

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY110017-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter Dr. P. Higi und sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. V. Seiler

Urteil vom 8. September 2011

in Sachen

A. _____,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung / vorsorgliche Massnahmen**

**Berufung gegen eine Verfügung der 10. Abteilung des Einzelgerichtes des
Bezirktes Zürich vom 9. Juni 2011; Proz. FE110208**

Erwägungen:

1. Ausgangslage / Prozessuales

1.1. Die Parteien haben am tt. April 2007 geheiratet. Sie stehen im Scheidungsprozess vor dem Einzelgericht des Bezirkes Zürich (Vorinstanz).

1.2. Am 11. März 2011 beantragte die Beklagte und Berufungsklägerin (nachfolgend mit der Vorinstanz als Gesuchstellerin bezeichnet) die Anordnung vorsorglicher Massnahmen. Sie verlangte monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'500.-- rückwirkend per 11. März 2010 sowie die Leistung eines Prozesskostenbeitrages von Fr. 5'000.-- (act. 6/10; act. 6/25; Prot. I S. 27). Der Kläger und Berufungsbeklagter (nachfolgend Gesuchsgegner) trug auf Abweisung der Begehren an (act. 27).

1.3. Am 9. Juni 2011 wies die Vorinstanz das Begehren um Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen ab, verpflichtete den Gesuchsgegner aber zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses an die Gesuchstellerin in der Höhe von Fr. 5'000.-- (act. 7 S. 18).

1.4. Die Gesuchstellerin führt Berufung. Sie beantragt mit der Berufungsschrift, der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, ihr für die Dauer des Scheidungsverfahrens Unterhaltsbeiträge wie folgt zu bezahlen (act. 2 S. 2):

"März 2010	CHF 938.00,
Mai bis Juli 2010	CHF 1'500.00,
August 2010	CHF 1'500.00,
September bis Dezember 2010	CHF 982.00,
Ab 1. Januar 2011	CHF 1'212.00".

1.5. Nach rechtzeitigem Eingang des Vorschusses für die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens (act. 9-13) wurde dem Gesuchsgegner am 5. August 2011 Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten (act. 14). Am 8. August 2011 liess der Gesuchsgegner mitteilen, dass er auf Berufungsantwort verzichte (act. 16). Die Sache ist spruchreif.

1.6. Mit dem 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Das am 2. März 2011 anhängig gemachte Scheidungsverfahren und die am 9. Juni 2011 angeordneten vorsorglichen Massnahmen unterstehen dem neuen Zivilprozessrecht (vgl. Art. 404 Abs. 1 ZPO e contrario); entsprechend richtet sich auch das vorliegende Rechtsmittelverfahren ausschliesslich nach den Regeln der ZPO (vgl. Art. 405 Abs. 1 ZPO) samt dem Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess vom 10. Mai 2010 (GOG) und den kantonalen Erlassen zu den Gebühren (GebV OG und AnwGebV vom 8. September 2010).

1.7. Gegen erstinstanzliche Entscheide betreffend vorsorgliche Massnahmen ist die Berufung zulässig (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Gegenstand des Berufungsverfahrens ist die Unterhaltspflicht des Gesuchstellers. Damit liegt eine vermögensrechtliche Streitigkeit vor (vgl. 133 III 393 E. 2, S. 395; Bger 5A_740/2009, E. 1). Streitig sind nunmehr Unterhaltsbeiträge von Fr. 10'866.-- für das Jahr 2010 sowie von Fr. 43'632.-- ab 1. Januar 2011 und für die Dauer des Verfahrens, wobei praxisgemäss auf eine geschätzte Verfahrensdauer von drei Jahren abzustellen ist (Diggelmann, Dike-Komm-ZPO, N 109 zu Art. 92 ZPO). Der Rechtsmittelstreitwert (Art. 308 Abs. 2 ZPO) beläuft sich demnach auf rund Fr. 54'500.--. Auf die rechtzeitig, schriftlich und begründet eingereichte Berufung (act. 150; vgl. Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist einzutreten.

2. Einkommen / Bedarf

2.1. Im Kern beanstandet die Gesuchstellerin die Erwägungen der Vorinstanz zu ihrem (tatsächlichen und hypothetischen) Einkommen (act. 2 S. 3 ff.), und sie rügt, dass die Vorinstanz ihr keinen Anteil am Überschuss des Gesamteinkommens über den Bedarf der Parteien zugesprochen habe (act. 2 S. 5 ff.). Zutreffend und unangefochten sind demgegenüber die Erwägungen der Vorinstanz zum Einkommen des Gesuchsgegners und zum Bedarf der Parteien; darauf kann vorab verwiesen werden (act. 7 S. 4 f., 7 ff.). Die Gesuchstellerin bestreitet in dieser Hinsicht einzig, dass sie im Jahr 2011 weiterhin in den Genuss einer Prämienverbilligung kommen werde, da der Gesuchsgegner ihr gegenüber unterhaltspflichtig sei (act. 2 S. 5).

2.2. Die Vorinstanz ging aufgrund der eingereichten Lohnausweise für das Jahr 2010 (act. 6/21/18) von einem Jahreseinkommen der Gesuchstellerin nach Abzug der Quellensteuer von insgesamt Fr. 41'723.85 netto aus, was einem Einkommen von Fr. 3'477.– netto pro Monat entspreche. Für den rückwirkend geltend gemachten Unterhalt ab 11. März bis 31. Dezember 2010 stellte die Vorinstanz auf das so berechnete Durchschnittseinkommen ab. Aktuell sei die Gesuchstellerin als persönliche Assistentin eines Rechtsanwalts mit einem Pensum von 50% erwerbstätig. Gemäss Lohnausweis habe sie zwischen 30. August und 31. Dezember 2010 an dieser Arbeitsstelle (einschliesslich dem Anteil am 13. Monatslohn sowie einer Bonus-Zahlung von Fr. 1'000.–) Fr. 16'332.– netto abzüglich Fr. 1'066.– Quellensteuer verdient, mithin Fr. 3'816.50 netto pro Monat. Von diesem Einkommen sei – vorbehältlich der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens – auch für das Jahr 2011 auszugehen (act. 7 S. 5 f.).

2.3. Die Vorinstanz rechnete der Gesuchstellerin darüber hinaus ab 1. Oktober 2011 ein hypothetisches Einkommen an. Davon ausgehend, dass die Gesuchstellerin während der ungetrennten Ehe mit einem Pensum von zunächst 80%, später dann sogar zu 100% angestellt gewesen sei, und dass sie ihr Arbeitspensum erst nach der Trennung der Parteien im Hinblick auf ihre Weiterbildung reduziert habe, erwog die Vorinstanz, dass es der Gesuchstellerin möglich und zumutbar sei, vollzeitlich erwerbstätig zu sein. Die Vorinstanz verneinte dabei die Frage, ob die Weiterbildung bei der Ermittlung des hypothetischen Einkommens der Gesuchstellerin berücksichtigt werden dürfe, da das Studium nicht aufgrund einer gemeinsamen Lebensplanung oder wenigstens im Einvernehmen mit dem Gesuchsgegner aufgenommen worden sei, sondern auf einer persönlichen Lebensentscheidung beruhe, welche die Gesuchstellerin erst nach der Trennung getroffen habe. In Bezug auf die Höhe des hypothetischen Einkommens hielt die Vorinstanz entgegen der vom Gesuchsgegner vertretenen Auffassung fest, dass das momentane Einkommen der Gesuchstellerin bei einem Pensum von 50% nicht einfach verdoppelt werden könne. Die Gesuchstellerin erziele zwar heute bei einem Pensum von 50% ein Einkommen von Fr. 3'816.50 netto pro Monat, wobei das Finden dieser Stelle unbestrittenermassen ein Glücksfall gewesen sei. Dennoch, so die Erwägungen in der angefochtenen Verfügung weiter, deute die jetzi-

ge Arbeitsstelle darauf hin, dass die Gesuchstellerin durchaus in der Lage sei, eine besser bezahlte Arbeit als diejenige bei C. _____ zu finden, bei der sie mit einem Pensum von 100% lediglich Fr. 3'900.-- im Monat verdient habe. Ziehe man die persönlichen Lebensumstände der Gesuchstellerin in Betracht – sie sei erst 30 Jahre alt, besitze ein Ingenieurdiplom, habe keine Kinder und spreche gut Deutsch –, erscheine mit einem Pensum von 100% ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 5'000.-- durchaus erzielbar (act. 7 S. 6 f.).

2.4. Die Gesuchstellerin kritisiert, es sei nicht korrekt, im Hinblick auf die Einkommensberechnung für das Jahr 2010 auf den Durchschnitt des Gesamteinkommens abzustellen. Die Vorinstanz berücksichtige nicht, dass die Gesuchstellerin während der relevanten Zeit zwischen März und Dezember 2010 drei unterschiedliche Arbeitsstellen inne gehabt habe, wo sie jeweils unterschiedliche Einkommen erzielt habe. Mit ihrem Einkommen habe sie zeitweise nicht einmal den von der Vorinstanz berechneten Bedarf decken können. Sie habe im März 2010 noch Fr. 3'900.--, im April 2010 Fr. 6'614.--, von Mai bis Juli 2010 Fr. 2'714.--, im August 2010 Fr. 0.-- und von September bis Dezember 2010 Fr. 3'815.-- verdient. Die Gesuchstellerin hält ferner das ihr in der angefochtenen Verfügung für das Jahr 2011 angerechnete tatsächliche Einkommen von Fr. 3'816.-- für unzutreffend, ergäbe sich doch aus den Lohnabrechnungen Januar bis März 2011 ein monatlicher Nettolohn von Fr. 2'913.25 nach Abzug der Quellensteuer. Hinzuzurechnen sei ein 13. Monatslohn und ein Bonusanteil, womit ihr monatliches Durchschnittseinkommen bis auf Weiteres Fr. 3'354.38 betrage. Überdies wendet sich die Gesuchstellerin gegen die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens. Es sei realitätsfremd, wenn der Gesuchstellerin ein Einkommen von Fr. 5'000.-- angerechnet werde, insbesondere deshalb, weil der Arbeitsmarkt, die Ausbildung und die Sprachkenntnisse der Gesuchstellerin einer Ausdehnung ihrer Erwerbstätigkeit entgegenstünden. So habe sie in I. _____ zwar eine gute Ausbildung im Bereich der Flugzeug- und Weltraumtechnologie absolviert, welche sie in der Schweiz jedoch nicht beruflich nutzen könne. Sie verfüge zudem entgegen der Behauptung der Vorinstanz über nur mangelhafte Deutsch- aber auch Englischkenntnisse, was ihre Chancen auf dem Arbeitsmarkt stark vermindere. Ihre heutige Arbeitsstelle, welche selbst die Vorinstanz als Glücksfall bezeichne, habe

sie per Zufall und trotz mangelnder kaufmännischer Ausbildung alleine deshalb erhalten, weil ihr Arbeitgeber über Klientschaft [aus dem Land I. _____] verfüge und sie bei ihrer Arbeit somit ihre [Sprache des Landes I. _____]-Kenntnisse verwenden könne. Die Gesuchstellerin erwähnt in diesem Zusammenhang ferner, dass sie nicht deshalb ihre heutige 50% Arbeitsstelle gesucht habe, um daneben eine Ausbildung zu beginnen, sondern dass sie eine Ausbildung begonnen habe, weil sie keine andere Arbeitsstelle als die heutige gefunden habe. Das Arbeitspensum von 50% an der jetzigen Arbeitsstelle könne die Gesuchstellerin nicht aufstocken. Würde sie aber ihre heutige Arbeitsstelle aufgeben, würde sie keine neue mehr finden, zumal sie als Nicht-EU-Bürgerin derzeit nur deshalb arbeiten dürfe, weil sie mit dem Gesuchsgegner verheiratet sei (act. 2 S. 4 f.).

2.5. Die von der Vorinstanz gewissermassen analog angewandte Einkommensbemessung aus dem Durchschnittswert dient dazu, bei Einkommensschwankungen – in der Regel bezogen auf mehrere Jahre – zu einem vertretbaren Resultat zu gelangen. Die Methode wird insbesondere, aber nicht nur bei Selbständigerwerbenden angewandt. Ob der Lohn bei einer Tätigkeit oder – in Folge – an mehreren Arbeitsstellen verdient wird, kann ebenso wenig massgebend sein. Durch das Abstellen auf das durchschnittlich erzielte Nettoeinkommen wird der Möglichkeit Rechnung getragen, in den bessergestellten Jahren bzw. Zeiten Ersparnis zu äufnen und so allfällige Einkommenseinbussen verkraften zu können, ohne den Lebensstandard verändern zu müssen (vgl. Maier, Aspekte bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen im Familienrecht, AJP 2007, S. 1239). Die Regel greift so gesehen dann, wenn einkommensschwächere auf besserbezahlte Zeiten folgen, und das kann – wie hier – auch innerhalb eines Jahres der Fall sein. So verdiente die Gesuchstellerin nach eigenen Angaben von Januar bis März 2010 nach Abzug der Quellensteuer Fr. 3'900.-- pro Monat und im April gar Fr. 6'614.-- (Fr. 3'900 + Fr. 2'714.--). Im ersten Drittel des Jahres 2010 verdiente die Gesuchstellerin mithin erheblich mehr, als sie benötigte, um den von ihr anerkannten, (leicht) erweiterten Notbedarf von rund Fr. 3'300.-- pro Monat zu decken (vgl. act. 7 S. 8-15). Von Mai bis Juli und im August 2010 (vgl. act. 6/25 S. 5) lag das Einkommen der Gesuchstellerin aufgrund des Wechsels der Arbeitsstelle einiges unter ihrem Notbedarf, von September bis Dezember 2010 dagegen – wie sie in

der Berufung anerkennt – mit Fr. 3'815.-- wieder deutlich darüber (act. 6/21/18). Bei alledem macht die Gesuchstellerin nicht geltend, dass ihr gekündigt worden oder sie aus anderen Gründen gezwungen gewesen sei, (vorübergehend) eine wesentlich schlechter bezahlte Arbeitsstelle anzunehmen. Wenn die Vorinstanz unter diesen Umständen mit Bezug auf den rückwirkend geltend gemachten Unterhalt für die Zeit von März bis Dezember 2010 auf das sich aus den drei Lohnausweisen (act. 6/21/18) ergebende monatliche Durchschnittseinkommen von Fr. 3'477.-- pro Monat abstellte, ist das nicht zu beanstanden.

2.6. Was das Einkommen der Gesuchstellerin als Anwaltsassistentin von Dr. D._____ im Jahr 2011 angeht, so ist die Berechnung der Gesuchstellerin gestützt auf die bei den Akten liegenden Lohnabrechnungen für Januar bis März 2011 korrekt; daraus ergibt sich ein Bruttolohn von Fr. 3'500.-- pro Monat (ohne Bonus) und nach Abzug der Quellensteuer ein Nettolohn von Fr. 3'354.-- inkl. Anteil 13. Monatslohn und Bonus (vgl. act. 6/21/16). Die Vorinstanz stellt demgegenüber auch für das Jahr 2011 auf den Lohnausweis vom 30. August bis 31. Dezember 2010 ab, den sie auf vier Monate (September bis Dezember 2010) bezieht – mit einem Monatslohn von Fr. 3'816.50 netto (act. 6/21/18). Die Differenz ist erheblich, aber nicht entscheiderelevant. Entscheidend ist, dass es der Gesuchstellerin sowohl mit dem von ihr im Jahr 2010 durchschnittlich erzielten Monatseinkommen als auch mit dem von ihr für das Jahr 2011 geltend gemachten Monatseinkommen gelingt, ihren Notbedarf von Fr. 3'300.-- zu decken.

2.7. Die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens kommt im Rahmen vorsorglicher Massnahmen nur ausnahmsweise in Frage. Die Einschätzung der mittel- und längerfristigen Erwerbsfähigkeit der Gesuchstellerin ist – mit Blick auf die Eigenversorgungskapazität nach Art. 125 ZGB – im Hauptverfahren zu thematisieren. Im Massnahmeverfahren ist eine kurzfristigere Perspektive einzunehmen, da Regelungen nur für eine begrenzte Zeit zu treffen sind. Damit ist grundsätzlich von den aktuellen Verhältnissen auszugehen. Beschliesst ein Ehegatte aber, seine Erwerbsfähigkeit nicht voll auszuschöpfen, namentlich um eine Weiterbildung zu absolvieren, welche den Rahmen einer Wiedereingliederung nach eingetretener Beeinträchtigung durch die eheliche Aufgabenverteilung sprengt, hat dies kei-

ne Auswirkungen auf das ihm anzurechnende Einkommen, denn die Folgen dieser Entscheidung hat er selbst zu tragen: Es ist vom erzielbaren hypothetischen Einkommen auszugehen (Hausherr/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 2010, N 01.61). So hat das Bundesgericht im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren entschieden, die einseitige, ohne Zustimmung des Ehepartners erfolgte Aufgabe der Erwerbstätigkeit zum Zwecke der Weiterbildung sei dadurch zu sanktionieren, dass der Änderung bei der Unterhaltsregelung nicht Rechnung getragen und von der bisherigen höheren Leistungskraft ausgegangen werde, sofern diese wieder erreicht werden könne (BGE 119 II 314 E. 4a, S. 316 f.). Auch im Rahmen eines Eheschutzverfahrens hat das Bundesgericht die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens geschützt, wo ein Ehegatte nach Deutschland ausgewandert war und dort eine Stelle mit deutlich geringerem Lohn angenommen hatte, ohne dass sich die Lohnperspektiven für ihn in der Schweiz verschlechtert hätten (BGer 5A_736/2007 vom 20. März 2008, E. 2.2.3). Das Bundesgericht befand zudem als willkürlich, einer 41-jährigen, gesunden und von jeglicher Kinderbetreuung befreiten Ehefrau, die bis anhin zu 20% erwerbstätig gewesen sei, im Rahmen eines Eheschutzverfahrens bei relativ knappen Verhältnissen nicht zuzumuten, ihre Erwerbstätigkeit während der voraussichtlich mehrjährigen Trennungszeit allenfalls sogar auf 100% auszuweiten, sofern dies aufgrund der Arbeitsmarktlage möglich sei (BGE 128 III 65 E. 4, S. 68 ff.).

2.8. Beizupflichten ist der Vorinstanz vorweg darin, dass es der Gesuchstellerin ohne das von ihr im Sommer 2010 begonnene Studium möglich und zumutbar wäre, zu 100% erwerbstätig zu sein. In den letzten Monaten vor der Trennung hat die Gesuchstellerin das bewiesen. Dabei spielt keine Rolle, ob die Gesuchstellerin ihr Ingenieur-Diplom der Thermotechnik in der Schweiz nutzen kann oder nicht. Wenn sie berufungsweise argumentiert, dass ihre Chancen auf dem (schweizerischen) Arbeitsmarkt stark vermindert seien, so steht das im Gegensatz zu der im erstinstanzlichen Verfahren geschilderten und belegten Arbeitstätigkeit der Gesuchstellerin bei C._____, E._____ und Rechtsanwalt Dr. D._____ (Prot. I S. 20 ff.; act. 6/21/18; act. 6/25 S. 5). Wie sich nur schon aus ihren durchwegs adäquaten Ausführungen vor der Vorinstanz ergibt, spricht die Gesuchstellerin gut

deutsch. In der persönlichen Befragung führte die Gesuchstellerin aus, sie habe sich zunächst als Au-Pair in J. _____ (Staat in Europa) aufgehalten und sich (seit dem sie den Gesuchsgegner kenne) auf das Erlernen der deutschen Sprache konzentriert (Prot. I S. 20). Die Gesuchstellerin erklärte weiter, sie habe nach ihrer Heirat ihr Deutsch-Diplom abgeschlossen, und während ihrer Anstellung bei C. _____ im Jahr 2008 mit einem Pensum von 80% habe sie einen Englischkurs besucht (Prot. I S. 20 f.). Das zeugt von Motivation und Lernbereitschaft. Die Beförderung der Gesuchstellerin zur Rezeptions-Managerin bei C. _____ zeigt ferner, dass sie in der Lage ist, gute Arbeit zu leisten, resp. ihren Arbeitgeber davon zu überzeugen. Zu ihrer Weiterbildung liess die Gesuchstellerin im vorinstanzlichen Verfahren festhalten, sie sei darauf angewiesen, dass sie in der Schweiz langfristig Fuss fassen könne, weshalb sie sich weiterbilde. Aus diesem Grund habe sie sich im Sommer 2010 an der Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich immatrikuliert. Da es ihr aufgrund ihrer Teilzeitarbeitstätigkeit jedoch nicht möglich gewesen sei, die Universität vollzeitlich zu besuchen, habe sie sich neu an der "F. _____" in G. _____ für ... eingeschrieben (act. 6/25 S. 4). Anlässlich der persönlichen Befragung betonte die Gesuchstellerin, ihre Ausbildung sei ihr sehr wichtig. Sie sei sehr froh, ihre jetzige Arbeitsstelle mit einem Pensum von 50% gefunden zu haben, ermögliche sie ihr doch, nebenbei ihre Ausbildung zu machen. Es sei ein Glücksfall gewesen, diese Stelle gefunden zu haben (Prot. I S. 20). Die Behauptung in der Berufung, die Gesuchstellerin habe eine Ausbildung begonnen, weil sie keine andere Arbeitsstelle als die heutige gefunden habe (act. 2 S. 5), ergibt vor dem Hintergrund dieser Ausführungen kein stimmiges Bild und bleibt zudem gänzlich unbelegt. Die Gesuchstellerin verneinte sodann die Frage, ob sie bei C. _____ je angefragt habe, ob sie weiter dort arbeiten könne und führte aus, sie wolle nicht mehr dort arbeiten, ausserdem habe sie keine Zeit, um noch einen Tag zu arbeiten. Weil sie noch lernen müsse und auch noch Zeit für ihr Privatleben benötige – so erklärte sie anschliessend – habe sie auch keine weitere Teilzeit-Anstellung gesucht (Prot. I S. 26). Im Lichte der persönlichen Befragung der Gesuchstellerin ging die Vorinstanz zutreffend davon aus, dass die Aufnahme der Weiterbildung ausschliesslich auf der persönlichen Lebensentscheidung der Gesuchstellerin beruhe, welche sie zudem erst nach der

Trennung getroffen habe (act. 7 S. 6). Es ist die (frei bestimmte) Entscheidung der Gesuchstellerin, ihrer Weiterbildung den Vorrang vor ihrer Erwerbstätigkeit einzuräumen. Hingegen würde es die eheliche Beistandspflicht überstrapazieren, den Gesuchsgegner hierfür beitragspflichtig werden zu lassen. Selbst im Rahmen der hier zu treffenden vorläufigen Regelung rechtfertigt es sich nicht, die Weiterbildung bei der Ermittlung der Erwerbsfähigkeit der Gesuchstellerin zu berücksichtigen. Die Voraussetzungen für die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens sind damit erfüllt.

2.9. Bezüglich der Höhe des hypothetischen Einkommens ist die Vorinstanz dem Vorbringen des Gesuchsgegners, wonach das momentane Einkommen der Gesuchstellerin bei einem Pensum von 50% einfach zu verdoppeln sei, zu Recht nicht gefolgt. Selbst die von der Vorinstanz angenommenen Fr. 5'000.-- erscheinen bei der einzunehmenden, kurzfristigen Perspektive als hoch gegriffen, zumal die Vorinstanz keine Überlegungen dazu angestellt hat, welche konkreten Tätigkeiten der Gesuchstellerin tatsächlich möglich sind. Vorsorglich kann der Gesuchstellerin nur, aber immerhin das bei ihrer Vollzeit-Anstellung bei C. _____ Ende 2009/Anfangs 2010 als Rezeptionsmanagerin erzielte Monatseinkommen von Fr. 3'900.-- angerechnet werden. Dies, wie die Vorinstanz erwog, ab 1. Oktober 2011 (act. 7 S. 7).

3. Unterhaltspflicht / Überschussverteilung

3.1. Weil die Ehe der Parteien nicht lebensprägend sei und weil die Gesuchstellerin während der Zeit, für die sie Unterhalt verlange, stets in der Lage (gewesen) sei, ihren Bedarf mit ihrem Einkommen selber zu decken bzw. gar ein Überschuss resultiere, verneinte die Vorinstanz einen Anspruch der Gesuchstellerin auf vorsorgliche Unterhaltsbeiträge für die Dauer des Scheidungsverfahrens. Sie führte dabei in allgemeiner Weise aus, dass die Unterhaltspflicht der Ehegatten nach Art. 163 ZGB auch während des Scheidungsverfahrens gelte. Sei mit einer Wiederaufnahme des gemeinsamen Haushaltes nicht mehr ernsthaft zu rechnen, seien bei der Beurteilung des Unterhalts indessen die für den nachehelichen Unterhalt geltenden Kriterien mit einzubeziehen. Grundsätzlich habe die berechtigte Partei Anspruch auf einen Unterhalt, der die Weiterführung des bisherigen Le-

bensstandards ermögliche, wobei für dessen Berechnung eine Gegenüberstellung von Einkommen und Bedarf der Parteien erfolge. Ein sich aus der Gegenüberstellung von Einkommen und Bedarf ergebender Überschuss sei angemessen auf die Parteien zu verteilen. Lebten in keinem der beiden Haushalte minderjährige Kinder, erfolge grundsätzlich eine hälftige Teilung. Ausnahmen von diesem Grundsatz seien jedoch insbesondere in Fällen gerechtfertigt, in denen es nicht um den Ausgleich ehebedingter Nachteile gehe, also bei kinderlosen Ehen, soweit die wirtschaftliche Selbständigkeit und Entwicklungsmöglichkeit nicht grundsätzlich und dauerhaft eingeschränkt worden seien. Mit Bezug auf den vorliegenden Fall erwog die Vorinstanz, dass die Ehe der Parteien nicht lebensprägend gewesen sei, da sie nur knapp zwei Jahre zusammengelebt hätten, keine Kinder hätten und die Gesuchstellerin stets mindestens zu 80% erwerbstätig geblieben sei. Die Gesuchstellerin habe in wirtschaftlicher Hinsicht keine ehebedingten Nachteile erlitten. Bei einem ihr anzurechnenden Verdienst von Fr. 5'000.– pro Monat könne die Gesuchstellerin nicht nur ihren Notbedarf decken, sondern hätte einen vergleichbaren Überschuss wie der Gesuchsgegner. Selbst wenn lediglich mit dem aktuellen Einkommen der Gesuchstellerin von Fr. 3'816.50 bei einem Pensum von 50% gerechnet würde, ergäbe dies bei ihr einen monatlichen Überschuss. Aus diesen Gründen rechtfertige es sich, von einer Teilung der Überschüsse abzusehen. Die Gesuchstellerin habe somit keinen Unterhaltsanspruch gegenüber dem Gesuchsgegner (act. 7 S. 4, 16).

3.2. Die Gesuchstellerin widerspricht diesen Erwägungen. Die Vorinstanz habe ausser Acht gelassen, dass beim Gesuchsgegner mehr als doppelt so hohe Mietkosten im Bedarf berücksichtigt worden seien. Die Gesuchstellerin habe aufgrund der Tatsache, dass sie in der Vergangenheit keine finanzielle Unterstützung erhalten habe, eine sehr bescheidene und günstige Wohnung mieten müssen. Dem Gesuchsgegner stehe somit bereits aufgrund der ungleichen Wohnkosten ein weit grösserer finanzieller Spielraum zur Verfügung, weshalb in diesem Sinne eine Ungleichbehandlung der Parteien vorliege. Diese müsse über eine angemessene Verteilung des Überschusses ausgeglichen werden. Nebst den bescheidenen Mietkosten sei auch bezüglich des Grundbetrages bei der Gesuchstellerin mit dem betriebsrechtlichen Existenzminimum gerechnet worden, welcher in Wirk-

lichkeit für ihre Lebenshaltungskosten in keiner Weise ausreiche. Zudem seien in ihrem Bedarf nicht einmal die Weiterbildungskosten berücksichtigt worden, welche notwendigerweise anfielen, damit die Gesuchstellerin sich nach der Scheidung langfristig eine eigenständige berufliche Existenz aufbauen könne. Im Übrigen habe die Gesuchstellerin entgegen der Auffassung der Vorinstanz auch ehebedingte Nachteile. So habe sie ihren angestammten Beruf in I. _____ zugunsten des Gesuchsgegners und der Ehe aufgegeben und habe sich in J. _____, dem ersten gemeinsamen Wohnsitz der Ehegatten völlig neu orientieren müssen, wobei sie nicht einmal der deutschen Sprache mächtig gewesen sei. Der Umzug von J. _____ in die Schweiz sei aus beruflichen Gründen des Gesuchsgegners erfolgt, welcher in der Schweiz eine Arbeitsstelle gefunden habe. Hier habe die Gesuchstellerin für sich erneut eine soziale und berufliche Existenz aufbauen müssen. Dieser Nachteil sei im Rahmen einer angemessenen Überschussaufteilung zu entschädigen. Dass das Zusammenleben der Parteien nur kurze Zeit gedauert habe, sei demgegenüber bei der Unterhaltsregelung im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen nicht relevant (act. 2 S. 5 f.).

3.3. Singgemäss stellt sich die Gesuchstellerin mit ihrer Argumentation auf den Standpunkt, ihr gebührender Unterhalt sei erst erreicht, wenn sie über den gleichen Überschuss wie der Gesuchsgegner über dem gesamten Notbedarf verfüge; die Ehedauer spiele dabei keine Rolle. Dazu ist Folgendes zu erwägen:

3.3.1. Das Gericht trifft (nur) die nötigen vorsorglichen Massnahmen (Art. 276 Abs. 1 ZPO; so bereits Art. 137 Abs. 2 aZGB). Vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren verfolgen einen anderen Zweck als Eheschutzmassnahmen. Nach Eintritt der Rechtshängigkeit des Scheidungsprozesses wird eine Rückkehr zur gemeinsam vereinbarten Aufgabenteilung weder angestrebt, noch ist sie wahrscheinlich. Die Verantwortung der Ehegatten füreinander ist nach einer auf Dauer angelegten Trennung entsprechend geringer als in der Zeit des Zusammenlebens. Ist eine Wiederherstellung des gemeinsamen Haushalts nicht mehr zu erwarten, so gewinnt das Ziel der wirtschaftlichen Selbstständigkeit an Bedeutung, was bei der Beurteilung der Gesamtsituation zu beachten ist. Ein Ehegatte, der mit der späteren Scheidung rechnen muss, hat sich schon auf die

veränderte Lage einzustellen, soweit ihm das zumutbar ist. Folglich spielt die Prognose hinsichtlich der im Scheidungsurteil zu sprechenden nahehelichen Unterhaltbeiträge für die Festsetzung des vorsorglichen Unterhalts eine massgebliche Rolle. Es darf in stärkerem Ausmass als im Eheschutzverfahren auf die bundesgerichtlichen Richtlinien zum Scheidungsunterhalt abgestellt werden (BGE 130 III 537 E. 3.2, S. 542; BGE 128 III 65 E. 4, S. 68; BGer 5A_167/2007 vom 1. Oktober 2007, E. 4).

3.3.2. Nach diesen Kriterien ist insbesondere auf die Ehedauer abzustellen. Sie entscheidet, ob an die ehelichen Lebensverhältnisse oder an den vorehelichen Lebensstandard anzuknüpfen ist, und ob Unterhaltsbeiträge auch in Fällen zu leisten sind, in denen keine ehebedingten Nachteile bestehen. Ist die Ehedauer, bemessen anhand der gemeinsam gelebten Zeit (vgl. BGE 135 III 59 E. 4, S. 61 f.) nur kurz, hat sich die Ehe in der Regel nicht lebensprägend ausgewirkt, und es sind keine ehebedingten Nachteile entstanden. Haben die Ehegatten nur für kurze Zeit zusammengelebt, so haben sie im Grundsatz keinen Anspruch auf Trennungsunterhalt. Ihre Lebensverhältnisse wurden durch die Ehe noch in keiner Weise geprägt, und sie können ihre voreheliche Biographie ungehindert fortsetzen. Anzuknüpfen ist an die vorehelichen Lebensverhältnisse (vgl. BGer 5C.149/2004, vom 6. Oktober 2004, E. 4.3, BGer 5A_167/2007 vom 1. Oktober 2007, E. 4; Hausheer/Spycher, N 05.13 f. mit Hinweisen). Ausnahmsweise kann auch eine kurze Ehe lebensprägend sein, namentlich dann, wenn sie für einen Ehegatten zu einer Entwurzelung aus seinem bisherigen Kulturkreis geführt hat (BGer 5C.149/2004 vom 6. Oktober 2004, E. 4.5; BGer 5A_384/2008 vom 21. Oktober 2008, E. 3; BGer 5A_127/2009 vom 12. Oktober 2009, E. 7.1). Diese Grundsätze gelangen auch im Massnahmeverfahren zur Anwendung. Aus der ehelichen Solidarität ergibt sich gleichwohl die Pflicht, dem Ehegatten in einer Notlage beizustehen (KGer SG, ZBJV 138/2002, S. 70 E. 2c; OG LU II. Zivilkammer, SJZ 103/2007 Nr. 19, S. 477 f. E. 3; FamKomm Scheidung-Vetterli, Art. 176 ZGB N 23 ff.).

3.3.3. Die eheliche Gemeinschaft der Parteien dauerte bis zur Trennung im Februar 2009 weniger als zwei Jahre. Nach der Terminologie des Bundesgerichts

(vgl. BGer 5A_167/2007 vom 1. Oktober 2007, E. 4) liegt eine sogenannte Kurzehe vor. Im erstinstanzlichen Verfahren liess die Gesuchstellerin ausführen, sie sei gelernte Ingenieurin im Bereich der Thermotechnik. Diesen Beruf könne sie nicht mehr ausüben, da sie für den Gesuchsgegner damals definitiv nach J._____ gezogen sei, wo sie zunächst als Au-Pair gearbeitet habe. Der Umzug sei aus beruflichen Gründen seitens des Gesuchsgegners erfolgt, welcher bei der H._____ eine Stelle angeboten erhalten habe (act. 6/25 S. 4). Die Gesuchstellerin selbst gab dazu bei der Vorinstanz zu Protokoll, dass sie in J._____ Au-Pair gewesen sei, bis sie den Kläger (hier: Gesuchsgegner) kennengelernt habe. Zu ihrer Ausbildung gab sie an, sie habe das Studium der Thermotechnik in I._____ mit einem Diplom abgeschlossen. Sie verneinte die Anschlussfrage, ob sie je in diesem Bereich gearbeitet habe: Sie habe während drei Jahren ein Praktikum absolviert, welches im Studium inbegriffen gewesen sei. Dies könne nicht wirklich als Arbeitstätigkeit betrachtet werden. Nach Abschluss des Studiums habe sie nie in dem Beruf gearbeitet, sondern sei direkt als Au-Pair nach J._____ gegangen, wo sie den Kläger kennengelernt und im April 2007 geheiratet habe (Prot. I S. 20). Ihre durch die Rechtsvertretung vorgebrachte Behauptung, sie habe ihren angestammten Beruf in I._____ zugunsten des Gesuchsgegners und der Ehe aufgegeben (vgl. act. 2 S. 6), verdreht die Darstellung im zentralen Punkt offenkundig: Die Gesuchstellerin verliess ihren bisherigen Kulturkreis, noch bevor sie den Gesuchsgegner kannte, um als Au-Pair in J._____ zu arbeiten. Wenn sich die Gesuchstellerin, nachdem sie den Gesuchsgegner kennengelernt hatte, dazu entschloss, in J._____ zu bleiben und mit ihm nach der Heirat in die Schweiz zu ziehen (Prot. I S. 16), liegt darin noch keine ehebedingte Entwurzelung aus ihrem ursprünglichen Kulturkreis. Die Heirat hat den Lebensplan der Gesuchstellerin zudem nicht derart verändert, dass ihr die Rückkehr zu den wirtschaftlichen und persönlichen Verhältnissen vor der Ehe nicht zugemutet werden könnte. Dass ihr der Aufbau einer sozialen und beruflichen Existenz in der Schweiz Mühe bereitet hätte, macht die Gesuchstellerin nicht geltend, und es darf das mit Fug bezweifelt werden. Sie möchte ja, wie sie sagt, über berufliche Flexibilität und Sicherheit verfügen, weil sie in der Schweiz bleiben möchte (Prot. I S. 20). Angesichts der nur

kurz tatsächlich gelebten Ehegemeinschaft kann nicht von einer lebensprägenden Ehe gesprochen werden.

3.3.4. Bei dem für nicht lebensprägende Ehen typischen Anknüpfen an den vorhelichen Verhältnissen, findet keine Überschussverteilung statt. Die Gesuchstellerin bringt mit Grund nicht vor, sie habe vor der Ehe einen höheren Lebensstandard geführt, als während der ungetrennten Ehe. Sie kann daher auch nicht Anstoss daran nehmen, dass ihre Wohnkosten im Vergleich zu denen des Gesuchsgegners erheblich niedriger sind und der ihr angerechnete, erweiterte Notbedarf für ihre effektiven Lebenshaltungskosten plus Weiterbildung nicht ausreicht.

3.3.5. Bleibt zu erwähnen, dass die Parteien schon seit langem je ihren eigenen Lebensunterhalt verdienen. Der Gesuchsgegner führte vor der Vorinstanz aus, die Gesuchstellerin habe von ihm während der vergangenen zwei Jahre des Getrenntlebens nie finanzielle Unterstützung gefordert. Nur ein einziges Mal habe sie den Kläger kontaktiert, da sie eine hohe Arztrechnung zu begleichen gehabt habe, woraufhin er ihr ein Darlehen gewährt habe (Prot. I S. 8; act. 6/27 S. 7). Das hat die Gesuchstellerin nicht bestritten. Mit Blick auf den verlangten und ihr zugesprochenen Prozesskostenbeitrag führte sie selber aus, dass der Gesuchsgegner sie "nie finanziell in irgendeiner Art und Weise" unterstützt habe (act. 6/25 S. 6). Derweil fehlt es an Behauptungen der Parteien zu einer einvernehmlich gelebten Aufgabenteilung und einer gemeinsamen Lebenshaltung; ein ehelicher Standard wurde weder im erstinstanzlichen Verfahren noch in der Berufung definiert.

3.4. Aus diesen Gründen besteht keine Veranlassung, der Gesuchstellerin aufgrund der ehelichen Solidarität resp. Beistandspflicht einen Unterhaltsbeitrag zuzusprechen, zumal sie wie gesehen mit ihrem Erwerbseinkommen ihren erweiterten Notbedarf zu decken vermag und sich nicht in einer effektiven (oder gar unverschuldeten) Notlage befindet.

4. Ergebnis / Kosten- und Entschädigungsfolge

4.1. Der Unterhaltsanspruch der Gesuchstellerin gegenüber dem Gesuchsgegner erweist sich als unbegründet. Die angefochtene Verfügung ist daher zu bestätigen, die Berufung abzuweisen.

4.2. Über die Kosten- und Entschädigungsfolge des Berufungsverfahrens ist nicht erst mit dem erstinstanzlichen Endentscheid in der Hauptsache (vgl. Art. 104 Abs. 1 ZPO), sondern bereits an dieser Stelle zu befinden.

4.3. In Anwendung von Art. 106 Abs. 1 ZPO sind die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren der Gesuchstellerin aufzuerlegen, die dafür einen Kostenvorschuss von Fr. 3'000.-- geleistet hat (act. 14). Bezogen auf den Streitwert von Fr. 54'500.-- ist die Entscheidgebühr gestützt auf § 4 und § 8 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 2'600.-- festzusetzen und mit dem Kostenvorschuss zu verrechnen. Mangels Umtrieben im Beschwerdeverfahren und mangels Antrags ist dem Gesuchsgegner keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, und die Verfügung des Einzelgerichts des Bezirkes Zürich, 10. Abteilung, vom 9. Juni 2011 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'600.-- festgesetzt.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Gesuchstellerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'000.-- verrechnet.
4. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie – unter Beilage der Akten – an das Einzelgericht des Bezirkes Zürich, 10. Abteilung, je gegen Empfangsschein.
6. 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 Fr. 54'500.--.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. V. Seiler

versandt am: