

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY110009-O/U

damit vereinigt Geschäfts-Nr. PC110009

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Dr. M. Kriech und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin Dr. D. Oser

Beschluss und Urteil vom 26. September 2012

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Fürsprecher Y. _____

betreffend **vorsorgliche Massnahmen (Unterhaltsbeiträge)**

Berufung gegen eine Verfügung und ein Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Pfäffikon vom 8. Februar 2011 (FE100065)

Rechtsbegehren:

- des Gesuchstellers vor Vorinstanz (Urk. 8, Urk. 35, Prot. VI S. 34, Urk. 53; sinngemäss)

1. Es sei die Ehe gestützt auf Art. 112 ZGB zu scheiden (Urk. 35 S. 1).
2. Es sei festzustellen, dass die Eheleute gemäss Ehevertrag vom 29. September 2006 unter dem Güterstand der Gütertrennung leben, in güterrechtlicher Hinsicht bereits vollständig auseinandergesetzt sind und jede Seite behalten soll, was sich in ihrem Besitz befindet oder auf ihren Namen lautet (Urk. 35 S. 1).
3. Es seien die während der Ehedauer von den Parteien erworbenen und noch zu bestimmenden Austrittsleistungen aus Einrichtungen der beruflichen Vorsorge bzw. Freizügigkeitsguthaben je hälftig zu teilen und gegenseitig auszugleichen und wird das Gericht um entsprechende Anweisung an die Pensionskassen bzw. Freizügigkeitsinstitutionen gestützt auf Art. 22 FZG nach Rechtskraft des Scheidungsurteils ersucht (Urk. 35 S. 2).
4. Es sei die Gesuchstellerin zu verpflichten, dem Gesuchsteller rückwirkend seit dessen Mittellosigkeit bzw. per Mitte Juni 2010 monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'500.– bis Mitte Juli 2010 und danach von Fr. 3'000.– bis Ende November 2010 zu bezahlen (Urk. 8 S. 2, Prot. S. 34, Urk. 53).
5. Es sei dem Gesuchsteller im vorliegenden Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und es sei ihm in der Person von RA lic.iur. X._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beizugeben (Urk. 8 S. 2).

Unter ausgangsgemässer Kosten- und Entschädigungsfolge (Urk. 35 S. 2).

- der Gesuchstellerin vor Vorinstanz (Urk. 31; sinngemäss)

1. Es sei das vorsorgliche Massnahmebegehren des Gesuchstellers um Zusprechung rückwirkender Unterhaltsbeiträge abzuweisen.
2. Es sei die Ehe gestützt auf Art. 112 ZGB zu scheiden.
3. Von der Zusprechung von gegenseitigen Unterhaltsbeiträgen sei abzusehen.
4. Die während der Ehe geäuften Altersguthaben der Pensionskassen seien je hälftig unter den Parteien aufzuteilen, unter Abzug von Fr. 2'770.– zu Lasten des Gesuchstellers.
5. Der Gesuchstellerin sei die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und ihr in der Person von Herrn Fürsprecher Y._____ ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu stellen.
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. 7.6 % MWST) zu Lasten des Gesuchstellers.

Erstverfügung des Einzelrichters vom 8. Februar 2011

(Urk. 69)

1. Der Antrag des Gesuchstellers auf Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen im Rahmen vorsorglicher Massnahmen wird abgewiesen.
2. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen werden im Endentscheid geregelt.
3. Schriftliche Mitteilung an die Gesuchsteller.
4. (Rechtsmittelbelehrung).

Zweitverfügung des Einzelrichters vom 8. Februar 2011

(Urk. 69)

1. Das Gesuch des Gesuchstellers um unentgeltliche Prozessführung wird bewilligt.
2. Dem Gesuchsteller wird in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
3. Das Gesuch der Gesuchstellerin um unentgeltliche Prozessführung wird abgewiesen.
4. Das Gesuch der Gesuchstellerin um unentgeltliche Rechtsverbeiständung wird abgewiesen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Gesuchsteller.
6. (Rechtsmittelbelehrung).

Urteil des Einzelrichters vom 8. Februar 2011

(Urk. 69)

1. Die Ehe der Gesuchsteller wird geschieden.
2. Es werden keine gegenseitigen Unterhaltsbeiträge zugesprochen.
3. Es wird festgestellt, dass die Gesuchsteller in güterrechtlicher Hinsicht vollständig auseinandergesetzt sind.
4. Die Vorsorgeeinrichtung C. _____ wird gestützt auf Art. 22 FZG angewiesen, vom Vorsorgeguthaben der Gesuchstellerin, Vertrag Nr. ..., den Betrag von Fr. 9'309.50 auf das Freizügigkeitskonto des Gesuchstellers bei der Stiftung D. _____ zu überweisen.
5. Die Gerichtsgebühr wird angesetzt auf Fr. 3'900.-. Die weiteren Kosten betragen Fr. 600.- (Dolmetscherkosten).
6. Die Kosten werden zu 5/6 dem Gesuchsteller und zu 1/6 der Gesuchstellerin auferlegt.

Die Kosten des Gesuchstellers werden jedoch infolge gewährter unentgeltlicher Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die in § 92 ZPO/ZH

umschriebene Nachzahlungspflicht für die Gerichtskosten und die Aufwendungen der unentgeltlichen Rechtsvertretung bleibt vorbehalten.

7. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine reduzierte Prozessentschädigung in Höhe von Fr. 4'000.– (zuzüglich 7.6 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
8. (Schriftliche Mitteilung).
9. (Rechtsmittelbelehrung).

Berufungs- bzw. Beschwerdeanträge des Gesuchstellers

(Urk. 70)

1. Es seien Dispositiv Ziff. 1. und 2. der Verfügung des Einzelrichters am Bezirksgericht Pfäffikon vom 8. Februar 2011 betreffend vorsorgliche Massnahmen aufzuheben und es sei die Gesuchstellerin zu verpflichten, dem Gesuchsteller für den Zeitraum von Mitte Juni bis und mit November 2010 monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 2'900.–, eventualiter im Umfang des damaligen Sozialhilfebudgets von Fr. 2'082.60, zu bezahlen;
2. Es seien Dispositiv Ziff. 6. und 7. des Urteils des Einzelrichters am Bezirksgericht Pfäffikon vom 8. Februar 2011 aufzuheben und es seien die Kosten des erstinstanzlichen Ehescheidungsverfahrens – unter Einschluss der Kosten des vorsorglichen Massnahmeverfahrens – je hälftig den Parteien zu auferlegen und es sei von einer Verpflichtung der Parteien zur Bezahlung einer Prozessentschädigung an die je andere Partei für das Ehescheidungs- und Massnahmeverfahren abzusehen;

Prozessuales

- 3.1. Es sei dem Berufungskläger im vorliegenden Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und es sei ihm in der Person des Unterzeichneten ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beizugeben;
- 3.2. Es sei die Berufungsbeklagte aufzufordern dem Gericht ihre vollständigen Lohnabrechnungen, inkl. Provisionsabrechnungen, ihrer Arbeitgeberin C._____ für das Jahr 2010 sowie die Reglemente und Weisungen betreffend das von der Arbeitgeberin C._____ zur Verfügung gestellte Mobiltelefon und betreffend die Entschädigungen der Auto-Spesen inkl. entsprechende Abrechnungen einzureichen;

- unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsbeklagten.

Berufungsanträge der Gesuchstellerin

(Urk. 74)

1. Es sei der Berufungsantrag Ziff. 1 des Berufungsklägers betreffend vorsorgliche Massnahmen vollumfänglich abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. 8 % MWST) zu Lasten des Berufungsklägers.

Beschwerdeanträge der Gesuchstellerin

(Urk. 88/74)

1. Es sei der Beschwerdeantrag Ziff. 2 des Beschwerdeführers betreffend Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Urteils vollumfänglich abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. 8 % MWST) zu Lasten des Beschwerdeführers.

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte

1.1. Mit Eingabe vom 3. Juni 2010 beantragte die Gesuchstellerin, Berufungsbeklagte und Beschwerdegegnerin (fortan: Gesuchstellerin) beim Einzelgericht im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Pfäffikon die Scheidung ihrer Ehe, unter gerichtlicher Regelung der Nebenfolgen (Urk. 1). Unterm 25. Juni 2010 stellte der Gesuchsteller, Berufungskläger und Beschwerdeführer (fortan: Gesuchsteller) ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und vorsorgliche Massnahmen (Urk. 8). Nach Durchführung der Hauptverhandlung am 14. September und am 2. November 2010 erliess die Vorinstanz am 8. Februar 2011 den eingangs wiedergegebenen Entscheid (Urk. 69).

1.2. Gegen diesen Entscheid erhob der Gesuchsteller innert Frist mit Eingabe vom 28. März 2011 Berufung, wobei er die eingangs wiedergegebenen Anträge stellte (Urk. 70). Da die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid sowohl über die vorsorglichen Massnahmen als auch über die Ehescheidung an sich befand, wurde für die Rüge betreffend die entsprechende Kosten- und Entschädigungsfolge ein separates Beschwerdeverfahren mit der Geschäftsnummer PC110009 angelegt. Mit Beschluss vom 22. Juli 2011 wurde dem Gesuchsteller die unentgeltliche Prozessführung gewährt und Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ als unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt (Urk. 73). Die Berufungsantwort datiert vom 8. August 2011 (Urk. 74), die Beschwerdeantwort vom 16. August 2011 (Urk. 88/74). Mit Verfügung vom 9. August 2011 wurde der Gesuchstellerin ausserdem Frist zur Einreichung diverser Unterlagen gemäss dem Editionsbegehren des Gesuchstellers angesetzt. Mit Eingabe vom 16. August 2011 legte sie den Lohnausweis 2010, die Lohnabrechnungen Juli bis Dezember 2010 sowie die

Provisionsabrechnungen für die Monate August, Oktober, November und Dezember 2010 ins Recht (Urk. 77 und Urk. 79/1-3). Die jährliche Provisionsabrechnung reichte sie nicht ein, da ihr eine solche nicht vorliege. Gleichzeitig machte sie geltend, die Verwendung der eingereichten Unterlagen verstosse gegen Art. 317 Abs. 1 ZPO (analog). Dieser Einwand überzeugt nicht: Gemäss Art. 316 Abs. 3 ZPO kann die Berufungsinstanz auch in Prozessen, welche der Verhandlungsmaxime unterliegen, ergänzend Beweise abnehmen, insbesondere dann, wenn wesentliche Umstände des Sachverhalts unklar oder bestritten sind (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Zürich/Basel/ Genf 2010, N 48 zu Art. 316 ZPO). Dazu kommt, dass der Gesuchsteller diese lohnrelevanten Unterlagen bereits vor Vorinstanz verlangt hatte (Urk. 35 S. 6, Urk. 41; Urk. 45, Urk. 48, Prot. VI S. 5 f. und S. 41). Die Vorinstanz hatte über diesen Antrag jedoch nicht entschieden. Die neu eingereichten Urkunden sind somit im vorliegenden Rechtsmittelverfahren verwendbar.

Mit Eingabe vom 5. September 2011 nahm der Gesuchsteller zu den neu eingereichten Urkunden Stellung (Urk. 81), zu der die Gesuchstellerin ihrerseits unterm 13. Oktober 2011 Stellung bezog (Urk. 83). Diese Eingabe wurde am 27. Oktober 2011 der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt. Am 3. Juli 2012 erfolgte kammerintern ein Referentenwechsel.

2. Prozessuales

2.1. Für das Rechtsmittelverfahren kommt die am 1. Januar 2011 in Kraft getretene eidgenössische Zivilprozessordnung zur Anwendung (Art. 405 Abs. 1 ZPO), ungeachtet dessen, dass für das vorinstanzliche Scheidungsverfahren das alte Recht anwendbar war (Art. 404 f. ZPO). Da der angefochtene Entscheid unter der Anwendung des zürcherischen Zivilprozessrechtes erging (ZPO/ZH), das Rechtsmittel sich aber nach dem neuen Prozessrecht richtet (ZPO), unterstehen die Kognition und das Vorgehen bei der Prüfung des Rechtsmittels – mithin das Rechtsmittelverfahren als solches – dem neuen Recht; materiell wird ein nach kantonalem Prozessrecht ergangener Entscheid im Rechtsmittelverfahren nach dem bisherigen kantonalen Prozessrecht überprüft.

2.2. Im vorliegenden Berufungsverfahren wie auch im Beschwerdeverfahren PC110009 stehen sich dieselben Parteien in derselben Rechtssache gegenüber. Zudem hängt der Ausgang des Beschwerdeverfahrens von demjenigen des Berufungsverfahrens ab. Das Beschwerdeverfahren PC110009 ist deshalb mit dem vorliegenden Berufungsverfahren zu dessen Vereinfachung zu vereinigen, unter der Prozessnummer LY110009 weiterzuführen und als dadurch erledigt abzuschreiben (Art. 125 lit. c ZPO i.V.m. Art. 90 ZPO, Urk. 87). Die Akten des in das vorliegende Berufungsverfahren zu vereinigenden Beschwerdeverfahrens sind als Urk. 88/69-76 zu den Akten zu nehmen.

3. Materielles

3.1. Unterhaltsanspruch des Gesuchstellers

Die Gesuchsteller heirateten am tt. Januar 2004 (Urk. 4) und leben seit dem 1. Juni 2007 getrennt (Urk. 3, Urk. 31 S. 3, Urk. 35 S. 1). Der Gesuchsteller stammt aus E._____ und zog erst kurz vor der Heirat, im Jahr 2003, in die Schweiz, nachdem er zuvor drei Jahre wieder in E._____ und davor während rund 20 Jahren in F._____ gelebt hatte (Urk. 36/4). Bereits 2004 fand er in der Schweiz eine Festanstellung, die er während der gesamten Zeit seines Zusammenlebens mit der Gesuchstellerin innehatte und bei der er mit Fr. 4'712.– ein Bruttoeinkommen erzielte, welches seinen Unterhalt deckte (Urk. 26/2/1). Der Gesuchsteller machte geltend, er sei trotz intensiver Arbeitssuche seit 2008 arbeitslos gewesen. Nachdem die Rahmenfrist der Arbeitslosenversicherung abgelaufen sei, sei er seit Mitte Juni 2010 vollumfänglich von der Fürsorgebehörde unterstützt worden (Urk. 8 und 11). Ab Ende November 2010 könne er seinen Unterhalt wieder selber bestreiten, da er per 18. Oktober 2010 eine befristete Arbeitsstelle als Hilfsmitarbeiter in einer Bäckerei gefunden habe (Urk. 53).

Die Vorinstanz wies seinen Antrag auf Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen im Sinne vorsorglicher Massnahmen für den Zeitraum von Mitte Juni 2010 bis und mit Ende November 2010 ab, da kein "ehebedingter Nachteil" ersichtlich sei. Der Gesuchsteller habe seine Arbeitsstelle verloren, nachdem die Parteien schon seit mehreren Monaten nicht mehr zusammengelebt hätten. Im Zeitpunkt, als der Ge-

suchsteller ausgesteuert worden sei und von welchem an er Unterhaltsbeiträge von der Gesuchstellerin verlange, habe er bereits seit drei Jahren und damit beinahe ebenso lang, wie er zuvor mit ihr zusammengewohnt habe, getrennt von ihr gelebt. Es sei nicht so, dass er mehr Zeit bräuchte, um sich darauf einzustellen, seinen Unterhalt selber zu verdienen. Dies habe er stets getan. Nach dem Gesagten sei es nicht billig und würde es nicht dem Zweck von vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren entsprechen, die Gesuchstellerin eine vorübergehende finanzielle Notlage des Gesuchstellers, die sich nach drei Jahren Getrenntlebens während laufendem Scheidungsverfahren ergeben habe und die nicht auf die Ehe zurückzuführen sei, mittragen zu lassen (Urk. 69 S. 8 ff.).

Diese vorinstanzliche Auffassung kann im Lichte von Art. 163 ZGB, der ungeachtet einer allfälligen Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes eine Unterhaltspflicht von der Heirat bis zur rechtskräftigen Scheidung statuiert, nicht geteilt werden: Der Gesuchsteller ist der Gesuchstellerin im Jahr 2003 einvernehmlich zwecks Eheschliessung und Zusammenlebens in die Schweiz nachgefolgt. Es war somit voraussehbar, dass er in der Schweiz mangels genügender Sprachkenntnisse und Anerkennung seiner ausländischen beruflichen Ausbildungen und Berufserfahrungen lediglich noch Anstellungen in ungelernter körperlicher Arbeit, beispielsweise im Reinigungsbereich, finden würde. Gleichzeitig nahm die Gesuchstellerin in Kauf, dass der Gesuchsteller aus diesen Gründen in wirtschaftliche Abhängigkeit von ihr geraten könnte. Massgebend ist, dass die gelebten Umstände die Ehe nachhaltig geprägt haben. Indem der ansprechende Ehegatte mit der Heirat aus seinem bisherigen Kulturkreis entwurzelt wurde, entstand eine Lebensprägung. Zwar darf im Rahmen vorsorglicher Massnahmen dem Ziel der wirtschaftlichen Selbständigkeit des bisher nicht oder bloss in beschränktem Umfang erwerbstätigen Ehegatten bereits eine gewisse Bedeutung zugemessen werden und in stärkerem Ausmass als im Eheschutzverfahren auf die bundesgerichtlichen Richtlinien zum Scheidungsunterhalt abgestellt werden (BGE 130 III 542 und daselbst zit. Literatur und Entscheide). Letztlich ist – wie die Vorinstanz zu Recht ausführt – das Massnahmegericht beim Entscheid über die vorsorglichen Massnahmen auf sein Ermessen und damit auf eine Entscheidung nach Recht und Billigkeit (Art. 4 ZGB) verwiesen (Urk. 69 S. 9 m.w.H.).

Vorliegend fällt massgeblich ins Gewicht, dass (lediglich) für fünfeinhalb Monate während laufendem Scheidungsverfahren ein Unterhaltsbeitrag gefordert wurde. Dazu kommt, dass sich der Gesuchsteller aktenkundig um die wirtschaftliche Selbständigkeit bemüht hat, indem er per 18. Oktober 2010 eine befristete Arbeitsstelle angetreten und auch aus diesem Grund den Antrag auf Zusprechung von nachehelichen Unterhaltsbeiträgen zurückgezogen hat (Urk. 53). Damit erweist es sich als unangemessen, die vorhandene Lebensprägung ausser Acht zu lassen unter Hinweis auf den Umstand, dass die Erwerbsmöglichkeiten nicht aufgrund einer Rollenverteilung eingeschränkt waren bzw. die finanzielle Notlage erst drei Jahre nach der faktischen Trennung eintrat. Vielmehr ist gestützt auf die – wenn auch gelockerte – eheliche Solidaritätspflicht ein Unterhaltsanspruch im geltend gemachten Umfang von fünfeinhalb Monaten zu bejahen (Art. 137 aZGB Abs. 1 i.V.m. Art. 176 ZGB i.V.m. Art. 163 ZGB).

Zwar bestreitet die Gesuchstellerin (Urk. 74 S. 4 f., Prot. VI S. 9 f.), dass der Gesuchsteller seine Arbeitsstelle unverschuldet, d.h. aufgrund gesundheitlicher Probleme, verloren und ebenso unverschuldet keine neue Arbeitsstelle gefunden habe. Der blosser Hinweis darauf, dass der Gesuchsteller keine aktuellen Arztberichte betreffend den von ihm geltend gemachten Bandscheibenvorfall eingereicht habe, die IV sein Gesuch abgelehnt bzw. die Sozialbehörde ihn ausdrücklich zu kooperativem Verhalten bei der Arbeitssuche aufgefordert habe, genügen allerdings nicht, um ein geradezu rechtsmissbräuchliches Vorgehen des Gesuchstellers glaubhaft zu machen.

3.2. Höhe des Unterhaltsanspruches

Der Gesuchsteller beantragt im Berufungsverfahren Unterhaltsbeiträge von monatlich Fr. 2'900.– für den Zeitraum von Mitte Juni bis und mit November 2010. Im Folgenden ist deshalb die Leistungsfähigkeit der Gesuchstellerin in der fraglichen Zeitperiode anhand ihres Einkommens bzw. ihres Bedarfes zu prüfen. Der gebührende Bedarf des Gesuchstellers wurde vor Vorinstanz glaubhaft gemacht und ist im Berufungsverfahren nicht bestritten (vgl. Urk. 70 S. 6, Urk. 24, Urk. 35 S. 5, Urk. 36, Urk. 54/1-11).

Die Vorinstanz erwog im Zusammenhang mit der Prüfung des Gesuches um unentgeltliche Rechtspflege der Gesuchstellerin aufgrund des damaligen Aktenstandes, dass der Durchschnittsbruttolohn der Gesuchstellerin Fr. 6'483.– (Fr. 9'849.40 geteilt durch 3 Monate + Fr. 3'200.– Bruttogrundlohn) betrage. Dabei sei auf die Monate Juli, August und September 2010 abzustellen. Der durchschnittliche monatliche Nettolohn belaufe sich auf rund 5'730.– (Bruttolohn abzüglich 5.05 % AHV-Abzug, 1.00 % ALV-Beitrag Arbeitnehmer, 0.5 % Nebenberufsunfallversicherungsabzug, 0.75 % Krankentaggeld-Prämie, Fr. 276.15 BVG-Prämie C.____; vgl. Urk. 20/3). Weiter erhalte die Gesuchstellerin eine pauschale monatliche Spesenentschädigung von insgesamt Fr. 1'000.– (Urk. 20/2 Art. 12). Diese sei nicht zum Nettolohn hinzuzuzählen (Urk. 69 S. 13 ff.).

Der Gesuchsteller macht im Berufungsverfahren aufgrund der von der Gesuchstellerin neu eingereichten, wie erwähnt zulässigen Urkunden geltend, dass sich das Einkommen gemäss Lohnausweis 2010 (Urk. 79/1) auf Fr. 8'568.55 belaufe. Gemäss den für den relevanten Zeitraum eingereichten Lohnabrechnungen Juli bis Dezember 2010 liege es sogar bei Fr. 11'292.35 (Urk. 81 S. 2 mit Hinweis auf Urk. 79/2 und Urk. 79/3). Es rechtfertige sich, den Dezemberlohn 2010 einzu beziehen, da Provisionen jeweils nur mit Verzögerung abgerechnet und ausbezahlt würden. Sollten die in den Lohnabrechnungen aufgeführten Repräsentations- und Fahrspesen von monatlich Fr. 1'000.– wider Erwarten nicht als Lohn berücksichtigt werden, so seien der Gesuchstellerin keine Kosten für auswärtige Verpflegung, Parkplatzmiete, Arbeitsweg oder Rückzahlung des bestrittenen Darlehens für den Autokauf anzurechnen.

Die Gesuchstellerin macht demgegenüber einen Nettolohn von Fr. 5'270.10 bzw. Fr. 5'374.80 geltend (Urk. 74 S. 7, Urk. 83 S. 3). Insbesondere wehrt sie sich gegen eine Berücksichtigung des Dezemberlohns, da lediglich das effektiv von ihr im relevanten Zeitraum erzielte Einkommen massgeblich sei (Urk. 83 S. 3). Das Einkommen im Dezember 2010 sei aus verschiedenen, nicht weiter zu erläuternden Gründen ausserordentlich hoch ausgefallen. Es sei unzutreffend, dass in diesem Betrag auch Provisionen der vorangehenden Monate enthalten seien. Die Spesen seien nicht als Einkommen zu berücksichtigen.

Zu den Spesen ist vorab festzuhalten, dass diese dann nicht zum Einkommen gehören, wenn damit reale Auslagen ersetzt werden, die dem Arbeitnehmer-Ehegatten entstehen. Ist das nicht der Fall, so muss der Spesenersatz unabhängig von der arbeitsvertraglichen Regelung wie ein Lohnbestandteil behandelt werden. Vorliegend erfordert die Tätigkeit der Gesuchstellerin als Versicherungsberaterin in ..., ... und ... (Prot. VI S. 19) den Gebrauch ihres Fahrzeuges während der Arbeitstätigkeit, weshalb es glaubhaft ist, dass die Fr. 750.– (x 12) ein Ersatz für tatsächliche Auslagen darstellen. Gemäss Art. 12 des Arbeitsvertrages decken sodann die Repräsentationsspesen von Fr. 250.– (x 12) die Verpflegungs- und Repräsentationsauslagen, Kundeneinladungen, Festanschlusskosten, Portokosten u.a. Ausserdem entschädigen sie für die Benützung von privaten Räumlichkeiten zu beruflichen Zwecken. Auch bei dieser Entschädigung ist es angesichts der Beratungstätigkeit der Gesuchstellerin glaubhaft, dass sie effektiv entstehende Kosten decken. Für den Umstand, dass es sich bei den Spesen nicht um einen verdeckten Lohnbestandteil handelt, spricht zudem die Klausel im Arbeitsvertrag, wonach die Spesenbeiträge im Falle einer unfreiwilligen Arbeitsverhinderung, die länger als einen Monat dauert, während der Abwesenheit vorübergehend eingestellt werden (Urk. 20/2 Art. 12). Folglich fallen die Spesen für die Berechnung des Einkommens der Gesuchstellerin ausser Betracht.

Die nun im Berufungsverfahren vorhandenen Lohnabrechnungen und Provisionsaufstellungen erlauben es, einen (ungefähren) Nettolohn der Gesuchstellerin für die Monate Juni bis November 2010 zu berechnen, weswegen weder der Lohnausweis 2010 (Urk. 79/1) noch die Dezemberlohnabrechnung 2010 bzw. Zusammenfassung der Provisionen Dezember 2010 (Urk. 79/2 S. 6 und Urk. 79/3 S. 4) heranzuziehen sind. Dabei gilt es zu beachten, dass vom Bruttolohn jeweils Fr. 2'000.– als Vorschuss ("Vorschüskommissiongarantie") abzuziehen sind. Eine Ausnahme gilt für den Monat Juni, da gemäss Arbeitsvertrag in diesem Monat der Vorschuss in der Höhe von Fr. 2'000.– garantiert war (Urk. 20/2 S. 5 Art. 14 "Provisionsvorschuss"). Von diesem so errechneten Bruttolohn sind Abzüge in der Höhe von 7,3 % vorzunehmen (5.05 % AHV-Abzug, 1.00 % ALV-Beitrag Arbeitnehmer, 0.5 % Nebenberufsunfallversicherungsabzug, 0.75 % Krankentaggeld-

Prämie) sowie eine gemäss Akten fixe BVG-Prämie in der Höhe von Fr. 276.15 (vgl. Urk. 20/3):

Juni (Urk. 20/3 S. 3):	Bruttolohn: Fr. 5'200 (Fr. 3'200 + Fr. 2'000)
	Nettolohn: Fr. 4'544
Juli (Urk. 79/2 S.1, 34/3):	Bruttolohn: Fr. 4'623.80 (Fr. 3'200 + Fr. 1'423.80)
	Nettolohn: Fr. 4'010
August (Urk. 79/2 S. 2, 79/3 S. 1):	Bruttolohn: Fr. 7'472.40 (Fr. 3'200 + Fr. 4'272.40)
	Nettolohn: Fr. 6'650
September (Urk. 79/2 S. 3, 52/2 S. 3):	Bruttolohn: Fr. 6'422.45 (Fr. 3'200 + Fr. 3'222.45)
	Nettolohn: Fr. 5'677
Oktober (Urk. 79/2 S. 4, 79/3 S. 2):	Bruttolohn: Fr. 16'316 (Fr. 3'200 + Fr. 13'116)
	Nettolohn: Fr. 14'849
November (Urk. 79/2 S. 5, 79/3 S. 3)	Bruttolohn: Fr. 16'571 (Fr. 5'200 + Fr. 11'371.15)
	Nettolohn: Fr. 15'085

Damit kann davon ausgegangen werden, dass die Gesuchstellerin von Juni bis November 2010 einen durchschnittlichen Monatslohn von rund Fr. 8'469.– (Fr. 50'815.– geteilt durch sechs Monate) erzielt hat.

Sie selbst geht von einem Bedarf von Fr. 5'809.25 aus (Urk. 74 S. 8).

Grundbetrag	Fr.	1'200.–
Miete	Fr.	1'530.–
Miete Autoabstellplatz	Fr.	120.–
Nebenkosten (Heizung)	Fr.	86.–
Krankenkasse	Fr.	237.80
Telefon	Fr.	120.–
Radio/TV	Fr.	38.50
Hausrat/Privathaftpflicht	Fr.	29.–
Auswärtige Verpflegung	Fr.	220.–
Säule 3a Lebensversicherung	Fr.	150.–
Auto (Arbeitsweg)	Fr.	170.–
Steuernschulden 2009	Fr.	557.15
Steuern aktuell	Fr.	414.15
Kreditraten	Fr.	936.65
Total	Fr.	5'809.25

Dieser Bedarf ist angesichts der knappen finanziellen Verhältnisse zu hoch angesetzt und deshalb von vornherein um mindestens zwei Positionen zu kürzen: Einerseits ist die Prämie für die "Säule 3a Lebensversicherung" in der Höhe von Fr. 150.– zu streichen, da sie auch der Vermögensbildung dient und deshalb bei knappen finanziellen Verhältnissen nicht in der Bedarfsberechnung zu berücksichtigen ist (Bräm/Hasenböhler, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, 3. Auflage, Zürich 1998, N 118A zu Art. 163 ZGB). Der Bedarf ist sodann weiter um Fr. 236.65 zu kürzen. Bei diesem Betrag handelt es sich um Ratenzahlungen an die Bank G. _____ für einen Kredit, den die Gesuchstellerin nach ihren Angaben 2005 für die Finanzierung des inzwischen verschrotteten Autos aufgenommen hatte (Urk. 20/19; Urk. 31 S. 7; Prot. VI S. 29). Die Gesuchstellerin hat nicht glaubhaft gemacht, dass das entsprechende Darlehen den Interessen beider Ehegatten gedient habe bzw. in deren beider Einverständnis aufgenommen worden sei. Es ist demnach ein Bedarf der Gesuchstellerin von höchstens Fr. 5'422.– anzunehmen, weshalb sie in der Lage ist, die beantragten Unterhaltsbeiträge von Fr. 2'900.– zu bezahlen. Zum gleichen Ergebnis gelangt man im Übrigen, wenn man – wie die Gesuchstellerin selbst einräumt (Urk. 83 S. 4) – aufgrund der Speenentschädigung die geltend gemachten Autokosten von Fr. 290.– (Fr. 120.– Miete Autoabstellplatz + Fr. 170.– Arbeitsweg) aus dem Bedarf streicht. Diesfalls würde sich ihr Bedarf auf Fr. 5'519.25 belaufen. Auch bei diesem Bedarf ist sie genügend leistungsfähig, um die beantragten Unterhaltsbeiträge von Fr. 2'900.– an den Gesuchsteller zu bezahlen. Immerhin ist zu beachten, dass der Gesuchsteller im Berufungsverfahren insgesamt Fr. 15'950.– und damit Fr. 950.– mehr als im vorinstanzlichen Verfahren verlangt. Betreffend diesen Mehrbetrag macht er die Voraussetzungen für eine zulässige Klageänderung im Sinne von Art. 317 Abs. 2 lit. a und b i.V.m. Art. 227 Abs. 1 ZPO nicht geltend, weshalb die Berufung im Umfang von Fr. 950.– abzuweisen ist. Damit ist in teilweiser Gutheissung der Berufung die Gesuchstellerin zu verpflichten, dem Gesuchsteller rückwirkend für den Zeitraum von Mitte Juni 2010 bis und mit November 2010 monatliche Unterhaltsbeiträge von (gerundet) Fr. 2'727.25, insgesamt Fr. 15'000.–, zu bezahlen.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Ausgangsgemäss obsiegt der Gesuchsteller im Berufungsverfahren, da die Fr. 950.– nicht ins Gewicht fallen. Die Gerichtskosten sind in Anwendung der §§ 4 Abs. 1, 8 Abs. 1 und 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 2'000.– festzusetzen und der Gesuchstellerin aufzuerlegen. Ausserdem ist sie zu verpflichten, dem Gesuchsteller eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 ZPO). Diese ist gestützt auf die §§ 4 Abs. 1, 9 und 13 AnwGebV auf Fr. 2'700.– festzulegen.

Aufgrund dieses Ergebnisses sind die Kosten für das vorinstanzliche Verfahren neu zu verteilen (Art. 318 Abs. 3 ZPO, vgl. Reetz/Hilber, in: Sutter/Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 315 N 17). Der Gesuchsteller verlangt in seiner Berufungsschrift die Aufhebung der Dispositiv Ziffern 6 und 7 des vorinstanzlichen Urteils vom 8. Februar 2011, die je hälftige Auferlegung der Kosten sowie die Wettschlagung der Parteientschädigungen (Urk. 70 S. 2). Da die Höhe der Gerichtsgebühr nicht gerügt wurde, ist sie zu übernehmen. Dem Antrag auf hälftige Kostentragung und Wettschlagung der Parteientschädigung steht nichts entgegen.

Es wird beschlossen:

1. Das Beschwerdeverfahren PC110009 wird mit dem vorliegenden Berufungsverfahren vereinigt, unter der Prozessnummer LY110009 weitergeführt und als dadurch erledigt abgeschlossen.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.
3. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

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

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

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

und erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung wird Dispositiv Ziffer 1 der Erstverfügung des Einzelrichters im ordentlichen Verfahren des Bezirkes Pfäffikon vom 8. Februar 2011 aufgehoben und die Gesuchstellerin verpflichtet, dem Gesuchsteller rückwirkend für den Zeitraum von Mitte Juni 2010 bis und mit November 2010 monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 2'727.25, insgesamt Fr. 15'000.–, zu bezahlen. Im Umfang von Fr. 950.– wird die Berufung abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das erstinstanzliche Verfahren wird festgesetzt auf Fr. 3'900.–. Die weiteren Kosten betragen Fr. 600.– (Dolmetscherkosten).
3. Die Kosten für das erstinstanzliche Verfahren werden den Gesuchstellern je zur Hälfte auferlegt. Der Anteil des Gesuchstellers wird zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Staatskasse genommen. Das Nachforderungsrecht des Staates gemäss § 92 ZPO/ZH bleibt vorbehalten.
4. Für das erstinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt.
6. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden der Gesuchstellerin auferlegt.
7. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsteller für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'700.– zu bezahlen.

8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Einzelgericht im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Pfäffikon sowie an das Migrationsamt des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

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

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

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG und zugleich ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

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

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 26. September 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

Dr. D. Oser

versandt am:

ss