren, er habe belegt, dass die Anwaltskosten der Beklagten bis April 2010 schon bezahlt seien. Zudem seien die Aufwendungen der Rechtsvertreterin der Beklagten nicht hinreichend substantiiert worden. Die noch nicht bezahlten Anwaltskosten habe die Beklagte mit ihrem eigenen Vermögen bezahlen können (Urk. 2 S. 18ff.).

5.2. Nach konstanter Praxis der beschliessenden Kammer leitet sich der Prozesskostenvorschuss aus der allgemeinen ehelichen Beistandspflicht gemäss Art. 159 Abs. 3 ZGB ab. Dies gilt auch für den Prozesskostenbeitrag und hat zur Folge, dass der Ehegatte, der den Prozesskostenbeitrag verlangt, für die Finanzierung des Prozesses auf den Beistand des anderen angewiesen und der ange-

sprochene Ehegatte zu dessen Leistung in der Lage sein muss. Ein Ehegatte bedarf weder eines Vorschusses noch eines Beitrages, solange er den Prozess aus eigenen Mitteln finanzieren kann, ohne bedürftig zu werden.

5.3. Der Kläger verwies bereits vor der Vorinstanz richtigerweise darauf hin, dass der Rechtsvertreterin der Beklagten zwischenzeitlich, während des laufenden erstinstanzlichen Verfahrens, Zahlungen geleistet wurden. So belegte er eine Zahlung von Fr. 2'666.– am 28. April 2010 (Urk. 9/69, Rg. 1260) zur Abgeltung der Bemühungen der Rechtsvertreterin der Beklagten in der Zeit vom 30. Dezember 2009 bis 9. März 2010 (Urk. 9/71). Für die Bemühungen ihrer Rechtsvertreterin ab 10. März 2010 bis 26. Juli 2010 (erstinstanzliches Verfahren) reicht die Beklagte im Rekursverfahren eine weitere Zwischenrechnung ihrer Rechtsvertreterin über Fr. 6'665.50 inklusive Mehrwertsteuer ein (Urk. 14/1). Es handelt sich dabei nicht um eine detaillierte Darstellung der Bemühungen von Rechtsanwältin Y. \_\_\_\_\_. Dennoch vermag sie zusammen mit den erstinstanzlichen Akten die bereits im erstinstanzlichen Verfahren erhobene Behauptung von erheblichen Aufwendungen ab 10. März 2010 bis zur Ausfällung der angefochtenen Verfügung vom 21. Juli 2010 (vor VI Fr. 6'000.– behauptet) glaubhaft zu machen, weswegen das Novum zuzulassen ist. Glaubhafterweise sind Kosten in der Höhe von mindestens weiteren Fr. 5'000.– aufgelaufen, zumal die erstinstanzliche Hauptverhandlung am 18. März 2010 stattfand (VI-Prot. S. 4ff.) und die Beklagte mit Eingabe vom 8. Juni 2010 hernach nochmals Stellung nahm (Urk. 9/70).

5.4. Die Beklagte verfügte per 6. März 2010 - dies ist der letzte belegte Kontostand - über ein Guthaben von Fr. 10'324.60 auf ihrem ...konto. Mit den Unterhaltszahlungen des Beklagten ab 1. Januar 2010 von Fr. 5'000.– zuzüglich Krankenkassenprämien bzw. mit den vereinbarten Unterhaltsbeiträgen ab 1. April 2010 von Fr. 5'400.– (rund 11 Monate während der Rechtshängigkeit des erstinstanzlichen Verfahrens) verfügt die Beklagte über hinreichende Mittel um ihren Notbedarf (Grundbetrag Fr. 1'200.– gemäss Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich über die Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009, Ziff. II 1.3, hernach Kreisschreiben) inklusive Steuern, welcher nicht dem für

die Unterhaltsberechnung massgebenden angemessenen Bedarf entspricht, zu decken. Über diesen Notbedarf (inklusive Steuern Fr. 635.– pro Monat und Mietkosten von Fr. 2'350.– zuzüglich Miet-Nebenkosten Fr. 292.– pro Monat) hinaus verbleiben der Beklagten lediglich rund Fr. 185.– pro Monat, welche sie zur Deckung der ihr erstinstanzlich anfallenden Gerichtskosten von Fr. 2'000.– verwenden kann (1. April 2010 bis Ende November 2010; 8 Monate x Fr. 185.– = Fr. 2'035.–). An die ihr erstinstanzlich ab 10. März 2010 angefallenen Anwaltskosten in glaubhafter Höhe von rund Fr. 5'000.– kann sie damit nicht beitragen. Angesichts des steuerbaren beweglichen Vermögens des Klägers per 31. Dezember 2008 von immerhin Fr. 1'192'482.– ist es der Beklagten sodann nicht zumutbar, auf ihre Guthaben von rund Fr. 10'000.– zur Deckung der Kosten ihrer Rechtsvertreterin im erstinstanzlichen Verfahren ab 10. März 2010 zurückzugreifen. Vielmehr ist die erstinstanzliche Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags in der Höhe von Fr. 5'000.– zu bestätigen und der dagegen erhobene Rekurs abzuweisen. Es ist nochmals darauf hinzuweisen, dass der Prozesskostenvorschuss bei einer späteren güterrechtlichen Auseinandersetzung grundsätzlich in Anrechnung zu bringen ist (Urk. 3 S. 14, ZR 85 Nr. 32).

5.5. In Abweisung des Rekurses des Klägers ist die erstinstanzliche Dispositivziffer 5 zu bestätigen und der Antrag der Beklagten um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages im erstinstanzlichen Verfahren gutzuheissen."

## 6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

6.1. Die Kosten des Rekursverfahrens sind den Parteien ausgangsgemäss aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO/ZH). Mit ihrem Rekurs betreffend den Beginn der festgelegten Unterhaltszahlungen obsiegt die Beklagte ungefähr zur Hälfte, nämlich mit Fr. 975.– pro Monat ab 1. April 2010 bis zur Rechtskraft des Entscheides, das heisst bis zum 30. November 2010, während sie für die Monate Januar 2010 bis März 2010 unterliegt. Hinsichtlich des Rekurses des Klägers obsiegt die Beklagte ebenfalls mit Fr. 975.– der im Umfang von Fr. 1'300.– zum Rekursgegenstand erhobenen monatlichen Unterhaltsbeiträge (Fr. 6'700.– ./ . Rekursantrag Fr. 5'400.–), also zu 75%. Zudem obsiegt die Beklagte hinsichtlich des angefochtenen erstinstanzlich zugesprochenen Prozesskostenbeitrags (Fr. 5'000.–), unter-

liegt aber hinsichtlich des beantragten Prozesskostenbeitrags für das Rekursverfahren (Fr. 6'000.–). Insgesamt ist das Thema der Prozesskostenbeiträge im Rahmen des vereinigten Rekursverfahrens im Vergleich zur Höhe der Unterhaltsbeiträge und deren rückwirkender Festsetzung in Anbetracht deren mutmasslicher Geltungsdauer von mehreren Monaten bis Jahren untergeordnet zu gewichten. Die Streitgegenstände der beiden vereinigten Rekursverfahren sind je gleich zu gewichten. Insgesamt obsiegt die Beklagte damit im vereinigten Rekursverfahren mit rund 60% ( $50\% + 75\% = 125\% : 2 = 62,5\%$  bezüglich Unterhaltsdauer und Unterhaltsbeiträgen, bezüglich Prozesskostenbeiträge zu rund 45%). Es sind ihr ausgangsgemäss zwei Fünftel und dem Kläger drei Fünftel der Rekurskosten aufzuerlegen.

Ebenso ausgangsgemäss sind den Parteien Prozessentschädigungen für das Rekursverfahren zuzusprechen (§ 68 ZPO/ZH). Im Resultat ist der Kläger zu verpflichten, der Beklagten für das vereinigte Rekursverfahren eine reduzierte Prozessentschädigung von einem Fünftel zu bezahlen.

6.2. Die Höhe der Kosten des Rekursverfahrens ist unter Anwendung der Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 festzulegen, namentlich deren §§ 13, 4 Abs. 3 und 4 sowie § 5 Abs. 3. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die beiden Rekursverfahren LP100052 und LP100053 nach Abschluss der jeweiligen Schriftenwechsel vereinigt wurden. Es ist grundsätzlich von einer geringen Schwierigkeit jedes der beiden vereinigten Rekursverfahrens auszugehen und ein Zuschlag für deren gleichzeitige Erledigung hinzuzurechnen.

Die Höhe der Prozessentschädigung ist unter Anwendung der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006 festzulegen, namentlich deren §§ 12, 3 Abs. 5 und 6, 4 Abs. 3. Auch diesbezüglich ist zu berücksichtigen, dass einstweilen zwei Rekursverfahren mit geringer Schwierigkeit geführt wurden und sie erst im Zeitpunkt ihrer Erledigung vereinigt wurden. Im vorliegenden Rekursverfahren wurden sodann keine weiteren Aufwendungen der Parteivertreter notwendig. Dementsprechend ist von einer angemessenen Prozessentschädigung von je rund Fr. 2'700.– für jedes Rekursverfahren zuzüglich Barauslagen und damit von Fr. 5'500.– zuzüglich Fr. 418.– (7,6% Mehrwertsteuer) aus-

zugehen. Die reduzierte Prozessentschädigung von einem Fünftel beträgt damit Fr. 1'100.– zuzüglich Fr. 83.60 (7,6% Mehrwertsteuer), also Fr. 1'183.60.

## 7. Prozesskostenbeitrag Rekursverfahren

7.1. Der Kläger verweist richtigerweise darauf, dass das Verfahren betreffend die Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags von der Dispositionsmaxime beherrscht wird, weswegen ein Antrag voranzusetzen ist (vgl. BGE 5P.395/2001, E. 2 hinsichtlich Prozesskostenvorschuss). Er verweist damit auf die materiellrechtliche Anspruchsgrundlage des Prozesskostenvorschusses bzw. Prozesskostenbeitrages. Ebenso zutreffend führt der Kläger an, es handle sich um eine vorsorgliche Massnahme. Die Rekursinstanz ist für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen während des Rekursverfahrens grundsätzlich zuständig. Ein entsprechender Antrag in einer Rekursantwort gilt nicht als verspätet. Es ist darauf einzutreten.

7.2. Entgegen der Darlegung des Klägers begründete die Beklagte ihren Antrag um einen Prozesskostenbeitrag im Rekursverfahren durch ihren Verweis auf die Begründung zum Prozesskostenbeitrag im erstinstanzlichen Verfahren (Urk. 3/12 S. 12 mit Verweis auf Urk. 3/12 S. 10ff.), worin sie Ausführungen zu ihrer Vermögenssituation macht, hinreichend. Die Beklagte ging sodann von der vorliegend tatsächlich erfolgten Vereinigung der beiden Rekursverfahren aus. Damit erwiesen sich ihre Ausführungen zu den gesamthaften Kosten der Rechtsvertretung für beide Rekursverfahren als durchaus sinnvoll (Urk. 3/12 S. 12).

7.3. Die Beklagte kann künftig mit den zugesprochenen Unterhaltsbeiträgen einen dem ehelichen Standard angemessenen Bedarf decken, welcher bereits mit dem Betrag zur freien Verfügung (Fr. 2'360.– pro Monat) immerhin Fr. 1'110.– pro Monat über dem in einem betriebsrechtlich berechneten Existenzminimum zugestandenem Grundbetrag liegt (vgl. Kreisschreiben Ziff. II 1.3). Sodann verfügt die Beklagte künftig nach der Deckung der erstinstanzlichen Kosten ihrer Rechtsvertreterin mittels Prozesskostenvorschuss sowie ihres Anteils an den Gerichtskosten nach wie vor über ihre Sparguthaben auf dem ...konto. Den ihr aufzuerlegenden Anteil an den Gerichtskosten (Fr. 1'800.–) sowie die Kosten ihrer Rechts-

vertretung (Fr. 6'000.– geltend gemacht), wofür sie zudem eine reduzierte Prozessentschädigung des Klägers erhält (Fr. 1'183.60), insgesamt rund Fr. 6'600.–, kann sie mit den Unterhaltsbeiträgen, insbesondere eines Anteils des Betrags zur freien Verfügung, innerhalb rund eines halben Jahres selber finanzieren. Vorübergehend kann sie zur schnellen Begleichung der Kosten ihrer Rechtsvertreterin getrost auf ihr Vermögen auf dem ...konto zurückgreifen und dieses innert relativ kurzer Zeit mit vertretbaren Sparbemühungen wieder ansparen.

**Es wird beschlossen:**

1. In teilweiser Gutheissung des Rekurses der Beklagten (Geschäfts-Nr. LP100053) und teilweiser Gutheissung des Rekurses des Klägers (Geschäfts-Nr. LP100052) wird die Dispositiv-Ziffer 3 der Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Horgen vom 21. Juli 2010 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"3. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für sie persönlich monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 6'375.– zu bezahlen, zahlbar im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals ab 1. April 2010."

Im Übrigen werden der Rekurs der Beklagten und der Rekurs des Klägers abgewiesen und die angefochtene Verfügung, insbesondere deren Dispositiv-Ziffer 5, bestätigt.

2. Der Antrag der Beklagten um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages in der Höhe von Fr. 6'000.– für das vereinigte Rekursverfahren wird abgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr im vereinigten Rekursverfahren wird festgesetzt auf Fr. 4'500.–.
4. Die Kosten des Rekursverfahrens werden dem Kläger zu drei Fünfteln und der Beklagten zu zwei Fünfteln auferlegt.

5. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das vereinigte Rekursverfahren (LP100052 und LP100053) eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 1'183.60 (inkl. Barauslagen) zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie an die Einzelrichterin im summarische Verfahren am Bezirksgericht Horgen, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

7. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

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

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 36'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Zürich, 12. Juni 2012

---

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Kunz Bucheli

versandt am:

ss